

Verdergaan als hologram

Dirk Visser*

‘Kiss stopt met optreden, maar gaat verder als hologram’. Dat maakte de rockband begin december 2023 bekend tijdens het laatste optreden van hun afscheidstournee. Aan het einde van het concert in Madison Square Garden in New York verlieten de bandleden het podium waarna hun digitale versies een toegift gaven, *God gave rock and roll to you*. ‘We zullen altijd jong en legendarisch blijven’, legde gitarist Gene Simmons uit aan journalisten. ‘We gaan dingen doen waar we nog nooit van konden dromen. Paul gaat door deze technologie hoger springen dan ooit.’ ‘Het is heel opwindend om de volgende stap te zien: Kiss wordt onsterfelijk’, voegde zanger Paul Stanley toe. ‘We hebben al veel bereikt, maar het is nooit genoeg. De band moet blijven voortbestaan omdat Kiss groter is dan wijzelf zijn.’¹

Kiss is niet de eerste band met zeventigers die hiertoe overgaat. ABBA laat sinds mei 2022 hologrammen optreden in een show in Londen.² Ook overleden artiesten als André Hazes en John Lennon traden al op als hologrammen of deepfakes tijdens live concerten en in nieuwe videoclippen met nieuwe opnames.

Is het recht daar klaar voor, voor deze onsterfelijkheid via hologrammen? Biedt het recht voldoende bescherming en voldoende duidelijkheid? Voor de levenden vermoedelijk wel. Voor de overleden artiesten en hun nabestaanden niet.

Welke rechten?

Over welk recht hebben we het? Naar Nederlands recht hebben we het over het auteursrecht en het naburige recht van de uitvoerend kunstenaar en de bijbehorende persoonlijkheidsrechten, over het portretrecht en over het recht ten aanzien van persoonlijke gegevens (gegevensbescherming). In de Nederlandse wetgeving kennen we geen algemeen persoonlijkheidsrecht,³ maar artikel 8 EVRM biedt vermoedelijk wel een ruime verdragsrechtelijk grondslag.⁴



De make-up van KISS is sinds 1978 in de VS ingeschreven als merk

In het geval van Kiss rust er vermoedelijk ook nog auteursrecht op de manier waarop hun gezichten zijn beschilderd. In de VS is die make-up ook al sinds 1978 als merk ingeschreven,⁵ maar die beschermingsvormen blijven hier buiten beschouwing.⁶

Portretrecht

Er is weinig twijfel over dat levende artiesten in beginsel vérgaande zeggenschap hebben over ‘hun’ hologrammen of deepfakes. Deze zijn zonder twijfel te kwalificeren als portret in de zin van het portretrecht⁷ en artiesten hebben in beginsel een redelijk belang om zich te verzetten tegen commercieel of misleidend gebruik. Interessant is nog wel de vraag of het aanbieden van een redelijke vergoeding, zoals in *Cruiff/Tirion*⁸ gebeurde, het redelijke belang om zich te verzetten tegen het commercieel exploiteren van

* Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden, advocaat te Amsterdam (Visser Schaap & Kreijger) en redacteur van dit blad.

1 <https://nos.nl/artikel/2500158-kiss-verder-als-hologrammen-we-woorden-onsterfelijk>.

2 <https://nos.nl/artikel/2430381-nieuwe-abba-show-in-premiere-hologrammen-jaar-lang-te-zien-in-londen>.

3 In Duitsland bestaat dat wel: daar is sinds de jaren vijftig in de rechtspraak een algemeen persoonlijkheidsrecht afgeleid uit art. 2 Grundgesetz (het recht op persoonlijke ontplooiing) en art. 1 Grundgesetz (menselijke waardigheid).

4 Zo oordeelde de Hoge Raad in de zaak *Cruiff/Tirion* dat ook commerciële belang van een geportretteerde zijn grondslag vindt in art. 8 EVRM.

5 <https://tsdr.uspto.gov/#caseNumber=73162223>.

6 Hoewel de recente portretmerktrend een opvallend en mogelijk voor het onderwerp van deze bijdrage relevant fenomeen blijft. Zie EUIPO Vierde Kamer van Beroep 30 oktober 2023, IEF 21789; R 1266/2023-4 (*Portret Roos Abels, Roos Abels Holding B.V.*), EUIPO Vierde Kamer van Beroep 30 oktober 2023, IEF 21789; R 1255/2023-4 (*Portret Marlijn Hoek, M & R Holding B.V.*).

7 HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:621 (*Verstappen/Picnic*), r.o. 3.2.1.: ‘Een portret als bedoeld in art. 21 Aw is een afbeelding, op welke wijze ook vervaardigd, van een persoon die in deze afbeelding kan worden herkend.’

8 HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788 (*Cruiff/Tirion*).

hologram of deepfake zou kunnen wegnemen. Ik zou menen van niet, omdat hologrammen en deepfakes veel ingrijpender zijn dan (echte) foto's in een fotoboek, en exclusieve zeggenschap over commercieel gebruik mij wenselijk lijkt, maar ik werk dat hier verder niet uit. Ook lastig is de vraag wanneer een parodie-exceptie zou moeten gelden voor hologrammen of deepfakes. Ook daar ben ik geneigd zeer terughoudend te zijn in verband met het verwarringsgevaar, maar ook die kwestie laat ik hier rusten.

Stemrecht

De stem van een artiest is een persoonsgegeven ingevolge de AVG,⁹ en dat geeft, zo nodig via de onrechtmatige daad, voor levende artiesten vermoedelijk een vergelijkbare bescherming als het portretrecht.¹⁰

Persoonlijkheidsrechten

Op grond van hun auteursrechtelijke en nabuurrechtelijke *persoonlijkheidsrechten* kunnen artiesten, ook als de exploitatierechten zijn overgedragen aan een producent, verbieden dat hun werken en uitvoeringen worden verminkt. Ook dat is goed geregeld, althans voor levende artiesten.

Na dode

Dit geldt echter niet, althans in sterk verminderde mate voor *overleden* artiesten. Dat is voor een belangrijk deel het gevolg van het Amendement van E.A. Haars¹¹ c.s., ingediend op 9 mei 1973 waardoor aan het slot van artikel 25 lid 2 Auteurswet de woorden 'en bij gebreke van dien aan zijn nabestaanden' uit het toenmalige wetsvoorstel kwamen te vervallen en niet in de wet terecht zijn gekomen.¹²

Zonder een nadrukkelijke en afzonderlijke testamentaire aanwijzing of een aanwijzing bij onderhands codicil, komen de persoonlijkheidsrechten op het moment van overlijden van de auteur *volledig te vervallen*. Dit 'codicilvereiste' staat ook in artikel 5 lid 2 Wet op de naburige rechten, waardoor voor uitvoerende kunstenaars hetzelfde geldt.



Elberta Alijda ('Bert') Haars diende in 1972 het amendement bij artikel 25 Auteurswet in waarvan hier wordt betoogd dat het moet worden teruggedraaid. Foto: Hans van Dijk, Anefo, 1981 (Nationaal Archief / Spaarnestad Photo)

Artikel 4:97 BW aanhef en sub c bepaalt: 'Bij een onderhands, door de erflater geheel met de hand geschreven, gedagtekend en ondertekend stuk kunnen zonder verdere formaliteiten beschikkingen worden gemaakt tot: [...] c) Aanwijzing van een persoon als bedoeld in artikel 25, tweede en vierde lid, van de Auteurswet en artikel 5, tweede lid, van de Wet op de naburige rechten.'

9 Rb. Midden-Nederland 9 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:24, AMI 2020/3-4, nr. 7, m.nt. A.M. van Aerde (*Stemfragment*).

10 Zie hierover: Richard Trouborst, Charlotte Vrendenbarg & Dirk Visser, 'Nep echt onder het naburig recht', *NJB* 14 januari 2022, p. 106, Etienne Valk, 'Rechtsbeschermingsmogelijkheden van het stemgeluid onder Nederlands portretrecht in de context van audio-deepfakes', AA20230627 en Dirk Visser, Paul Kreijger & Bart van Blokland, 'Stemrecht', IEF 21377 (25 april 2023), <https://www.ie-forum.nl/artikelen/stemrecht-4>.

11 Elberta Alijda ('Bert') Haars (1913-1997), lid van de Tweede Kamer voor de CHU van 1967 tot 1972. 'Bert' Haars was de tweede vrouw in de CHU-fractie, naast de befaamde freule 'Bob' Wttewaall van Stoetwegen. Haars was Staatssecretaris van Justitie voor het CDA in het eerste kabinet-Van Agt, van 1977 tot 1981. 'Als staatssecretaris viel Haars vooral op door haar zowel binnen als buiten de Kamer als 'hard' beschouwde

lijn in het vreemdelingenbeleid. Zo verwierf ze bijnamen als Geharnaste Kip, IJsheilige van het CDA en de IJsheilige. De portefeuille vreemdelingenbeleid was in de jaren zeventig steeds meer omstreden geraakt. Haars kreeg te maken met de regularisatie van buitenlandse werknemers en een strikter beleid ten aanzien van gezinshereniging'. Bron: Rens Oving, Haars, Elbertina Alijda, in: *Digitale Vrouwenlexicon van Nederland*. URL: <https://resources.huygens.knaw.nl/vrouwenlexicon/lemmata/data/haars> [19/05/2017].

12 De reden voor dit amendement was dat als de auteur zelf het niet belangrijk genoeg gevonden heeft een regeling te treffen voor de uitoefening van zijn in art. 25 verankerde rechten na zijn dood, de wetgever dat niet voor hem zou moeten doen. Ook was er vrees voor te ruime uitoefening van persoonlijkheidsrechten na dode ten aanzien van bouwwerken (De Vries, *Parl. Gesch. Aw*, p. 25.18.),

Tallose auteurs en artiesten zijn hier niet mee bekend en/of overlijden zonder testament (dat hierin voorziet) en zonder een dergelijk ‘onderhands, door de erflater geheel met de hand geschreven, gedagtekend en ondertekend stuk’ (denk ook aan de ‘vroegedood’). Voor buitenlanders is dit formaliteitsvereiste helemaal een onredelijke eis.¹³

De persoonlijkheidsrechten zullen waarschijnlijk belangrijk zijn voor de zeggenschap van nabestaanden van artiesten over hologrammen en deepfakes, vooral als de exploitatierechten aan derden zijn overgedragen.

Daarom is het mijns inziens tijd om het amendement Haars na ruim vijftig jaar terug te draaien en woorden ‘en bij gebreke van dien aan zijn nabestaanden’ (alsnog) toe te voegen aan artikel 25 lid 2 Auteurswet en aan artikel 5 lid 2 Wet op de naburige rechten.

Daarbij is nog wel van belang dat de kring van nabestaanden nadrukkelijk wettelijk is beperkt blijkens artikel 25a lid 1 Aw. Onder nabestaanden worden verstaan ‘de ouders, de echtgenoot of de geregistreerde partner en de kinderen’. Daarom moet de mogelijkheid van aanwijzing via testament of codicil nadrukkelijk wel blijven bestaan, met name voor auteurs en artiesten zonder kinderen. Het lijkt mij wenselijk dat ook dergelijke artiesten ervoor kunnen zorgen dat niet direct na hun dood ‘hun’ hologrammen en deepfakes vogelvrij zijn, door bijvoorbeeld een stichting aan te wijzen. Hetzelfde geldt voor auteurs en artiesten die hun kinderen dit recht niet zo maar toevertrouwen, of om andere redenen er de voorkeur aan geven hun persoonlijkheidsrechten na dode toe te vertrouwen aan een juridische entiteit die ook hun exploitatierechten beheert, of juist aan een geheel andere ‘toezichthouder’.

Portretrecht na dode

Het portretrecht ten aanzien van niet in opdracht vervaardigde portretten geldt blijkens artikel 21 Aw ‘voor zoover een redelijk belang van den geportretteerde of, na zijn overlijden, van een zijner nabestaanden zich tegen de openbaarmaking verzet.’ (curs toegevoegd).¹⁴

Het is aannemelijk in dat geval ook het commerciële portretbelang aan de nabestaanden toekomt. In de woorden van Verkade: ‘Ook zonder empirisch onderzoek naar “de ontwikkeling in de maatschappelijke opvattingen dienaan-

gaande” zal de rechter, denk ik, in de regel tot [het oordeel dat een nabestaande een redelijk financieel belang heeft] kunnen komen. Commercieel portretrecht als een passende weduwen- en wezenvoorziening van een overleden vrijberoepsuitoefenaar sluit stellig aan bij de maatschappelijke opvattingen.’¹⁵

Artikel 20 lid 1 Auteurswet bepaalt ten aanzien van portretten vervaardigd in opdracht evenwel:

‘Tenzij anders is overeengekomen is degene, wien het auteursrecht op een portret toekomt, niet bevoegd dit openbaar te maken zonder toestemming van den geportretteerde of, gedurende tien jaren na diens overlijden, van diens nabestaanden.’ (curs. toegevoegd).

Daar is dit portretrecht dus beperkt tot tien jaar na het overlijden van de geportretteerde. Dit lijkt me nogal kort en deze bepaling zou een reflexwerking kunnen hebben op de interpretatie van artikel 21. Het verdient mijns inziens aanbeveling om de (maximale) duur van het door nabestaanden in te roepen portretrecht te verlengen. Elders heb ik met anderen voorgesteld deze termijn gelijk te trekken met het auteursrecht en op zeventig jaar te stellen.¹⁶ Misschien is dit te lang, maar tien jaar lijkt mij echt te kort.¹⁷ John Lennon is al ruim veertig jaar geleden overleden en André Hazes alweer bijna twintig jaar. De verdien capaciteit van hun hologrammen en deepfakes is nog springlevend. De wenselijke duur van portretrecht na dode is een belangrijk aandachtspunt in het licht van hologrammen en deepfakes.

Voor het portret van artiesten zonder kinderen (of veel jongere echtgenoot of (geregistreerde) partner) is er geen bescherming na dode. Hun portretrecht vervalt nog steeds bij hun overlijden. Dit is niet eenvoudig op te lossen nu artikel 21 Aw ook verwijst naar het belang van die nabestaanden. Als er geen nabestaanden (in de zin van artikel 25a lid 1 Aw) zijn, kan hun belang niet worden aangetaast. Anders dan bij de persoonlijkheidsrechten kan hier vermoedelijk niet eenvoudig de mogelijkheid worden geopend een stichting aan te wijzen, zonder te omschrijven wat voor soort belang van zo’n stichting dan moet worden aangetast (‘de nagedachtenis van de geportretteerde?’). De bescherming van de rechten na dode van geportretteerden zonder nabestaanden is ook een aandachtspunt in het licht van hologrammen en deepfakes.

13 Zie een arrest waarin het codicil-vereiste effectief werd tegenovergeworpen aan een Franse kunstenaar: Hof Den Haag 11 september 2003, *AMI* 2004-2, nr. 6, p. 76 e.v. (*Raedecker/NCC*), volgens de kritische noot van Van Eechoud ten onrechte.

14 Zie ook M.M.M. van Eechoud e.a., *Data na de dood – juridische aspecten van digitale nalatenschappen. Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*, april 2021, p. 32-33.

15 D.W.F. Verkade, ‘De dood in de commerciële portretrechtspot’, in: D.J.G. Visser (red.), *Commercieel portretrecht*, Amsterdam: deLex 2009, p. 94.

16 Richard Trouborst, Charlotte Vrendenburg & Dirk Visser, ‘Nep echt onder het naburig recht’, *NJB* 14 januari 2022, p. 109. In de staat Californië geldt een commercieel portretrecht tot zeventig jaar na de dood: Civil Code section 3344.1, ook wel bekend als de *Astaire Celebrity Image Protection Act*.

17 Een idee zou kunnen zijn om aan art. 20 lid 2 Aw een zin toe te voegen, die luidt: ‘Tien jaar na het overlijden van de geportretteerde is degene aan wie het auteursrecht op het portret toekomt, bevoegd dit openbaar te maken, tenzij een redelijk belang van de nabestaanden van de geportretteerde zich tegen openbaarmaking verzet.’

Gegevensbescherming na dode

De bescherming die de AVG onder andere tegen voice-clones biedt, geldt niet voor overledenen. Het staat lidstaten vrij ook bescherming te bieden voor overleden personen.¹⁸ Nederland lijkt dit nog niet van plan en geeft de voorkeur aan een Europese regeling.¹⁹

Conclusie

‘Verder gaan als hologram’ is voor *levende* artiesten in Nederland eenvoudig juridisch te beschermen, ook zonder merken of auteursrechten op make-up. Na *dode* is dat een stuk lastiger. Na dode biedt de AVG geen soelaas en het portretrecht na dode is onduidelijk wat betreft de duur

ervan en voor mensen zonder ‘nabestaanden’. Hier valt nog veel te verbeteren, uiteraard bij voorkeur op EU-niveau.

De persoonlijkheidsrechten zijn echter ook belangrijk voor de zeggenschap na dode over hologrammen en deepfakes. Voor de Nederlandse wetgever is hier sprake van ‘laaghangend fruit’.

Draai het amendement Haars na ruim vijftig jaar terug en voeg de woorden ‘en bij gebreke van dien aan zijn nabestaanden’ (weer) toe aan artikel 25 lid 2 Auteurswet en aan artikel 5 lid 2 Wet op de naburige rechten.²⁰ Dit zou nog kunnen worden meegenomen in de *Wet versterking auteurscontractenrecht*,²¹ die klaarligt om bij de Tweede Kamer te worden ingediend.

18 Overweging 27 bij de AVG: ‘De onderhavige verordening is niet van toepassing op de persoonsgegevens van overleden personen. De lidstaten kunnen regels vaststellen betreffende de verwerking van de persoonsgegevens van overleden personen.’

19 In de toelichting op de momenteel aanhangige Verzamelwet gegevensbescherming waarin de UAVG op tal van punten wordt aangepast (maar dus niet op dit punt) wordt dat gemotiveerd met verwijzing naar een onderzoek uit 2021 over de problematiek rond digitale nalatenschappen, waaruit zou blijken dat nog onvoldoende duidelijk is welke problemen burgers nu ervaren. ‘Voor wettelijke maatregelen lijkt het daarom nog te vroeg. Eerst zouden de verdere ontwikkelingen en de maatschappelijke discussie over dit onderwerp zich nader moeten uitkristalliseren. Een Europese regeling heeft bovendien de voorkeur

boven een nationale regeling vanwege de grensoverschrijdende aspecten van online dienstverlening en de belemmeringen die daarin kunnen optreden als gevolg van nationale maatregelen.’ (*Kamerstukken II 2022/23*, 36 264, nr. 3, p. 9).

20 Aangezien anders dan in de Auteurswet een definitie van ‘nabestaanden’ in de WNR ontbreekt, zou aan art. 1 WNR (in een sub ‘w’) of aan art. 5 WNR (in een lid 4) een dergelijke definitie moeten worden toegevoegd die gelijk is aan art. 25a lid 1 Aw: ‘nabestaanden: de ouders, de echtgenoot of de geregistreerde partner en de kinderen. De aan de nabestaanden toekomende bevoegdheden kunnen zelfstandig door ieder van hen worden uitgeoefend. Bij verschil van mening kan de rechter een voor hen bindende beslissing geven’.

21 <https://wetgevingskalender.overheid.nl/regeling/WGK013342/>.