

Van ‘Ja zuster, nee zuster’ naar ‘Discodans’: de lange weg naar commerciële informationele privacy

EGBERT DOMMERING*

DE LANGE WEG

Van portret naar ‘persoonsgegevens’

In jaren zeventig was er op vrijdagochtend nog een echte rolzitting in het fraaie Hoge Raad Gebouw met de standbeelden van de rechtsgeleerden op het bordes waar je via statige trappen van het Plein in Den Haag op belandde. De advocaten die diezelfde ochtend moesten pleiten en de stagiaires van de cassatiekantoren verzamelden zich in de grote zittingszaal. Soms was er een heer in jacquet, een te beëdigen raadsheer van een Hof in het land. Om tien uur kondigde de deurwaarder met een oranje lint om zijn hals, gekleed in een zwart jasje met gestreepte broek, de Hoge Raad aan: de deur achter de tafel zwaaide open, de Procureur-generaal, de vijf raadsheren en de griffier liepen gehaast naar hun zetel terwijl iedereen opsprong. ‘Gaat U zitten’, zei de President terwijl hij dat zelf ook deed, en dan begon het rolritueel: eerst kwam de beëdiging als er een meneer in jacquet was, dan kwamen de uitspraken, dan de rolverrichtingen en tenslotte de pleidooien, bij welke laatste verrichting de President spoedig onder zeil ging. In de meestal eerste twee scènes speelden de stagiaires hun rol, omdat bij het uitroepen van de zaak de desbetreffende stagiaires naar de hekjes voor het podium holden om de uitspraak aan te horen of te melden dat Mr. zo-en-zo zich voor verweerder stelde en vier weken voor antwoord vroeg of terstond tot verwerping concludeerde als hij haast had. Op vrijdag 16 januari 1970 was er even voor tien een zekere opwindning voor de hekjes en er was zelfs pers in de zaal, want de Hoge Raad zou uitspraak doen in de ‘Ja Zuster, nee zuster’ zaak over de vraag of de spelers in de gelijknamige televisieserie hun portretrecht konden aanwenden om een vergoeding te krijgen voor de merchandising met sleutelhangers van poppetjes van de hoofdpersonen in de serie. Raadsheer Peters mocht de uitspraak doen. Meestal was dat ‘verwerpt het beroep’ of ‘vernietigt het arrest en verwijst naar Hof X’. Maar ditmaal keek raadsheer Peters olijk de zaal in en zei in plaats van ‘verwerpt het beroep’: ‘Het is Nee Zuster.’¹ Geen portretrecht voor de toneelspelers in de serie, omdat de poppetjes

* Hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1 HR 16 januari 1970, NJ 1970, 220.

met duidelijk herkenbaar de sjablone trekken van de hoofdrollen geen ‘portretten’ waren. Er was een nudiste voor nodig om die vergissing zeventien jaar later recht te zetten.² ‘Herkenbaarheid’ is voldoende om van een portret te kunnen spreken, en daar hoeft niet het hele portret voor te worden afgebeeld. In deze uitspraak hield de Raad nog vast aan het begrip ‘portret’, maar in de zaak Storms maakte hij zich daar al verder van los, door ook het ‘afgeblokte’ portret in een televisie-uitzending daaronder te begrijpen ‘nu ook uit hetgeen de afbeelding overigens toont, de identiteit van die persoon kan blijken’.³ Vanuit hier is het nog maar een kleine stap naar het begrip ‘persoonsgegevens’ in de Wet Bescherming Persoonsgegevens: ‘elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare persoon.’

Van portret naar privacy

Al in de naturiste uitspraak had de Hoge Raad voor de uitleg van artikel 21 Aw aansluiting gezocht bij het algemene privacyrecht met de overweging:

Ook deze vereisten zouden aan het recht van de afgebeelde persoon (of diens nabestaanden) om zich op grond van een redelijk belang tegen openbaarmaking van zijn of haar afbeelding te verzetten, beperkingen stellen die niet stroken met de bescherming die art. 21 in samenhang met de art. 30 en 35 Auteurswet de geportretteerde toekent met name tegen inbreuk op diens persoonlijke levenssfeer.

Deze lijn trekt de Hoge Raad door in het Vondelparkarrest⁴:

...Uit het recht van een ieder op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer dat naar zijn inhoud mede door artikel 8 EVRM wordt bepaald, vloeit voort dat indien openbaarmaking op dit recht inbreuk maakt, in beginsel sprake is van een redelijk belang van de geportretteerde.

En in de Ferdi E. zaak⁵:

...dat artikel 21 Aw weliswaar is ingegeven door wat heden ten dage zorg voor de persoonlijke levenssfeer zou worden genoemd, maar dat de rechtsontwikkeling met betrekking tot de grondrechten van na het tot standkomen van deze bepaling dateert en eerst deze rechtsontwikkeling heeft geleid tot het inzicht dat die bepaling inderdaad mede strekt ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

2 HR 30 oktober 1987, NJ 1987, 277.

3 HR 2 mei 2003, NJ 2004, 80.

4 HR 1 juli 1988, NJ 1988, 277.

5 HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473.

Artikel 21 Aw is daarmee opgegaan in artikel 10 Gw en 8 EVRM, en hooguit een bijzonder geval geworden in de privacybescherming van persoonsgegevens, waarvan het portret er één is.

Van moreel naar commercieel belang

Negen jaar na het Nee Zusterarrest was het op 19 januari al weer een gespannen drukte op de rol van de Hoger Raad.⁶ Ditmaal zou de Raad uitspraak doen over de vraag of het maken van een fotoboek van de beroemde televisieserie 't Schaep met de vijf pooten' inbreuk op de portretrechten van de spelers vormde. Leen Jongewaard, eiser met Hetty Blok in de Nee Zuster zaak, was nu ook weer van de partij, ditmaal als verweerder, omdat hij bij het Hof had gewonnen. Er zijn geen ooggetuigen van de uitspraak. Het is dus niet zeker of de raadsheer die de uitspraak deed weer een leuke vondst bij de hand had voor de verweerders, zoiets als: 'Dit keer, Leen, is het ja zuster', om de verwerping van het beroep aan te kondigen. De grondrechten stroomden pas in 1994 in de Ferdi E. zaak via de rechtsontwikkeling artikel 21 Aw binnen, het geld kwam in deze uitspraak al vijftien jaar eerder binnenrollen, niet via latere rechtsontwikkeling, maar latere maatschappelijke ontwikkeling, zo weet de Hoge Raad:

...mede gezien de ontwikkeling in de maatschappelijke opvattingen dienaangaande, kan van een redelijk belang ook sprake zijn, wanneer de populariteit van geportretteerden, verworven in de uitoefening van hun beroep, van dien aard is, dat een commerciële exploitatie van die populariteit door enige wijze van openbaarmaking van hun portretten mogelijk wordt.

Nog weer een kleine dertig jaar later, deed de Hoge Raad in Discodanser een nieuwe stap. In dit arrest⁷ ging het om de vraag of de werkstudent M, die als naakte discodanser bijverdiende in een homodisco, zich kon verzetten tegen het gebruik van foto's van zijn act in een advertentie in de *Gaykrant*:

...de bescherming die artikel 21 Aw in samenhang met art. 30 en 35 Aw de geportretteerde toekent met name tegen inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, meebrengt dat de geportretteerde in beginsel reeds een redelijk belang zal hebben om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret als ondersteuning van een commerciële reclame-uiting. De opname van een portret in een reclame (...) heeft immers tot gevolg dat de geportretteerde zal worden geassocieerd met een product of dienst, waarbij het publiek er in het algemeen vanuit zal gaan dat het gebruik van het portret niet zal zijn geschied zonder toestemming

⁶ HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383.

⁷ HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661.

*van de geportretteerde en de opname van het portret zal opvatten als een
blijk van publieke ondersteuning van het product of de dienst door de
geportretteerde.*

Weliswaar is het toestemmingsrecht nog ‘moreel’ geconstrueerd, omdat de Hoge Raad de nadruk legt op de omstandigheid dat de werkstudent M in zijn privacy werd geraakt door een niet gewilde associatie met producten en diensten in de *Gaykrant*, in feite gaat het om een toestemmingsrecht (dus een beschikkingsrecht) voor commercieel gebruik van je portret. Daarvoor hoeft je helemaal niet beroemd te zijn. Dat rekt ook af met de mijns inziens onjuiste, in de literatuur postgevatte, opvatting dat het in ‘t Schaep zou gaan om een ‘prestatierecht’ van de geportretteerde.⁸ Dat is een verwarring tussen beschikkingsrecht over een goed en de prijs die je voor een goed kunt bedingen. Een beroemdheid is commercieel meer waard, maar de aard van het beschikkingsrecht is niet anders dan bij een ‘nobody’ die wordt geconfronteerd met een commerciële exploitatie van zijn portret. In de voorfase van publicatie lopen morele en commerciële belangen trouwens parallel, zoals we zien bij het ‘droit de publication’ dat in het auteursrecht ook de status heeft van een moreel recht. Een beroemdheid zal uit overwegingen van commerciële controle zelf de reclamecampagne willen kiezen waar hij aan meedoet, maar vaak zullen ook morele overwegingen bij die keuze een rol spelen.

Conclusie

Wanneer ik de drie ontwikkelingen in de jurisprudentie samenbreng, zien we een algemeen beschikkingsrecht over het commerciële gebruik van persoonsgegevens ontstaan. Ik wil het er in het vervolg over hebben hoe dat recht er uitziet en wat een dergelijk recht zou kunnen betekenen voor de verdere maatschappelijke en rechtsontwikkeling. De fundering van het portretrecht in het privacyrecht, ook voor commercieel gebruik, past bij de lijn die zich in de aftekent in de Duitse rechtspraak en doctrine, die het zoekt in het algemene persoonlijkheidsrecht.⁹ Deze lijkt mij de meest consistente lijn in de ons omringende landen.

RELATIONELE EN INFORMATIONELE PRIVACY

Twee rechten?

In de literatuur zijn wij een onderscheid gaan maken tussen relationele en informationele privacy. Met het eerste doelt men dan op de persoonlijke *levenssfeer*, met het tweede op het zelfbeschikkingsrecht over de informatie die over het individu in omloop is. Deze twee privacyrechten hebben meer met elkaar te maken dan wij op het eerste gezicht in die tweedeling onderkennen. Als het gaat om het *fysiek* met rust laten is er inderdaad een duidelijk afgescheiden recht. Het is de kring rond de persoon die de afstand tussen het individu en de wereld rondom hem markeert. Overschrijding van de omtrek van die cirkel is iemand ‘niet met rust laten’, al

⁸ Ook na dit arrest nog te vinden in Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 315.

⁹ Zie de bijdrage van Martin Senftleben in deze bundel.

gauw ‘geen afstand bewaren’, of, nog dichter bij: een aantasting van lichamelijke integriteit. Gaat het om informatie die tot de persoonlijke levenssfeer behoort, zoals al of niet intieme biografische feiten, identificerende kenmerken (persoonsgegevens) en vertrouwelijke communicaties dan loopt er een vloeiende lijn van de relationele sfeer naar de informationele zelfbeschikking. Dat komt omdat wij een informationele ‘binnenkant’ en een informationele ‘buitenkant’ hebben. Dit wordt treffend geïllustreerd door het portretrecht. Een portret van de binnenkant kan een (intensieve) waarneming en/of een afbeelding van de persoon in een intieme situatie zijn (naakt in de badkamer, het ‘herdersuurtje’, zoals Advocaat-generaal Leijten het in zijn conclusie bij de het Bespiede Bijstandsmoeder arrest nog noemde¹⁰), een afbeelding van de buitenkant gaat om iemands openbare *persona* in een maatschappelijke situatie: een consument winkelend gadeslagen door een bewakingscamera, een politicus door de pers waargenomen en gefotografeerd op het spreekgestoelte. Ook biografische feiten en identificerende kenmerken kunnen tot de binnenkant behoren (de wetenschap van het plegen van een niet ontdekt misdrijf, de geheime keuze in het stemhokje, de slechts door deelnemers aan een gesprek waargenomen communicatie), maar zij hebben dikwijls een buitenkant (een procesverbaal van politie van een gepleegd strafbaar feit, de op een opiniepagina beleden politieke overtuiging, het luid in de trein gevoerde telefoongesprek).

Een bijzonder aspect van de informationele buitenkant is iemands *reputatie* of *eer en goede naam*. Dit is de uit de Romeinse tijd en de Middeleeuwen stammende *fama* die kan worden *gediffameerd*. Reputatie is van oudsher een belangrijke waarde die nuttig en noodzakelijk is voor deelname aan het maatschappelijke- en het rechtsverkeer. Verlies of beschadiging van die waarde kan ernstige morele (gevoelens van spijt en schaamte) en economische (afwijzing bij sollicitaties) consequenties hebben.¹¹ Het is een onderdeel van de informationele privacy, omdat het gaat over

¹⁰ HR 9 januari 1987, NJ1987, 928, zie de conclusie van de AG onder punt 45: ‘De advocaat van eiser is van mening, dat daartoe bijv. gesteld had moeten worden, dat die waarnemingen waren gedaan met gebruikmaking van technische hulpmiddelen, zoals verrekijker, fototoestel, af luisterapparaat e.d. Ik kan niet inzien dat zulke zaken beslissend zijn. Sommige mensen zien beter zonder verrekijker dan andere met. Waar het m.i. op aankomt is binnentreden in de privé-sfeer van een ander op een wijze waarmee de ander in redelijkheid geen rekening hoeft te houden. *Gaat het over een herdersuurtje dan zal de daarbij vaak begeerde privacy geschonden zijn als iemand met een apparaat dit beeld in zich opneemt en naar zich toetrekt, terwijl dit met het blote oog niet mogelijk zou zijn.* Maar als het er nu om gaat vast te stellen of iemand een min of meer duurzame relatie onderhoudt, dan helpt zo’n apparaat maar heel weinig. Het enkele feit, dat de constante observator vaststelt dat daar voor dat huis altijd diezelfde auto staat, die door X bestuurd wordt, zulk met het oog op het vaststellen voor zo’n relatie is dan veel belangrijker en grijpt veel dieper in de persoonlijke levenssfeer in. Het is niet de waarneming die ieder ander ook kan doen, maar het is de volgehouden observatie met een bepaald doel die een bepaalde wijze oplevert van schending van privacy.’

¹¹ Verlies van fama had in de Middeleeuwen dikwijls noodlottige gevolgen voor volwaardige deelname aan het rechtsverkeer, zie Thelma Fenster & Daniel Lord Small (eds.), *Fama. The politics of talk & reputation in Medieval Europe*, Ithaca/London: Cornell University Press 2003.

de informatie die over iemand in omloop is en waar iemand dus iets over te zeggen wil en moet hebben. Bovendien bepaalt het individu zelf welke informatie hij van binnen naar buiten wil brengen om die reputatie te voeden.

De waarneming van de binnenkant heeft steeds een *relationeel* aspect, omdat deze waarneming niet mogelijk is zonder (al of niet met behulp van technische hulpmiddelen) in de persoonlijke *levensfeer* binnen te dringen. De waarneming van de buitenkant *kan* een *relationeel* aspect krijgen door de intensiteit ervan, bijvoorbeeld door opdringerige paparazzi die je met camera's met teledenzen overal volgen, of het belastende kruisverhoor van de verbalisant die je de bekentenis probeert te ontwingen.

Uit het voorgaande volgt dat ik het portretrecht niet alleen zie als een bijzonder geval van beschikking over persoonsgegevens, maar ook als een bijzonder geval van informatieve zelfbeschikking. Dit wordt niet altijd duidelijk onderkend, omdat geschillen over portretrecht dikwijls een relationeel aspect hebben (foto's van intieme feiten of intieme situaties). Hoe moet een economisch informatieel zelfbeschikkingsrecht er uit zien?

INFORMATIONELE PRIVACY ALS BASIS VOOR EEN GEMENGD ECONOMISCHE EN MORELE ZELFBESCHIKKINGSRECHT.

De Europese fundering van de informatieve privacy

In Europa zien wij het recht van privacy in zijn beide verschijningsvormen als een grondrecht. In onze nationale rechtsorde is artikel 10 Gw daarvan de weerslag. Leidend voor de Nederlandse rechtsontwikkeling is echter artikel 8 EVRM, dat in de rechtspraak van het Europese Hof beide aspecten omvat. De hiervoor genoemde arresten van de Bespiede Bijstands Moeder van 1987 en Ferdi E. van 1994 brengen dat duidelijk tot uitdrukking. De inhoud van dat zelfbeschikkingsrecht heeft verder gestalte gekregen in het Europese Dataprotectieverdrag en de EG dataprotectierichtlijnen, in Nederland geïmplementeerd in de Wet Bescherming Persoonsgegevens. De kern van de rechten van het data subject (de gerechtigde met betrekking persoonsgegevens) wordt gevormd door het toestemmingsrecht voor het gebruik (artikel 8 aanhef en onder a van de Wbp), dat de verwerking alleen mag plaatsvinden voor bepaalde gerechtvaardigde doeleinden (de zogenaamde doelbinding van artikel 7 Wbp), het inzage-recht (artikel 35 Wbp) en het correctierecht (artikel 36 Wbp). *Toestemming, doelbinding, inzage- en correctierecht* zijn welbeschouwd bevoegdheden die zich gemakkelijk laten vertalen als economische zeggenschapsrechten vergelijkbaar met eigendomsbevoegdheden. Deze beginselen kunnen wij ook toepassen op het portretrecht. De basis is de toestemming. Dit past ook in de opvatting van de Amerikaanse gangmaker van de discussie over het economische privacyrecht, Richard Posner, die begin jaren tacht-

tig over dit onderwerp begon te publiceren.¹² Hij fundeert het economische privacy recht vooral op het geheim, het economische belang dat het individu er bij heeft om feiten over hem zelf af te schermen van de wereld. Het gaat om een geheim, omdat buiten de rechten van intellectuele eigendom informatie alleen 'exclusief' geëxploiteerd kan worden als zij geheim kan worden gehouden. Er bevindt zich in de privésfeer wel informatie die vatbaar is voor auteursrecht (dagboeken, brieven, niet gepubliceerde manuscripten), maar heel veel informatie is dat niet.¹³ Het is dus vergelijkbaar met het bedrijfsgeheim dat wij in Europa beschermen door middel van contractuele constructies of via de maatschappelijke zorgvuldigheidnorm (Het arrest Lindenbaum/Cohen dat bij ons aan de basis staat van de onrechtmatige daad als overtreding van een maatschappelijke zorgvuldigheidnorm ging over de diefstal van een bedrijfsgeheim!). Prijsgeven van het geheim van persoonsgegevens aan de openbaarheid betekent dat de informatie in het publieke domein is gekomen, maar niet onbeperkt: doelbinding beperkt de gebruiksmogelijkheden, inzagen- en correctierecht waarborgen controle op het gebruik.

Het privacyrecht dat gebaseerd is op een door de rechthebbende zelf te clausuleren geheimhouding van zijn persoonsgegevens, is geen absoluut eigendomsrecht. Het is ook in een ander opzicht niet absoluut, omdat de samenleving allerlei aanspraken heeft op de persoon waardoor het mogelijk wordt gebruik te maken van persoonsgegevens ook zonder toestemming van de betrokkene. De omvang van het geheim wordt dus niet alleen door het individu maar ook door de samenleving gedefinieerd. In de Wbp ligt vast in welke gevallen persoonsgegevens mogen worden gebruikt en bewerkt zonder toestemming van de betrokkene. De redelijk belang norm van artikel 21 Aw indiceert de vrijheid van de samenleving van het portret gebruik te maken als het samenlevingsbelang zwaarder weegt dan het individuele belang. Nieuwswaarde, parodie, politieke discussie en andere maatschappelijke gebruiksvormen waarbij persoonsgegevens betrokken zijn, krijgen aldus de ruimte (bewakingscamera's, pasfoto's, nieuwsfoto's enzovoort). Maar ook in het handelsverkeer eist de samenleving in sommige gevallen onthulling van geheimgehouden feiten. Het hele leerstuk van de verzwijging in het verzekeringsrecht is er op gebaseerd dat iemand die zich wil verzekeren voor een bepaald doel feiten moet prijsgeven over zich zelf, die de verzekeraar nodig heeft om het morele risico in te schatten.

Nu zullen sommigen zeggen: wat is er nu nog geheim aan een portret, zeker als het een beroemd persoon is? Daarop is mijn antwoord dat je goed moet onderscheiden tussen de rechtsgrond en de wijze waarop een recht kan worden uitgeoefend. Dat de rechtsgrond van het geheim bij het portretrecht het recht op anonimiteit is, neemt niet weg dat het als 'buitenkant' recht zwakker is, zodat de toestemmingseis

12 R. A. Posner, 'The Economics of privacy' (1981) 71 *The American Economic Review*, p. 405 e.v.; 'Privacy as secrecy', in: R.A. Posner, *The Economics of justice*, Massachusetts/London: Harvard University Press 1983, p. 231 e.v.

13 Zie daarover hierna in noot 21.

zwak of zelfs afwezig is. Je kunt hier spreken van een geïmpliceerde of door de samenleving afgedwongen toestemming. Niet voor niets komt in artikel 21 Aw de nadruk niet te liggen op de toestemming, maar op de belangenafweging, in mijn terminologie: op de eis van *doelbinding*. Iemand die beroemd is en een beroemd portret heeft, heeft nog altijd het recht om zelf het economische of morele doel te bepalen (dus: of hij voor bepaalde doeleinden publiciteit wil en voor andere anonimiteit wil behouden) waarvoor hij instemt met de publicatie en/of exploitatie. Soms is de druk van de openbaarheid voor een beroemd persoon (portret) te groot en probeert de betrokkene terug te treden in de anonimiteit door zich *aan waarneming te onttrekken*. Dat kan door een vermommen ('De koningin bezocht incognito de Wallen in Amsterdam') of door zich te verbergen op een geheime plaats (in de bekende prinses Caroline zaak speelde onder meer de vraag of de prinses wel voldoende afgeschermd dineerde in een restaurant).¹⁴ Een meer idyllisch variant daarvan is dat prins Alexander en prinses Maxima een vakantiebungalow op een onbewoond schiereiland in Afrika laten bouwen om tijdens de vakantie met hun gezin van hun privacy te kunnen genieten. De meest dramatische poging tot geheimhouding is de fatale vlucht van prinses Diana om aan de lenzen van de fotografen te ontkomen. Die beroemdheid zet dus niet een geheimzinnige metafysica in werking waardoor er een *prestatierecht* of *right of publicity* ontstaat dat voortaan de rechtsgrond gaat vormen voor de exploitatie.¹⁵ Een dergelijk eigendomsrecht past bovendien niet in het gesloten systeem van IE rechten.¹⁶ Laten we dit 'geëconomiseerde' privacyrecht eens toepassen op de buitenkant en de binnenkant van de privé levenssfeer die ik hiervoor onderscheidde.

De buitenkant: Eer en goede naam

De reputatie die een persoon heeft, berust mede op de economische inspanningen die iemand zich heeft getroost die reputatie te maken. Dienstverleners geven zich veel moeite om 'wapenfeiten' die zij in, vaak vertrouwelijke, transacties en gerechtelijke procedures op hun naam hebben gesteld, naar buiten te brengen om hun reputatie te verbeteren. Het opbouwen van een goede naam, verleent goodwill aan de (handels)naam van een beroepsbeoefenaar of een onderneming, die vergelijkbaar is aan het opbouwen van de reputatie en bekendheid van een merk of de in reclameboodschappen door de betrokkene van begin tot eind in de openbaarheid gecontroleerde positieve informatie over zichzelf. Het diffameren van die reputatie gaat dikwijls over de vraag of de in het openbaar gedane beweringen die afbreuk doen aan die reputatie juist zijn en voldoende steun hebben in de feiten. In het Amerikaanse recht noemt men dit de 'false light' zaken,¹⁷ bij ons zijn dat de geschillen over onrechtmatige publicaties. De zaken die alleen gaan over de inbreuk op relationele privacy noemt met 'intrusion' zaken. Toch is hier dikwijls

¹⁴ EHRM 14 juni 2004, NJ 2005, nr. 22 m.nt. EJD.

¹⁵ Dit is de metafysica die zich maar al te vaak in het IE recht voordoet: iets is economisch iets waard, dus is er een speciaal recht om die economische waarde te beschermen.

¹⁶ Zie de bijdragen van Bernt Hugenholtz en Dick van Engelen in deze bundel.

¹⁷ Posner 1983, p. 255.

ook een aspect van het onthullen van feiten (intrusion dus) die de betrokkene geheim had willen houden, bijvoorbeeld door een uitgelekt geheim document of de verklaring van iemand die door het afleggen van die verklaring (onder dekking van de bronbescherming van een journalist) een geheimhoudingsplicht schendt. De reputatie van politici is minder economische van aard, omdat zij politieke *public figures* zijn die voorwerp zijn van vaak heftige en agressieve politieke debatten. Hier is het morele aspect groter dan bij reputaties in het handelsverkeer, maar het economische zeker niet afwezig, wanneer het bijvoorbeeld gaat om het beperken van het gebruik van de eigen naam in het handelsverkeer (bijvoorbeeld reclame). In beide gevallen is de betrokkene meestal het toestemmingsrecht uit handen geslagen, maar beschikt hij over de doelbinding beperking (was er een goede reden om de reputatie aan te vallen?) en het correctierecht (publieke rectificatie).

De buitenkant: het portretrecht

Een soortgelijke redenering kan men opzetten voor het portretrecht. De gelijkenis met het merkenrecht is hier groot, omdat de afgebeelde persona (Elvis Presley, Madonna) een teken in het handelsverkeer wordt dat niet alleen dient voor de aanduiding van de persoon, maar ook geschikt is ter aanduiding van een hele reeks merchandisingartikelen. Ook het aanhaken aan iemands portret door lookalikes is in wezen een vorm van aanhaken, zoals we dat uit de oneerlijke mededinging kennen, als het gaat om het profiteren van de reputatie van een merk. Het gebruik zonder toestemming wordt beperkt door doelbinding en correctierecht. Eigenlijk zijn alle geschillen over portretrecht met een relationeel aspect terug te voeren tot het gebruik voor een ander doel dan waarvoor de betrokkene zijn portret in een intieme situatie aan de openbaarheid had prijs gegeven. De foto in het Vondelpark ging om hergebruik in een andere context dan waarvoor de toestemming voor de foto was gegeven. En hetzelfde met de Discodanser: naaktdansen in een disco impliceert geen toestemming voor het opnemen van een foto in een reclamefolder. In geval van publieke discussie en satire definieert de samenleving een zwaarder wegende doelstelling dan een commerciële of politieke public figure die wenst dat zijn portret niet voor parodie wordt gebruikt.

Fascinerend is tenslotte de relatie tussen publieke, politiek of commercieel uit te baten, beroemdheid en de intieme binnenkant van deze figuren. Deze bevinden zich in een voortdurende 'onderhandeling' met de boulevardpers welke mate van 'intrusion' in hun privéleven zij willen toelaten en welke zij willen bestrijden. Juist bij de beroemde 'portretten' dragen plaatjes uit het intieme privéleven in belangrijke mate bij aan de populariteit, maar het is een voortdurend spelen met vuur, omdat het prijsgeven van intieme privé feiten gemakkelijk kan omslaan in smaad en lastercampagnes. Overigens blijkt het portret daar in het algemeen beter tegen bestand dan de reputatie.

Reputatie en portretrecht: overdraagbaarheid van rechten?

De overdraagbaarheid van een goede naam, vindt over het algemeen plaats door middel van de goodwill die onder die naam in een onderneming is opgebouwd: iemand gaat werken bij een 'gereputeerde' firma. De naam is in ieder geval te licencieren voor marketing en sponsor doeleinden. Rond het portretrecht heeft zich een hele discussie opgehoopt of dit eigenlijk een (nieuw) intellectueel eigendomsrecht is, in navolging van het in de Verenigde Staten ontwikkeld 'right of publicity'.¹⁸ Zoals ik hiervoor al aangaf, past een dergelijk recht niet in ons gesloten systeem van IE rechten.¹⁹ Gelet op het feit dat het om het voeren van een naam of herkenningsteken in het economische verkeer gaat, ligt inpassing in het handelsnaamrecht en het merkenrecht trouwens meer voor de hand, maar de mogelijkheden daarvan zijn beperkt. Bij de fundering van reputatie en portretrecht als economische privacyrechten, is dat probleem er in ieder geval niet. In wezen is dit dezelfde constructie als de uitzendrechten voor elektronische media van sportevenementen, die immers op het 'geheim van het stadion' (een economisch privacyrecht) zijn gebaseerd.²⁰ De toestemmingsrechten voor de toegang tot het geheim van het stadion, zijn in staat gebleken de miljoenendans rond deze uitzendrechten efficiënt te reguleren. Daartegen kan men aanvoeren dat het hier over het algemeen om kortlopende rechten gaat, en dat deze licenties bij een faillissement van een sportagent die in deze rechten handelt, waarschijnlijk ook niet zullen houden. Vererving speelt al helemaal niet en dat is nu juist bij het beroemde portret een probleem. Privacyrechten vereven niet, maar ik meen dat erfgenamen vaak een eigen afgeleid privacybelang hebben om de privacy van de overledene, die vaak voor een deel ook *hun* privacy is, te beschermen. De erven Mitterand ageerden krachtens dat eigen belang tegen de schending van het medisch geheim van de lijfarts van Mitterand.²¹ Waarom zou dat niet ook bij een economisch belang kunnen? Het nadeel van deze constructie is dat het tot rechtsonzekerheid leidt omdat door middel van belangenafweging moet worden vastgesteld of de erven nog een *voldoende* belang hebben. Ik vrees dat de vraag wanneer een beroemd portret economisch in het publieke domein moet vallen, alleen door de wetgever kan worden opgelost. Dan is er ook aanleiding om naar de tamelijk willekeurige regeling in artikel 25a Aw te kijken.²²

De binnenkant: persoonlijke geheimen, biografische feiten, vertrouwelijke communicatie, portretten in de privésfeer

De informatie die zich in de privésfeer bevindt heeft vele verschijningsvormen. Veel biografisch materiaal (dagboeken, brieven, video's, foto's) zal als auteursrechtelijk werk kunnen worden aangemerkt, maar dat zal voor de meeste mondelinge

¹⁸ Zie J.C.S. Pinckaers, *From privacy towards a new intellectual property right in persona*, Den Haag/Londen/Boston: Kluwer Law International 1996 (Information Law Series nr. 5).

¹⁹ Zie noot 15.

²⁰ Zie E.J. Dommering, 'De sportprestatie: bescherming en vrije berichtgeving', in: E.J. Dommering, *De achtervolging van Prometheus*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2008, p. 223 e.v.

²¹ De zaak Plon, EHRM 18 mei 2004.

²² Zie daarover de bijdrage van Feer Verkade in deze bundel.

vertrouwelijke communicatie niet het geval zijn. De geruchtmakende Endstra zaak over de vertrouwelijk met rechercheurs gevoerde gesprekken had mijns inziens als een geval van economisch privacyrecht aangepakt moeten worden, omdat de opgenomen gesprekken niet als een werk aangemerkt kunnen worden.²³ Ook biografische feiten in het geheugen, of in archieven vormen categorieën van economisch privacyrecht. De 'eigenaar' kan hier weer via toestemming en doelbinding 'winningsrechten' aan biografen verstrekken. In dit geval is er vaak ook een morele component, zoals een historicus die het vertrouwen geniet wel toegang tot de archieven krijgt maar een ander niet. Zo heeft de historicus Fasseur zich ontwikkeld tot hofbiograaf. Ook de exploitatie van het portret in de privésfeer is er een voorbeeld van: spelende koningskinderen, schoolgaande prinsenkinderen en ga zo maar door. De Oranjes hebben die steeds verder weten te reglementeren: van de kinderen de Bourbon Parma²⁴ naar de gedragscode van de Rijksvoorlichtingsdienst waarin precies is bepaald wat de fotosessies voor de Koninklijke familie zijn. In al deze gevallen gaat het dus om exploitatie van het geheim door middel van toestemming en doelbinding. Anders dan bij de buitenkant ligt hier de volle nadruk op de toestemming.

Een nog onontgonnen gebied is de economische exploitatie van persoonsgegevens in brede zin. Tot dusver is de focus van die exploitatierechten gericht geweest op de producenten die van persoonsgegevens verzamelingen aanleggen. De Wbp gaat over de rechten en bevoegdheden van die verzamelaars en de rechtspositie van het zwakke individu bij wie al deze gegevens gewonnen worden. Nu de persoonsgegevens steeds meer de motor van economische en maatschappelijke sturing worden, de elektronische netwerkmaatschappij er voor zorgt dat persoonsidentificatie door middel van *spyware* en *adware* op grote schaal plaats vindt, wordt het tijd de rollen om te draaien. In de Amerikaanse literatuur woedt hierover de discussie of persoonsgegevens vatbaar kunnen zijn voor eigendom.²⁵ Zoals ik in navolging van Posner hier betoog, zie ik meer in de constructie van een geheim dat door middel van toestemming en doelbinding kan worden geëxploiteerd. Zo zou je kunnen voorstellen dat het bedrijf dat een cookie wil plaatsen daarvoor aan de gebruiker van de PC moet betalen. Het bedrijf betaalt tenslotte ook voor reclameboodschappen in collectieve elektronische media. Bovendien draagt de consument in belangrijke mate bij aan de inhoud van de dienstverlening, omdat hij gratis recensies schrijft over bezochte hotels en restaurants of gelezen boeken etc., en doordat zijn geregistreerd aandachtsgedrag een gespecialiseerde en lucratievere dienstverlening mogelijk maakt (ontwikkeling van profielen). Waarom zou hij niet mee mogen delen in deze exploitatie? Er zijn echter tal van complicaties die te maken hebben met de in toenemende mate falende informatiemarkt omdat

23 Zie mijn noot bij HR 30 mei 2008, *NJ* 2008, 556.

24 HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 367.

25 Ik noem twee overzichtsartikelen: Pamela Samuelson, 'Privacy as Intellectual property?', in: 52 *Stanford Law Review* (2000), p. 1125 e.v.; Paul Schwartz, 'Property, Privacy and Personal Data', in: 117 *Harvard Law Review* (2004), p. 2056 e.v.

informatie te gemakkelijk kan worden gekopieerd en tegen nul kosten kan worden verspreid. Zonder een vorm van collectivering van de exploitatie (die we uit het auteursrecht kennen waar in toenemende mate hetzelfde probleem speelt) zal het niet mogelijk zijn een markt van persoonsgegevens te organiseren. Denkbaar is dat de datasubjecten de exploitatie van hun persoonsgegevens in handen geven van tussenpersonen.²⁶ Een economische regulering van de handel in persoonsgegevens kan ook een welkome aanvulling zijn voor het toezicht door het College Bescherming Persoonsgegevens, dat zich door de omvang en de complexiteit van het publiekrechtelijke toezicht in toenemende mate moet beperken tot hoofdlijnen. Een voorbeeld van een collectieve actie (wellicht het begin van een trend in de richting van de organisatie van een markt van persoonsgegevens), vormt het Dexia arrest waarin het ging om een collectieve actie om inzage in persoonsdossiers te krijgen.²⁷ Anderzijds zijn er bij de exploitatie van persoonsgegevens, met name als het om de gevoelige gegevens gaat die zich aan de binnenkant bevinden, talrijke publieke belangen betrokken, die beperkingen aan de exploitatie kunnen opleggen.

SLOT

Ik heb in dit artikel beoogd te laten zien dat de commercialisering van het portretrecht een onderdeel is van de ontwikkeling van de economische exploitatie van persoonsgegevens. De rechtspraak van de Hoge Raad levert daarvoor de basis door enerzijds het portretbegrip steeds meer uit te leggen als een ‘persoonsgegeven’, anderzijds het redelijk belang te zien als een beschikkingsrecht om zelf over de vorm van exploitatie van zijn portret te beslissen. Ik meen dat het recht waar deze exploitatie op is gebaseerd de informatiele privacy is, door mij een informatiele zelfbeschikkingsrecht genoemd. Het gaat dan om exploitatie van persoonlijke informatie (zoals het portret) die niet vatbaar is voor een recht van intellectuele eigendom. Noodzakelijkerwijs is dan het geheim het juridische instrument om tot exploitatie te komen. Afgezien van de theoretische bezwaren tegen een eigendomsconstructie, het geheim als grondslag functioneert maatschappelijk beter in een democratie, omdat de democratie de buitenkant van het geheim mede bepaalt: persoonsgegevens delen daardoor in relatieve openbaarheid die het noodzakelijk maakt de belangen die met het geheim zijn gediend af te wegen tegen andere zwaarwegende maatschappelijke belangen. De inhoud van dit informatiele zelfbeschikkingsrecht kan worden vastgesteld aan de hand van de beginselen van dataproctieregels (de Wbp), waarvan de kern is toestemming voor het gebruik, doelbinding van het gebruik en inzage- en rectificatierecht. Bij het portret dat een persoonsgegeven is dat zich aan de *buitenkant* bevindt, zal toestemming over het algemeen geen rol spelen, maar zal de volle nadruk komen te liggen op doelbinding van die geïmpliceerde of door de samenleving afdgedwongen toestemming. Een economische exploitatierecht kan ook door erven worden ingeroepen die

²⁶ Voor interessante gedachten over dit onderwerp, zie James Rule, ‘Towards Strong Privacy: Values, markets, mechanisms, and Institutions’, in: 54 University of Toronto Law Journal (2004), p. 183 e.v.

²⁷ HR 29 juni 2007, (inzake Dexia en HBU), NJ 2007, nrs. 638 en 639.

daarvoor een eigen, afgeleid privacybelang kunnen aanvoeren. Aangezien de daarvoor benodigde belangenafweging tot rechtsonzekerheid leidt, zie ik hier een taak voor de wetgever, die dan ter vervanging van de tamelijk willekeurige regeling van artikel 25a Aw een algemene regeling kan maken. Het informationele zelfbeschikkingsrecht kan zich ontwikkelen tot een recht waarmee de groeiende markt van persoonsgegevens kan worden gereguleerd. Dat is echter niet mogelijk zonder een collectivering van de exploitatie, een ontwikkeling die wij ook uit het auteursrecht kennen. Hierbij zullen de publieke belangen die zich tegen exploitatie van gevoelige persoonsgegevens verzetten mee moeten worden gewogen.

