

Gillian Black, *Publicity Rights and Image, Exploitation and Legal Control*, Oxford: Hart Publishing 2011, ISBN 9781849460545; 223 p.; € 62.21

Dit boek gaat over commerciële portretrechten en komt op een juist moment. In Nederland hebben we drie jaar geleden onder leiding van Dirk Visser het dertigjarig jubileum gevierd van het *'t Schaep met de Vijf pooten*-arrest (D.J.G. Visser (red.), *Commercieel portretrecht. 30 jaar 't Schaep met de 5 pooten*, Amsterdam: Delex 2009). De discussie over wat portretrecht in het algemeen nu eigenlijk is en wat in het bijzonder een commercieel portretrecht inhoudt eindigde toen tussen de (overwegend auteursrecht-) geleerden, onbeslist: zij is ergens tussen het 'redelijk belang', 'verzilverbare populariteit' en privacy in blijven hangen. Naar mijn stellige overtuiging behoort zij zowel commercieel als moreel tot de laatste categorie (zie mijn bijdrage aan de *Schaep*-bundel). Ik schrijf dit onbesliste karakter van de discussie toe aan het feit dat het portretrecht in de Nederlandse doctrine terecht is gekomen via artikel 21 van de Auteurswet, waar het onder het hoofd van het 'redelijk belang' een eigen leven is gaan leiden als een 'beperking' van het auteursrecht, terwijl het met auteursrecht hoegenaamd niets heeft uit te staan (zie ook Hugenholtz in de *Schaep*-bundel). De formulering van de Hoge Raad in het *Schaep*-arrest dat een redelijk belang ook kan bestaan in 'verzilverbare populariteit', heeft bij de auteursrechtgeleerden vervolgens voeding gegeven aan de gedachte dat we bij de commerciële waarde van een portret te maken hebben met een vorm van goodwill/prestatiebescherming. Wij zitten in Nederland dus opgezaald met dit wormvormig aanhangsel van het auteursrecht van de fotograaf dat geen adequate bescherming geeft aan de rechts- en economische belangen waar het in de sport en entertainment industrie van vandaag werkelijk om gaat. Hugenholtz zei het enige tijd geleden in een interview als volgt:

*Het tekent de totale vercommercialisering van de 'celebrity', de 'beroemdheidseconomie' noem ik dat. Kijk maar op Facebook, daar waant iedereen zich een 'mini-celebrity', allemaal 'waiting to be discovered'. Het eerste wat iedereen wil is zo snel mogelijk beroemd worden. Vandaar dat persoonlijkheidsrechten steeds belangrijker worden de laatste tijd.*¹

Gillian Black (lecturer aan de University of Edinburgh) geeft een heldere analyse van wat een portretrecht is. Het boek is geschreven vanuit de Angelsaksische traditie die in de 'common law'-traditie een scherp onderscheid maakt tussen pri-

vacy-acties (in de sfeer van 'breach of confidence') en 'publicity rights' acties die meer zien op portretrechten. Dat behoeft geen bezwaar te zijn. De analyse wat het portretrecht inhoudt en wat de economische en morele overwegingen zijn om het te zien als een persoonlijkheidsrecht dat economische en morele belangen beschermt zijn belangrijker dan het etiket dat we er op plakken. En wat meer is: het auteursrecht van de fotograaf komt (terecht) niet in het boek voor: het gaat immers om de (her)exploitatie van het beeld van een persoon die al of niet in het verleden met fotografische technieken is vastgelegd.

In de hoofdstukken 1 en 2 geeft Black een beknopte analyse van de gangbare opvattingen over portretrechten. Zij onderscheidt een Angelsaksische traditie van de publicity rights, een continentale traditie van persoonlijkheidsrechten (met name Duitsland), een mededingingsrechtelijke traditie in de VS van de 'appropriation' en 'passing off'. De verschillende benaderingen vat ze op p. 28 samen als drie trends:

- (i) economic interests versus dignitarian interests,
- (ii) property protection versus tort law,
- (iii) exploitation by self versus exploitation (or 'appropriation') by others.

Ze kondigt in dit hoofdstuk al een vierde weg aan: dat is de dynamische uitleg van artikel 8 EVRM door het Europese Hof, waarin sinds de *Reklos*- en *Von Hannover*-arresten een steeds duidelijker focus op privacy als een controle op het eigen portret is gelegd, die steeds meer van invloed is op de Angelsaksische praktijk (p. 25-26; verder uitgewerkt in hoofdstuk 4). Ik citeer uit *Hannover II* (EHRM 7 februari 2012, EHRC 2012, 72 m.nt. R. de Lange en J.H. Gerards):

*96. Regarding photos, the Court has stated that a person's image constitutes one of the chief attributes of his or her personality, as it reveals the person's unique characteristics and distinguishes the person from his or her peers. The right to the protection of one's image is thus one of the essential components of personal development. It mainly presupposes the individual's right to control the use of that image, including the right to refuse publication thereof (see *Reklos and Davourlis v. Greece*, cited above, § 40)A.*

* Prof. mr. E.J. Dommering is emeritus hoogleraar informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam (IViR).

1 Interview in *Amsterdams Balie Bulletin*, maart 2012, p. 8 (<http://bit.ly/S1W26T>).

Zoals gezegd blijft Black bij de uitwerking binnen het common law begrip van publicity right, maar zij geeft daaraan een invulling die veel lijkt op het privacyrecht als controlerecht, zoals het door het EHRM is ontwikkeld. Van groot belang daarbij is dat zij het duale aspect van het recht zeer goed en scherp analyseert. Het recht heeft zowel een morele (die ze ‘dignitarian’ noemt) als een economische dimensie.

Op p. 95-96 stelt ze dat morele en economische belangen complementair zijn en door één recht beschermd kunnen worden. Ik citeer:

Although there is a widespread recognition of both economic and dignitarian interests in publicity, one question is whether a single right of publicity could or should protect both the dignitarian and economic elements [...]. Whilst it is not obvious why a legal right designed to protect one set of values should be used to protect others which are apparently ‘at odds’ with them, this does not mean that both types of value can never co-exist. Indeed, the monistic right in German law proves that it is possible for one right to protect both economic and dignitarian interests. As copyright illustrates, it is possible for both interests to be protected in one legal scheme, where that scheme has been specifically developed to address them.

Zo is het inderdaad. Het is merkwaardig dat de auteursrechtgeleerden in Nederland die zijn groot gebracht met het duale economisch-morele karakter van het auteursrecht, altijd een blinde vlek hebben gehad voor dit aspect van privacy. Zowel auteursrecht als privacy zijn immers sterk verbonden met de ontplooiing en respectering van de persoonlijkheid; economische aspecten van de exploitatie van een werk zijn altijd hand in hand gegaan met persoonlijkheidsaspecten. Zo is het ook met privacy. En de fundering van auteursrecht en privacy als een zeggenschapsrecht is uiteindelijk moreel. De schrijfter geeft in hoofdstuk 6 een duidelijke argumentatie voor die morele rechtvaardiging van het uitoefenen van zeggenschap over zijn portret (wat zij de ‘dignitarian rationale for publicity’ noemt, p. 107-113). Op p. 113 stelt zij:

Where an individual is unable to control the use of his or her persona, it impacts on both the individual’s negative right to prevent the use and positive power to exploit his persona. Since there is no right for the individual to give or withhold consent, persona becomes freely available for use by other, without the need to seek the consent of the individual.

Hoofdstuk 5 van het boek onderzoekt de rechtvaardiging van portretrechten. Het economische prestatie argument als rechtvaardiging wordt overtuigend verworpen. Op p. 98:

Closely related to the incentive justification is that of labour-desert, whereby the Legal right to exploit persona is seen as the individual’s reward for his or her labour creating a valuable persona. An initial point to note is that this justification is frequently tied to the value in persona (rather than the persona itself) whereas publicity exploitation can rely upon any person, not only valuable ones. In

any event, the labour-desert justification fails to support a publicity right because there is frequently no evidence that the individual has labored to create his or her persona.

En op p. 144 citeert zij in dit verband Nimmer (vergelijk mijn noot bij Hof Amsterdam 14 april 2009, AMI 2009/5, nr. 19 (*Tirion/Sauerbreij*) waar ik een soortgelijk standpunt innam):

[...] it should rather be held that every person has the property right of publicity, but that the damages which a person may claim for infringement of the right will depend upon the value of the publicity appropriated which in turn will depend in great measure upon the degree of fame attained by the plaintiff.

In hoofdstuk 6 construeert Black een nieuw ‘dual publicity right’, dat onder dit etiket alle kenmerken heeft van wat wij in Europa, op basis van de geciteerde rechtspraak van het EHRM en het Duitse Constitutionele Hof privacy als persoonlijkheidsrecht zien. Privacy beschermt tegen binnendringen in de privé-sfeer. Het geeft aan het individu afweerrechten tegen ongeoorloofde machtsuitoefening door bijvoorbeeld het gebruik van persoonsgegevens door derden te verhinderen of te beperken. Maar het geeft ook zeggenschap over jezelf en je persoonskenmerken. De basis is dus de morele waarde van de persoonlijkheid. De zeggenschap houdt (net als in het intellectuele eigendomsrecht) ook economische controle in. Een portretrecht is een ‘persoonsgegeven’ dat als teken ter onderscheiding van personen evenzeer drager van goodwill en reputatie kan zijn als een merk dat als teken ter onderscheiding van goederen of diensten kan zijn.

De hoofdstukken 7 en 10 gaan in op het feit dat de publicity rights kunnen conflicteren met andere algemene belangen en fundamentele rechten. Ik denk dat ook hier in de continentale traditie de conflicten beoordeeld moeten worden aan de hand van de artikelen 8 en 10 EVRM en beginselen van fair use die we in het auteursrecht heel normaal vinden. Dat heeft dus niets te maken met ‘beperkingen op het auteursrecht’, zoals het portretrecht nog altijd in de auteursrechtelijke handboeken compareert. Het zijn ‘beperkingen op het privacyrecht’.

In hoofdstuk 9 bespreekt Black de duur en de overdraagbaarheid van het recht. Ik denk dat er in de continentale traditie nog stappen zijn te zetten. Onderkenning van het duale karakter van het persoonlijkheidsrecht indiceert ook de mogelijkheid van post mortem gelding en overdraagbaarheid. De oplossingen die in het auteursrecht zijn bereikt kunnen hier een leidraad zijn.

Het boek is niet altijd een wonder van systematiek, omdat de argumenten nog wel eens heen en weer springen. Dat doet er niet aan af dat de argumentatie inhoudelijk goed en overtuigend is. Het is daarom zeer geschikt om de ‘redelijke belangers’ in Nederland die na het Schaeparrest bij het horen en herhalen van de welluidende term ‘verzilverbare populariteit’ geleidelijk in een winterslaap zijn geraakt, wakker te schudden.