Portretrechten.

DuPho whitepaper

Inleiding

Stel: je maakt in opdracht van een tijdschrift foto's voor een reportage over stadparken en je hebt een prachtige foto gemaakt van een verliefd stel dat je toevallig in een park tegenkwam. De man en vrouw hebben speciaal voor je geposeerd.

De foto wordt gepubliceerd in een tijdschrift, maar dan meldt het stel zich bij jouw opdrachtgever. Het geportretteerde paar claimt schadevergoeding. Wij hebben geen toestemming gegeven voor de publicatie en dus zijn onze privacyrechten geschonden, zo stelt het paar. Jouw opdrachtgever klopt op zijn beurt bij je aan en die nacht slaap je niet goed. Het is je eerste harde confrontatie met het portretrecht.

In deze whitepaper leg ik uit wat portretrechten zijn, wanneer er een beroep op kan worden gedaan en geef ik praktische tips. En aan het einde van deze whitepaper kunt u zelf inschatten of het stel in kwestie gelijk heeft.

Wat is portretrecht?

Het portretrecht is het recht van de geportretteerde om zich te verzetten tegen publicatie van een foto. Deze rechten zijn opgenomen in de Auteurswet. Dat is een vreemde plek, want portretrechten vormen juist een opvallende beperking op het auteursrecht. Normaal gesproken heeft de maker het recht om een werk naar eigen goeddunken te verveelvoudigen of openbaar te maken. Dit vorm de kern van de auteursrechtelijke bescherming.

De auteurswet maakt bij portretten onderscheid tussen werken in opdracht en werken zonder opdracht. Bij opdrachtfoto's geldt dat de geportretteerde de foto zonder toestemming van de maker mag verveelvoudigen en zich kan verzetten tegen publicatie zonder zijn of haar toestemming. Bij foto's zonder opdracht kan de geportretteerde zich verzetten tegen publicatie als hij of zij daarvoor een "redelijk belang" heeft.

Bij een portret denk je al snel aan een foto van het gelaat. Maar uit vaste jurisprudentie blijkt dat het begrip veel breder is. Zo is ook een kenmerkende lichaamshouding als een portret aan te merken en uit een recente uitspraak van de Hoge Raad over een commercial met een lookalike van Max Verstappen blijkt dat zelfs een lookalike als portret kan gelden. Het gaat bij een portret vooral om de herkenbaarheid.

Toestemming voor maken foto betekent niet toestemming voor publicatie

Bij een beroep op het portretrecht gebruikt de wederpartij nogal eens het argument dat de geportretteerde toestemming heeft gegeven voor het maken van de foto. Hoewel dit een begrijpelijk verweer is, is het juridisch niet relevant. Publicatie van een foto is iets heel anders dan het meewerken aan het maken van een foto. Dus ook wanneer de geportretteerde bewust toestemming heeft gegeven en aan het maken van de foto heeft meegewerkt, kan hij of zij een beroep doen op het portretrecht.

Redelijk belang

In de praktijk leveren opdrachtfoto's niet zoveel problemen op. Dit valt te begrijpen; wanneer de opdracht is afgerond en betaald is het verder aan de geportretteerde om de foto te gebruiken. Over foto's zonder opdracht wordt echter regelmatig geprocedeerd. Er is dan ook uitgebreide jurisprudentie ontstaan over het begrip "redelijk belang".

Al in 1977 heeft de Hoge Raad bepaald dat een commercieel belang een redelijk belang kan vormen op grond waarvan de geportretteerde zich tegen publicatie kan verzetten. Het ging om een album met foto's van de cast van het populaire televisieprogramma 't Schaep met de vijf Poten. De acteurs waren op de set gefotografeerd en verzetten zich tegen de publicatie. In de uitspraak van de Hoge Raad is voor het eerst een beroep op het commerciële portretrecht gehonoreerd, ook wel aangeduid als "verzilverbare populariteit" ofwel de mogelijkheid voor bekende personen om geld te verdienen met hun bekendheid. De kern van de uitspraak is: wil je een portret

van een bekend persoon publiceren, dan kan dat, maar dan moet er wel betaald worden. Van een volledig verbod tot publicatie zal niet snel sprake zijn zolang maar een redelijke vergoeding wordt aangeboden. Over de hoogte van die redelijke vergoeding bestaan overigens geen richtlijnen. Het wordt beoordeeld aan de hand van "de omstandigheden van het geval".

In het belangrijke "Vondelparkarrest" uit 1987 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (ofwel privacy) een redelijk belang kan opleveren. Hierbij dient dan een afweging gemaakt te worden: de aard en de mate van intimiteit, het karakter van de foto en de context van de publicatie kunnen hierbij van belang zijn en moeten worden afgewogen tegen de vrijheid van meningsuiting.

Sinds het arrest Cruijff/Tition uit 2013 zien we dat de bescherming van de privacy in die afweging aan terrein wint; was het eerst zo dat de grondrechten vrijheid van meningsuiting en privacy in beginsel van gelijke rang zijn, inmiddels kan een (niet-bekend) persoon zijn privacybelang zeer eenvoudig inroepen en dient het medium aan te tonen dat zijn vrijheid van meningsuiting zwaarder weegt. We kunnen dus zeggen dat een niet-bekend persoon zich tegen publicatie kan verzetten tenzij hiermee de vrijheid van meningsuiting wordt ingeperkt.

Kortom, er zijn twee soorten redelijke belangen waarop de geportretteerde een beroep kan doen: verzilverbare populariteit (indien de geportretteerde bekendheid geniet) en de bescherming van de privacy. Hierbij geldt als stelregel dat gebruik van een portret in een commerciële setting vrijwel altijd ontoelaatbaar is, ongeacht of het gaat om een bekend of een onbekend persoon.

Vuistregels

Op grond van wet en jurisprudentie kunnen de volgende vuistregels worden geformuleerd:

- Een niet-bekend persoon kan zich verzetten tegen gebruik van zijn portret in een commerciële uiting. De norm is dat niemand buiten zijn wil kan worden gebruikt voor reclame voor andermans producten;
- Een niet-bekend persoon kan zich verzetten tegen gebruik van zijn portret in een informatieve uiting zoals een krantenartikel. Hierbij wordt het privacybelang afgewogen tegen de vrijheid van meningsuiting waarbij de laatste tijd de privacy wat zwaarder wordt gewogen dan voorheen;
- Een bekend persoon kan zich verzetten tegen gebruik van zijn portret in een commerciële setting voor zover hiervoor geen redelijke vergoeding wordt aangeboden;
- Een bekend persoon kan zich niet makkelijk verzetten tegen gebruik van zijn portret in een informatieve uiting.

Nieuwsfotografen

Bij nieuwsfotografie is per definitie een beroep mogelijk op de vrijheid van meningsuiting. Bij een portret van een niet-bekend persoon is de klassieke afweging die tussen privacybescherming en vrijheid van meningsuiting, waarbij zoals gezegd de privacy aan gewicht lijkt te winnen. Een bekend (publiek) persoon die zich op zijn privacy beroept zal in beginsel met zwaardere argumenten moeten komen dan een onbekend persoon. En wanneer de bekende persoon zich beroept op commerciële belangen, dan is de belangrijkste vraag of er een redelijke vergoeding is aangeboden. Is dat het geval dan kan de foto worden gepubliceerd.

Praktische tips

Hoe kun je als fotograaf de risico's van portretrechtclaims zoveel mogelijk beperken? Uiteraard kun je discussies voorkomen indien de geportretteerde een quitclaim tekent. Daarmee verklaart de geportretteerde dat hij of zij toestemming geeft voor het gebruik van de portretfoto in bepaalde uitingen en doet de geportretteerde afstand van mogelijke claims. Toch zal een quitclaim in de praktijk niet altijd tot de mogelijkheden behoren: er is geen tijd of

gelegenheid voor, de geportretteerde wil er nog even over nadenken et cetera. Komt het dan onverhoopt tot een claim, dan kunnen algemene voorwaarden soelaas bieden.

Algemene voorwaarden

Bij portretfoto's zonder quitclaim blijven risico's bestaan, met name voor de partij die publiceert, zoals een uitgeverij. Die partij kan echter op zijn beurt bij de fotograaf aankloppen. Zou dit resulteren in een schadeclaim dan is het belangrijk dat op de opdracht de algemene voorwaarden van DuPho van toepassing zijn. Daarmee wordt de aansprakelijkheid van de fotograaf jegens diens opdrachtgever beperkt.

Afsluiting

Terug naar de casus van het begin. Wie heeft er gelijk? Op grond van het Vondelparkarrest zou een verliefd stel in de intieme setting van een park zich op een privacybelang hebben kunnen beroepen en publicatie kunnen verbieden. Daarbij diende wel allerlei zaken te worden afgewogen. Omdat inmiddels discutabel is of de privacybescherming en vrijheid van meningsuiting nog wel van gelijke rang zijn, zijn de kansen van het verliefde stel inmiddels groter dan in 1987.

Max van Olden
Advocaat