

Boekman's Bedenkingen

JAN KABEL*

INLEIDING

1. In 1966 publiceert Sonja Boekman (1922-2000),¹ de advocaat van de gedaagde in de zaak “Teddy van Z.,² echtg. van H. Scholten te Rijswijk tegen de N.V. Overzeese Sigaretten Handelsmaatschappij, te Rotterdam”³ een artikel in het *Bijblad voor de Industriële Eigendom* waarin zij de systematiek van de rechtsbescherming van de geportretteerde op de korrel neemt.⁴ Haar bedenkingen tegen die systematiek leiden haar rechtstreeks naar de rechtvaardiging voor het ‘commerciële portretrecht’ en die betrek ik dan ook graag in deze bijdrage.

DE ZAAK TEDDY SCHOLTEN

2. Zoals bekend wordt bovengenoemde zaak allerwegen genoemd als de eerste zaak waarin op grond van louter commerciële belangen de vordering van een geportretteerde wordt toegewezen om gedaagde te verbieden zijn of haar portret te publiceren. Het is interessant om te zien waarom die eis precies wordt toegewezen, omdat daaruit al blijkt hoe indertijd de bescherming van geportretteerde rechtssystematisch werd geplaatst en wat de rechtvaardiging was voor toekenning van die bescherming.
3. Ik geef voor de goede orde nog even de feiten weer. Teddy Scholten wint op 11 maart 1959 het Europese Songfestival in Cannes met het liedje ‘Een beetje’. De Telegraaf publiceert een foto van haar aankomst op Schiphol. Die foto wordt zonder toestemming van Teddy Scholten op 19 maart gepubliceerd door de Overzeese Sigaretten Handelsmaatschappij, eveneens in De Telegraaf, als onderdeel van een reclamecampagne voor het sigarettenmerk John Harris

* Emeritus professor Informatierecht aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam en of counsel verbonden aan DLA Piper advocaten.

1 Zie voor een levensbeschrijving: Arthur Maandag, ‘Sonja Boekman’, *Haarlem Jaarboek 2000*, Haarlem: Schuyt& Co 2001, p. 359-360 en het Boekman-nummer van het Bijblad voor de Industriële Eigendom.

2 Zoals ze in de *NJ* wordt genoemd, maar dat moet S. zijn, Teddy heet Teddy van Swieten.

3 Pres. Rb. Rotterdam 14 april 1959, *NJ* 1959, 648, bevestigd door Hof Den Haag 13 april 1960, *NJ* 1961, 160.

4 S. Boekman, ‘Publicaties van eens anders portret en onrechtmatige mededinging’, *BIE* 1966, nr. 2, p. 29-32.

onder het motto ‘Prettige Plaatjes’. Uit de zaak in hoger beroep blijkt dat Scholten ten tijde van de publicatie al een exclusieve licentie had verleend aan het Erdal-concern (van de schoenpoets maar ook van het deodorant merk Odorex en het tandpasta merk Medinos) over het gebruik van haar portret voor reclamedoelinden. Ik ben de reclame op basis van die licentie (‘Een Beetje Schoenpoets van Erdal deed mijn Schoentjes al Stralen?’ ‘Ik Zweette maar Een Beetje dank zij Odorex?’, ‘Een Beetje Medinos enz...’) nergens tegengekomen, maar houd me aanbevolen.

4. Mr. J.G.L. Reuder, indertijd een zeer bekende Rotterdamse kort geding president vanwege zijn volstrekt eigen stijl van optreden – hij gold als de vader van het ‘Rotterdams (proces)recht’ en had, naar verluidt, niet veel op met de wijsheid van de HR – deed de zaak in eerste aanleg. Zonder al te veel omhaal beslist Reuder dat het publiceren van de foto zonder toestemming aan de geportretteerde schade kan veroorzaken en zij daardoor een redelijk belang heeft in de zin van artikel 21 Auteurswet om tegen publicatie op te komen. De schade is gelegen in het feit dat de exclusiviteit van het aantrekkelijke uiterlijk en de populariteit van eiseres, eigenschappen die voor het voeren van een reclamecampagne van veel nut kunnen zijn, aldus de President,⁵ ongunstig wordt beïnvloed door het zonder toestemming publiceren van het portret van eiseres. Die opvatting wordt in hoger beroep bevestigd. Ik wijs er op dat die toewijzing mede en waarschijnlijk uitsluitend werd bepaald door de omstandigheid dat Scholten een contract met Erdal kon overleggen waarin het commerciële gebruik van haar portret exclusief aan Erdal werd verleend. Het Hof overwoog immers: “dat nu i.c. het voor iemand als geïntimeerde die in de publieke belangstelling staat, naar de feiten uitwijzen, mogelijk is, van haar populariteit gebruik te maken door tegen geldelijke vergoeding vergunning te verlenen om o.m. van haar portret voor reclamedoelinden gebruik te maken; O. dat het voor de hand ligt, zoals ook uit het geproduceerde definitieve contract van geïntimeerde met het Erdal-concern blijkt, dat belanghebbenden daarbij de voorwaarde stellen van exclusiviteit, en dat zij alleen op die voorwaarde bereid zijn voor het hun te verlenen recht een belangrijke som te betalen; O. dat *onder deze omstandigheden* (curs. K.) , naar ‘s Hofs voorlopig oordeel een redelijk belang van geïntimeerde zich verzet tegen publicaties als die van appellante.” Het is daardoor, anders dan in de latere rechtspraak wordt geoordeeld, m.i. niet mogelijk om op basis van dit arrest tot een algemene aanspraak op bescherming van commerciële portretbelangen te besluiten.

5 In het *Haags baliebulletin*, 15e jaargang, nr. 3 van juli 2007 verhaalt mr. L. Ph.J. baron van Utenhove over zijn eerste kort geding bij Reuder in een zaak over het commercieel portretrecht van een fraai vrouwelijk fotomodel. Gedaagde komt niet opdagen. Nog voor Van Utenhove met zijn pleidooi kan beginnen, onderbreekt Reuder hem en zegt: “Laat u maar. Ik heb uw dagvaarding goed gelezen en verleen verstek. Ik wijs de vordering toe, maar waar zijn de foto’s...?!”

BOEKMANS' BEDENKINGEN

5. Voor het Hof voert Sonja Boekman, advocate van de sigarettenfirma, als laatste en als fundamenteel ogende grief aan - ik citeer de weergave ervan door het Hof: "dat in ieder geval niet kan worden gesproken van door geïntimeerde geleden schade, welke dan zou bestaan in een gemis van voordeel doordat geïntimeerde niet de exclusieve rechten op publicatie van haar foto zou kunnen overdragen, nu ons recht een exclusief recht van de geportretteerde op zijn portret niet kent en derhalve dit gemis aan voordeel voortvloeit uit ons rechtssysteem en niet het gevolg is van een daad van appelland." Het Hof verwerpt die grief en overweegt: "dat in de overwegingen van het beroepen vonnis niet valt te lezen een erkenning van het bestaan van een exclusief recht op foto's als de onderhavige, los van een redelijk belang van betrokkenen, zoals appelland onderstelt, doch de President slechts heeft overwogen, dat een publicatie voor commerciële doeleinden financieel voordeel kan opleveren, mits die publicatie een exclusief karakter behoudt en dat door publicatie zonder toestemming van betrokkenen dit exclusieve karakter en daarmee het financiële voordeel op ongunstige wijze wordt beïnvloed." In haar artikel van bijna zes jaar later richt Boekman haar pijlen op juist deze overweging. Zij kwalificeert die redenering als "een cirkelredenering, waarmee de rechter - als hij wil - tal van exclusieve rechten zou kunnen doen ontstaan." en vervolgt dan: "Het is een beginsel der economie, dat een goed waarde heeft als het schaars is en men kan een goed waarde geven door het schaars te maken of te houden. Zo kan men ook aan bevoegdheden in het recht waarde geven door die bevoegdheden van iemands toestemming afhankelijk te doen zijn en daarmee creëert men een, op geld waardeerbaar, belang van de betrokkene, hetwelk voor bescherming in aanmerking komt - en zo draait men in een kringetje rond." De oorzaak van die cirkelredenering ziet Boekman in het gegeven dat de rechter artikel 21 van de Auteurswet gebruikt om betrokkenen iets te verschaffen dat dat artikel niet kan leveren. Artikel 21 Auteurswet levert immers niet de ingrediënten voor de rechtsbescherming waaraan de praktijk behoefte heeft, zoals het toestemmingsvereiste of de vermogensrechtelijke overdraagbaarheid van een commercieel portretrecht. Boekman meent daarom dat voor andere dan zedelijke belangen, artikel 21 Auteurswet ongeschikt is en dat men bij conflicten van commerciële belangen zijn heil moet zoeken in een ruime opvatting van het recht van onrechtmatige mededinging, ruim in die zin dat een aantasting van een commerciële transactie ook dan als mededinging kan worden beschouwd wanneer partijen niet in een rechtstreekse concurrentie verhouding tot elkaar staan. Er is dan sprake van concurrentie telkens wanneer de geportretteerde geacht kan worden zelf transacties aan te kunnen gaan met betrekking tot publicatie van zijn portret. Dat criterium komen wij later tegen onder de aanduiding 'verzilverbare populariteit'. En er is sprake van onrechtmatige concurrentie wanneer publicatie plaatsvindt die in strijd is met de eerlijke gebruiken in het betrokken milieu. De eerlijke gebruiken nopen

in bepaalde gevallen tot het vragen van toestemming aan de geportretteerde. Inhoudelijk gezien loopt haar opvatting rechtstreeks vooruit op het dertien jaar later gewezen Schaep-arrest. De mogelijkheid van commerciële exploitatie van populariteit, gevoegd bij de maatschappelijke opvatting dat betrokkenen exploitatie zonder vergoeding niet behoeven toe te laten - de bewoordingen van het Schaep-arrest - sluiten naadloos aan bij Boekman's twee criteria: de mogelijkheid zelf transacties aan te gaan met betrekking tot publicatie van het portret en de eis dat publicatie moet plaatsvinden in overeenstemming met de eerlijke gebruiken in het betrokken milieu.

6. Die redenering biedt volgens Boekman ook een oplossing voor een ander probleem dat zich in de jaren zestig in de rechtspraak voordoet. In een tweetal portretzaken, gepubliceerd in hetzelfde Bijblad nummer, wordt de vordering van belangenbehartigers van de geportretteerde (resp. het bedrijf dat als manager optreedt voor de Beatles en de Vereniging van Contractspelers die reclamecontracten sluit voor profvoetballers)⁶ afgewezen met het argument dat de sanctienorm van artikel 21, te weten artikel 35 Auteurswet, uitsluitend strekt ter bescherming van de belangen van de geportretteerde en de auteurs-rechthebbende en niet ter bescherming van anderen. In de opvatting van Boekman kan degene die gerechtigd is contracten voor een geportretteerde af te sluiten op dezelfde manier worden beschermd als de geportretteerde zelf.

BEDENKINGEN BIJ BOEKMAN

7. Boekman's opvatting het probleem rechtssystematisch te beschouwen als een probleem van oneerlijke concurrentie, heeft belangrijke voordelen. Er hoeft niet meer moeilijk gedaan te worden over de vraag of er sprake is van een portret, ook sound-alikes en andere specifieke kenmerken van een persoonlijkheid kunnen in de beoordeling worden betrokken. De rechter wordt min of meer verplicht aansluiting te zoeken bij branchegebruiken en dat vergroot de rechtszekerheid en zal op zijn beurt weer invloed kunnen hebben op het tot stand komen van standaarden op dit terrein. Vorderingen van derden die belang hebben bij de exclusiviteit van de commerciële exploitatie van de bekendheid van betrokkenen kunnen gemakkelijker worden ontvangen.
8. Boekman's verwijt dat het Hof in de Scholten-zaak een cirkelredenering volgt snijdt m.i. echter geen hout, wanneer men zich rekenschap geeft van het feit dat het Hof de vordering mede en misschien wel uitsluitend toewijst op grond van de omstandigheid dat indirect inbreuk wordt gemaakt op een bestaand exclusief contract. Die grond voor toewijzing van de vordering past veel beter in Boekman's eigen opvatting om dit soort kwesties te zien in het kader van

6 Zie Pres. Rb. Den Haag 15 april 1964, *BIE* 1966, nr. 2, p. 42-44 (John Winston Lennon c.s. en Nems Enterprises tegen EBRO); Pres. Rb. Den Haag 17 februari 1965, *BIE* 1966, nr. 2, p. 44-46 (Donner en Vereniging van Contractspelers tegen Monty Fabrieken).

oneerlijke concurrentie. Er moet dan immers gewezen kunnen worden op een omstandigheid die publicatie oneerlijk maakt. Bij Boekman is dat het gegeven dat men in een aantal gevallen toestemming pleegt te vragen en een vergoeding pleegt te betalen voor publicatie. Publicatie zonder toestemming c.q. vergoeding zou dan in strijd zijn met die (eerlijke) gebruiken en daarom ook rechtens oneerlijk zijn. Dat kan op zichzelf geen doorslaggevend argument zijn, omdat wij nu eenmaal niet hoeven te aanvaarden dat wat in de praktijk zo gebeurt ook rechtens zo behoort te zijn. Datzelfde euvel kleeft dan uiteraard ook aan de uitspraak van de Hoge Raad in het Schaep-arrest. Uit 'Sein' volgt logischerwijs nu eenmaal geen 'Sollen'. Er moet dus in de opvatting van Boekman verder worden nagedacht over de vraag wat er nu precies oneerlijk is aan het commercieel exploiteren van iemands bekendheid zonder diens toestemming. Zo gesteld lijkt de vraag beter te passen in de sleutel van het profiteren van de bekendheid van andermans merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent, dan in de uitleg van het begrip 'redelijk belang' in artikel 21 van de Auteurswet. Ik onderschrijf dan ook Boekman's opvatting dat het raamwerk van de oneerlijke concurrentie veel beter geschikt is om te begrijpen wat er gebeurt, dan het eigenaardige kader van artikel 21 Auteurswet. Ik ben daarbij niet alleen door Boekman beïnvloed, maar ook door een recente voordracht van Yuriko Inoue die in dit opzicht een interessante vergelijking met het merkenrecht heeft gemaakt, zonder die echter uit te werken.⁷

BOEKMAN'S BEDENKINGEN DOORGEDACHT

9. De rechtvaardiging voor de toekenning van een 'commercieel portretrecht' zoals die door Boekman is verdedigd en in het Schaep-arrest is neergelegd, is, als gezegd, niet dwingend. Datzelfde is, zoals zo vaak, het geval met een aantal andere rechtvaardigingen die in de literatuur worden aangevoerd.⁸ Economische, noch ethische argumenten zijn voldoende dwingend als rechtvaardiging voor een commercieel portretrecht. Een rechtseconomische benadering - Boekman refereert daar aan - die een oplossing ziet in het toekennen van een eigendomsrecht stuit onveranderlijk op de premisse dat zo'n toekenning tot een optimale maatschappelijke uitkomst op de desbetreffende markten moet leiden.⁹ Wanneer het iedere onderneming vrijstaat om het portret van een bekende acteur te gebruiken om daarmee zijn producten aan te prijzen, dan is de waarde die het portret aan de reclame toevoegt, niet optimaal. Dat pleit voor toekenning van een verbodsrecht voor de acteur. Van de andere kant zullen, in een situatie waarin het ieder vrijstaat het portret van

7 Yuriko INOUE (Kobe University), 'Het Recht van Publiciteit in Japan', Inleiding voor het Instituut voor Informatierecht op 27 juni 2008.

8 Bij dit randnummer heb ik veel steun gehad aan de discussies met Mr. Sophie van der Graaff en aan haar scriptie over de rechtvaardiging van een commercieel portretrecht.

9 B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie, Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 63.

de bekende acteur te gebruiken, ondernemingen dit portret juist niet gebruiken teneinde zich te kunnen onderscheiden van andere ondernemingen en kan aldus toch een redelijk optimale situatie ontstaan. Van de rechtseconomie moeten we het dus niet hebben. Dat geldt ook voor een economische benadering die het toekennen van een eigendomsrecht als een belangrijke stimulans ziet voor de productie van goederen en diensten.¹⁰ Het is immers moeilijk voor te stellen dat zonder commercieel portretrecht de stroom van Bekende Nederlanders zou opdrogen. Ook een ethische rechtvaardiging die het zoekt in de persoonlijke autonomie als basis voor een commercieel portretrecht kan maar moeilijk overtuigen.¹¹ Die autonomie zou leiden tot een eigen identiteit waar de betrokkene een soort van intellectueel eigendomsrecht op zou hebben. Die rechtvaardiging stuit op het probleem dat de identiteit van bekende personen doorgaans niet uitsluitend door de eigen inspanning wordt geschapen maar mede het gevolg is van de inspanning van anderen (managers, media).¹²

10. We moeten dus leren leven met de gedachte dat de rechtspraak niet veel anders heeft gedaan dan de praktijk te volgen. Rechtssystematisch is er echter iets fouts gegaan. Die rechtssystematische fout heeft er tevens toe geleid, dat wij niet meer zien wat er in dit geval echt oneerlijk is. De constructie dat een redelijk belang in de zin van artikel 21 Auteurswet ook een louter financieel belang kan zijn, zegt eigenlijk niets en gaat bovendien ten onrechte voorbij aan wat er echt oneerlijk is. Dat oneerlijke schuilt immers er niet in dat de geportretteerde zijn exclusiviteitspositie kwijtraakt – voor die positie waren immers nauwelijks dwingende rechtvaardigingen te vinden – , maar veeleer in het gegeven dat het onder omstandigheden oneerlijk is zichzelf te verrijken ten koste van anderen. De oneerlijkheid schuilt dan vooral in het oneerlijke voordeel dat degene verkrijgt die zonder toestemming het portret van een bekende persoonlijkheid gebruikt. Voor dat begrip is een raamwerk voorhanden in het merkenrecht en in het oneerlijke mededingingsrecht. Dat gedeelte van het recht biedt trouwens nog wel meer begrippen die hier rechtstreeks van toepassing kunnen zijn (bijv. verlies aan onderscheidend vermogen, geldige reden) en die duidelijker aangeven waarom een geportretteerde in een aantal gevallen bescherming verdient tegen het commercieel gebruik door anderen van zijn portret of ander identiteitskenmerk. Laten we eens kijken wat dat oplevert.
11. Artikel 2.20 lid 1 sub c. BVIE luidt: “Onverminderd de eventuele toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan de merkhouders op grond van zijn uitsluitend recht iedere derde

¹⁰ Id., p. 102-103.

¹¹ J.C.S. Pinckaers, *From privacy toward a new intellectual property right in persona*, Deventer: Kluwer 1996, p. 242.

¹² M. Madow, ‘Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights’, *California Law Review* 1993, p. 195.

die niet zijn toestemming hiertoe heeft verkregen, het gebruik van een teken verbieden: (...) c. wanneer dat teken gelijk is aan of overeenstemt met het merk en in het economisch verkeer gebruikt wordt voor waren of diensten, die niet soortgelijk zijn aan die waarvoor het merk is ingeschreven, indien dit merk bekend is binnen het Beneluxgebied en door het gebruik, zonder geldige reden, van het teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk.” Het lijkt wel alsof dit artikel speciaal voor ons onderwerp is geschreven. Ik parafraseer het artikel in een dat voor dat onderwerp relevant is: “Onverminderd de eventuele toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan een betrokkene iedere derde die niet zijn toestemming hiertoe heeft verkregen, het gebruik van een teken verbieden, wanneer dat teken gelijk is aan of overeenstemt met betrokkene’s identiteitskenmerk en in het economisch verkeer gebruikt wordt voor waren of diensten, op voorwaarde dat dit identiteitskenmerk bekend is binnen het Beneluxgebied en door het gebruik, zonder geldige reden, van het teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het identiteitskenmerk.” ‘Identiteitskenmerk’ dekt ook andere kenmerken dan alleen portretten, ‘overeenstemming’ dekt de commerciële look alikes af, ‘economisch verkeer’, ‘gebruik voor waren en diensten’ en ‘geldige reden’ waarborgt de vrijheid van meningsuiting en dekt m.i. tevens, naar analogie van de beperking van artikel 2.23 lid 1 sub a. BVIE, de gerechtvaardigde belangen af van derden die toevallig door de natuur zijn opgezaaid met een met het identiteitskenmerk overeenstemmend uiterlijk, ‘bekendheid’ is inherent aan dit verbodsrecht – voor onbekende betrokkenen is er het gewone privacyrecht -, en, als klap op de vuurpijl geven de drie inbreukcriteria (ongerechtvaardigd voordeel, afbreuk aan onderscheidend vermogen of de reputatie) precies aan wat er mis is met het gebruik van andermans identiteitskenmerken. Kortom: het commerciële portretrecht heeft eindelijk zijn juiste plaats gevonden.

