

Verstappen/Picnic

Portretrecht, lookalike en commerciële parodie

Prof.mr. D.J.G. Visser

Hoge Raad 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:621 (*Verstappen / Picnic*)

Inleiding

Dit arrest gaat over het gebruik van een *lookalike* van autocoureur Max Verstappen in een commerciële parodie. Het gaat over de interpretatie van artikel 21 Auteurswet. Hierin is het portretrecht vastgelegd en het luidt als volgt:

‘Is een portret vervaardigd zonder daartoe strekkende opdracht, den maker door of vanwege den geportretteerde, of te diens behoeve, gegeven, dan is openbaarmaking daarvan door dengene, wien het auteursrecht daarop toekomt, niet geoorloofd, voor zoover een redelijk belang van den geportretteerde of, na zijn overlijden, van een zijner nabestaanden zich tegen de openbaarmaking verzet.’

Het portretrecht is niet EU-geharmoniseerd. Het voorlaatste arrest van de Hoge Raad over portretrecht is het arrest in de zaak *Cruijff/Tirion*,¹ waarin de Hoge Raad uitgebreid inging op het rechtskarakter van het (commerciële) portretrecht.

Feiten

(i) Verstappen is een professioneel autocoureur. Hij geniet wereldwijde bekendheid.

(ii) Mavic behartigt de zakelijke belangen van Verstappen en heeft een exclusieve licentie om de intellectuele-eigendomsrechten en het portretrecht van Verstappen te promoten en te exploiteren.

(iii) Picnic is een in 2015 opgerichte online supermarkt die via internet bestelde boodschappen thuisbezorgt. Picnic onderhoudt een Facebook-pagina waarop zij regelmatig onder meer korte filmpjes plaatst, gericht op bestaande klanten en op haar werknemers, onder wie haar bezorgers.

(iv) Verstappen trad op in een landelijke televisiereclame van supermarktketen Jumbo met de titel “Snel besteld, snel thuisbezorgd”, gelanceerd op 27 september 2016. In deze reclamefilm bracht Verstappen de boodschappen van Jumbo langs de deuren van de klanten met zijn Formule 1-auto, waarmee Jumbo reclame maakte voor het thuisbezorgen van boodschappen.

(v) Picnic heeft in de ochtend van 28 september 2016 op haar Facebook-pagina een filmpje van ongeveer 32 seconden geplaatst met de titel “als je op tijd bent hoe je niet te racen” (hierna: de film). In de film is te zien dat een lookalike van Verstappen (hierna: de lookalike) boodschappen van Picnic rondbrengt. De lookalike draagt eenzelfde raceoutfit en eenzelfde pet als Verstappen draagt tijdens optredens in de media en op het circuit. De film van Picnic begint met de lookalike die langs een bestelbus van supermarktketen Jumbo loopt en instapt in een bestelbusje van Picnic. In dat bestelbusje rijdt de lookalike bij wijze van pitstop langs het distributiecentrum van Picnic en bezorgt hij de boodschappen van Picnic aan huis. Door de film heen komt de tekst: “soms doe je iets voor je werk” en “soms doe je iets voor je lol”. De film eindigt met de van opzij gefilmde lachende lookalike, waarna het logo van Picnic verschijnt met de tekst: “supermarkt gratis aan huis”.

(vi) Na sommatie door Verstappen c.s. heeft Picnic de film van haar website verwijderd.

1 HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, AA20130846, m.nt. D.J.G. Visser (*Cruijff/Tirion*).

Poging tot het leggen van conservatoir beslag

Voorafgaand aan de procedure die leidde tot het arrest van de Hoge Raad heeft Verstappen geprobeerd om conservatoir derdenbeslag te leggen ten laste van Picnic voor de schade die Verstappen geleden zou hebben door de film. De Amsterdamse voorzieningenrechter *weigerde* evenwel het verlot voor het leggen van dat beslag.²

‘Met name het feit dat [“Verstappen”] in de reclame-uiting van gerekwestreeerde [Picnic] in een boodschappenauto rijdt die niet te vergelijken is met de Formule-1 wagen in de reclame-uiting van Jumbo, vormt een zodanig contrast dat duidelijk is dat het een parodie betreft. Daar komt bij dat Jumbo, de concurrent van gerekwestreeerde, geen bezwaren heeft geuit. Tot slot heeft gerekwestreeerde de uiting na sommatie onmiddellijk verwijderd, waardoor de uiting slechts één dag door gerekwestreeerde openbaar is gemaakt.

Dit alles maakt dat het de vraag is of de uiting door de rechter onrechtmatig zal worden bevonden en indien dat wel het geval is, in hoeverre aan verzoekers een schadevergoeding zal worden toegekend. Daarom kan de vordering niet als summierlijk deugdelijk worden aangemerkt, en zeker niet tot het begrote bedrag. Ook maken de genoemde omstandigheden het verzoek om conservatoir beslag te mogen leggen disproportioneel. Derhalve wordt het gevraagde verlot geweigerd.’

Verstappen ging in hoger beroep tegen die weigering, maar hof Amsterdam *bekrachtigde* de weigering.³

Procesverloop

Vervolgens begon Verstappen een bodemprocedure tegen Picnic. Daarin was rechtbank Amsterdam⁴ van oordeel dat er wél sprake was van inbreuk op het portretrecht van Verstappen, omdat de lookalike ‘alle karakteristieke kenmerken van het portret van Max Verstappen – waaronder dezelfde pet, raceoutfit, haarkleur, hetzelfde silhouet en postuur’ vertoont. De rechtbank veroordeelde Picnic tot betaling van een schadevergoeding van € 150.000,-.

Het hof Amsterdam⁵ oordeelde echter dat er geen sprake was van een inbreuk op het portretrecht en ook niet van een onrechtmatige daad omdat het, ondanks de verwijzingen, voor de kijker duidelijk was dat er sprake was van een persiflage. Het hof overwoog:

‘In het onderhavige geval betreft de beweerde schending van het portretrecht de verspreiding via Facebook van een korte film waarin zowel door het uiterlijk en de kleding van de daarin acterende (hoofd) persoon als door het scenario wordt gerefereerd aan het optreden van Verstappen in reclamefilms voor supermarktketen Jumbo. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat de weergave op film van de desbetreffende acteur/lookalike en zijn optreden niet als portret van Verstappen in de zin van artikel 21 Aw kan worden aangemerkt. Hoewel enerzijds met het optreden/figureren van de lookalike het beeld van Verstappen wordt opgeroepen is anderzijds, met name door de (weliswaar gelijkende maar zeker niet identieke) gelaatstreken van de lookalike en verschillende elementen van het scenario (smal elektrisch bestelbusje in plaats van Formule1 racewagen, nadruk niet op snelheid maar op tijdig vertrekken en plezier bezorger), voor de

aanschouwer van de film van Picnic duidelijk dat het niet Verstappen zelf betreft maar dat het gaat om een persiflage van zijn optreden in reclamefilms voor Jumbo. Het gezicht of de persoon van Verstappen zelf wordt niet afgebeeld. De bescherming van een persoon tegen de openbaarmaking van zijn portret ingevolge artikel 21 Aw gaat niet zo ver dat zij zich uitstrekt tot verspreiding van beeldmateriaal waarin bepaalde kenmerken van de verschijning van een persoon door een ander worden uitgebeeld en/of nagespeeld of nagebootst, doch er geen redelijke twijfel bestaat – bijvoorbeeld door het persiflerende of verwijzende karakter van de beelden – dat het niet de persoon zelf betreft doch slechts iemand die op hem lijkt. Dat geldt ook als de associatie met opzet wordt gewekt. (ov. 3.3.2.)

Dit brengt mee dat niet ingegaan hoeft te worden op de vraag in hoeverre een redelijk belang van Verstappen in de zin van artikel 21 Aw zich tegen openbaarmaking van dat beeldmateriaal verzette althans vergde dat die openbaarmaking achterwege bleef zolang niet op adequate wijze aan het commerciële belang van Verstappen tegemoet was gekomen. (ov. 3.3.3.)’

Daarmee kwam hof Amsterdam niet toe aan de vraag of *in casu* sprake was van een toelaatbare parodie. Wel oordeelde het hof dat er ook geen sprake was van een onrechtmatige daad. Hieraan legde het onder meer ten grondslag dat Verstappen geen schade had geleden omdat Jumbo het contract met Verstappen kort na de openbaarmaking van de film van Picnic heeft verlengd.

Arrest Hoge Raad

‘3.1 Onderdeel 1.1 van het middel keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.3.2 dat de weergave op film van de lookalike van Verstappen en zijn optreden niet als portret van Verstappen in de zin van art. 21 Aw kan worden aangemerkt. Het onderdeel voert onder meer aan dat het hof heeft miskend dat beeldmateriaal, zoals in deze zaak, waarin de kenmerken van de verschijning van een persoon (bewust) worden uitgebeeld en/of nagespeeld of nagebootst, moet worden gekwalificeerd als een portret in de zin van art. 21 Aw, in elk geval als daarmee een voldoende gelijkend of herkenbaar beeld van die persoon wordt opgeroepen. Dat er geen redelijke twijfel kan bestaan dat het beeldmateriaal niet de uitgebeelde persoon zelf betreft, maar iemand die op hem lijkt, kan daaraan niet afdoen, aldus het onderdeel.

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.^[iii]

3.2.2 Een afbeelding van een lookalike, bijvoorbeeld in een film, kan onder omstandigheden worden aangemerkt als een portret van de persoon op wie hij lijkt. Daarvoor is niet alleen vereist dat deze persoon in de afbeelding van de lookalike kan worden herkend, maar ook dat de mogelijkheid tot herkenning door bijkomende omstandigheden is vergroot, zoals door de wijze van presentatie van de lookalike (bijvoorbeeld door gebruik van grime en kleding), door hetgeen de afbeelding overigens toont of door de context waarin de afbeelding is openbaar gemaakt. Aldus wordt voorkomen dat een afbeelding van iemand die toevallig op een ander lijkt, zonder meer wordt aangemerkt als een portret van die ander. De omstandigheid dat voor de aanschouwer duidelijk is dat de lookalike niet degene is op wie hij lijkt, staat niet eraan in de weg dat sprake kan zijn van een portret.

2 Rb. Amsterdam (vzr.) 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9747 (*Mavic/Picnic*).

3 Hof Amsterdam (vzr.) 2 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1722 (*Mavic/Picnic*).

4 Rb. Amsterdam, tussenvonnis van 6 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6395 en eindvonnis van 25 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2648.

5 Hof Amsterdam 2 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:

2020:1410 (*Picnic/Verstappen*).

iii Vgl. HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, rov. 3.2; HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3416, rov. 4.6.3.

3.2.3 Het karakter van de afbeelding, bijvoorbeeld een parodie, is niet van belang voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een portret. Dat karakter kan wel een rol spelen in de door art. 21 Aw voorgeschreven belangenafweging en kan meebrengen dat niet kan worden gezegd dat een redelijk belang van de geportretteerde in de zin van deze bepaling zich tegen openbaarmaking van het portret verzet.

3.3 Het oordeel van het hof in rov. 3.3.2 kan niet anders worden begrepen dan dat Verstappen in de afbeelding van de lookalike kan worden herkend en dat de mogelijkheid van herkenning is vergroot door uiterlijk en kleding van de lookalike alsmede door het scenario van de film. Zijn oordeel dat niettemin geen sprake is van een portret omdat voor de aanschouwer duidelijk is dat het niet Verstappen zelf betreft, maar dat het gaat om een persiflage van zijn optreden in reclamefilms voor Jumbo, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, gelet op hetgeen hiervoor in 3.2.1-3.2.3 is overwogen. De hiervoor in 3.1 weergegeven klacht slaagt dus.

3.4 In het voetspoor van onderdeel 1.1 komt onderdeel 1.2 terecht op tegen het oordeel van het hof (in rov. 3.3.3) dat niet behoeft te worden ingegaan op de vraag in hoeverre een redelijk belang van Verstappen in de zin van art. 21 Aw zich tegen openbaarmaking van het beeldmateriaal verzette, althans vergde dat die openbaarmaking achterwege bleef zolang niet op adequate wijze aan het commerciële belang van Verstappen tegemoet was gekomen. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.3 is overwogen, is sprake van een portret van Verstappen in de zin van art. 21 Aw. Na verwijzing zal de door die bepaling voorgeschreven belangenafweging alsnog moeten plaatsvinden. Daarbij is het hof na verwijzing niet gebonden aan hetgeen in het bestreden arrest (rov. 3.4.1-3.4.3 en 3.5) is overwogen ter beantwoording van de vraag of het handelen van Picnic jegens Verstappen anderszins onrechtmatig is.⁷

Conclusie A-G

Hiermee volgt de Hoge Raad de conclusie van advocaat-generaal Hartlief⁶ ten aanzien van de kwalificatie als portret, maar komt hij niet toe aan de vraag of er sprake is van een toelaatbare parodie of persiflage binnen het portretrecht. Hetgeen de advocaat-generaal daarover overweegt in randnummers 3.18 t/m 3.29 is erg interessant en lezing daarvan wordt van harte aanbevolen. De A-G bespreekt de parodie-exceptie in het auteursrecht (art.

18b Auteurswet) en het *Deckmyn*-arrest van het Hof van Justitie waarin veel ruimte wordt gelaten voor de parodie. Hij overweegt (in randnummer 3.23):

“Tegen deze achtergrond is het goed te verdedigen dat bij de toepassing van art. 21 Aw in beginsel een uitzondering behoort te worden gemaakt voor persiflages, waarin een bekend persoon wordt nagespeeld met een kenbaar komische bedoeling.⁷⁶ In verband met art. 21 Aw geldt net als bij het auteursrecht dat humor – en ook de uitingsvrijheid – een groot goed is. Uit het feit dat de wetgever in verband met art. 21 Aw anders dan bij het auteursrecht niet in een parodie-exceptie heeft voorzien, mag mijns inziens niet a contrario worden afgeleid dat het bestaan daarvan niet – in enige vorm – kan worden aangenomen.⁷⁷ Als humor zelfs een volwaardig intellectueel eigendomsrecht als het auteursrecht aan de kant kan zetten, dan ligt het niet voor de hand dat de meer conditionele en diffuse bescherming van de geportretteerde op grond van art. 21 Aw daartegen volledig bestand is. De bescherming van de geportretteerde is in beginsel minder sterk dan die van degene aan wie een auteursrecht toekomt, terwijl juist het naspelen van een persoon zich bij uitstek voor een parodie leent.⁷⁸”

De A-G overweegt in randnummers 3.27 t/m 3.29:

“De grens ligt, behalve bij belediging en bij het inbreuk maken op een intellectueel eigendomsrecht,⁹¹ vooral daar waar verwarring bij het publiek valt te duchten.⁹² Met andere woorden: het gevaar bestaat dat het publiek ten onrechte ondersteuning van een bepaald(e) product of dienst door een bepaalde persoon zal veronderstellen of (zelfs) producten en diensten niet uit elkaar kan houden. Die kans is bij persiferende reclame-uitingen in het algemeen klein. De door Uw Raad in de rechtspraak over het gebruik van portretten in reclame-uitingen aangestipte omstandigheid, kort gezegd, dat bij het publiek verwarring kan ontstaan over de vraag of de geportretteerde een product of dienst aanprijst, doet zich bij een persiflage – naar haar aard – niet of nauwelijks voor (randnummer 3.16 hiervoor). Het publiek dat kennisneemt van een persiflage zal doorgaans niet menen dat de gepersifleerde de uiting ondersteunt en zal dus ook niet menen dat de gepersifleerde een in die uiting centraal gesteld(e) product of dienst wil aanprijzen.⁹³”

Dat een persiflage een commerciële achtergrond heeft, betekent verder nog niet dat met zo'n persiflage ongeoorloofd wordt omgesprongen met de commerciële belangen van de geportretteerde, gelegen in diens (al dan niet door beroepsuitoefening of andere prestaties opgebouwde) verzilverbare populariteit.⁹⁴ In de regel zal de persiflage een andere

6 Conclusie A-G Hartlief 8 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:953.

76 Zie ook M. de Cock Buning, 'Portret en Parodie', in D.J.G. Visser (red.), *Commercieel Portretrecht*, Amstelveen: Uitgeverij deLex 2009, p. 60 e.v.; D.J.G. Visser, 'Het commercieel portretrecht van de sporter', in S.F.H. Jellinghaus (red.), *Sport en Recht, buiten rechte of buiten spel?*, Zutphen: Paris 2008, p. 111 e.v. en, onder het motto 'grapje moet kunnen': G.A.I. Schuijt in zijn AMI-noot, onder 6, bij HR 2 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2364, NJ 1997/661 m.nt. D.W.F. Verkade en AMI 1997, nr. 7, p. 143 e.v. (*Discodanser*). Schuijt bepleit (zelfs) dat een reclame van Gall & Gall waarin (zonder toestemming) een bewerkte foto van de toenmalige Russische president Jeltsin wordt gebruikt (hij draagt daarin tassen vol wodka-flessen) toelaatbaar moet worden geacht en verwijt de Reclame Code Commissie, die kennelijk anders heeft geoordeeld, een gebrek aan humor. Voor de zekerheid merk ik op dat die casus een geheel andere is dan de casus die aan de orde was in het *Discodanser*-arrest.

77 Vgl. M. de Cock Buning, 'Portret en Parodie', in D.J.G. Visser (red.), *Commercieel Portretrecht*, Amstelveen: Uitgeverij deLex 2009, p. 60: "Hoewel

het portretrecht nadrukkelijk geen (pseudo) auteursrecht is, maar gecodificeerde bescherming van de persoonlijke levenssfeer alsmede – in het geval van het commerciële portretrecht voor personen met verzilverbare populariteit – een vorm van prestatiebescherming, vormen de door de wetgever geboden aanknopingspunten ten aanzien van de uitleg van de in 2002 op grond van art. 5 lid 3 sub k van de Europese Auteursrechttrichtlijn in de Nederlandse Auteurswet ingevoerde parodie-exceptie goede aanknopingspunten voor beoordeling van de portretparodie."

78 Een interessant voorbeeld, waarin niet de bescherming van art. 21 Aw maar (onder andere) het auteursrecht aan de orde was, is hof Amsterdam 30 januari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AK4786, IER 2003/30 m.nt. E.H. Hoogenraad en AMI 2003/3, nr. 9 m.nt. K.J. Koelman (*Bassy III*). De bekende personages Bassy en Adriaan waren evident nagespeeld in een tv-programma, Bassy III. Volgens de beschrijving van het hof was Bassy III satirisch van aard: Bassy en Adriaan, die allerbraafst zijn, werden in een context geplaatst waarin grof taalgebruik en geweld niet worden geschuwd. Het hof oordeelde dat het ging om een vanuit auteursrechtelijk oogpunt toelaatbare

parodie (rov. 4.10. tot en met 4.15.).

91 Ik herinner eraan dat art. 21 Aw niet in een dergelijk recht voorziet (randnummer 3.8 hiervoor).

92 Zie bijvoorbeeld in verband met slaafse nabootsing van een product HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:938, NJ 2017/315 m.nt. D.W.F. Verkade, *Ars Aequi* 2017, p. 535 m.nt. D.J.G. Visser en IER 2017/39 m.nt. P.G.F.A. Geerts en R.W. de Vrey (*All Round / Simstars*), rov. 3.4.1.

93 Vgl. M. de Cock Buning, 'Portret en Parodie', in D.J.G. Visser (red.), *Commercieel Portretrecht*, Amstelveen: Uitgeverij deLex 2009, p. 61 e.v.

94 D.J.G. Visser, 'Kroniek van de intellectuele eigendom', *NJB* 2018, p. 1036 betwijfelt bij de bespreking van de onderhavige zaak of in het geval van een "puur commerciële parodie" een beroep op de parodie-exceptie mogelijk is, onder verwijzing naar twee uitspraken van feitenrechtters, namelijk hof Amsterdam 5 november 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AN7646, IER 2004/20 m.nt. M. de Cock-Buning (*Tanja Grotter*), rov. 4.7.9.-4.7.9.3. en Rb. Breda (vzr.) 24 juni 2005, ECLI:NL:RBRE:2005:AT8316 (*Gouden Gids / Yellow Bear*), rov. 3.21-3.22. Zo ook R. de Vrey, 'Een race door het portretrecht', IER 2020, p. 371. Eerder lijkt Visser naar aanleiding van de laatst-

markt bedienen dan de markt waarop de geportretteerde zich begeeft en kan de gepersifleerde zijn populariteit doorgaans niet verzilveren met een persiflage van zichzelf (in ieder geval niet door zichzelf na te spelen).⁹⁵ Dat de commerciële belangen van de geportretteerde door de persiflage kan worden geraakt, is waar, maar art. 21 Aw beschermt die belangen in het algemeen ook niet in absolute zin, zo volgt uit het voorgaande.

Als we de balans opmaken, dan zal er mijns inziens niet snel – maar ook niet nooit – een redelijk belang van de gepersifleerde zijn in de zin van art. 21 Aw dat zich tegen openbaarmaking van het persiferende portret verzet. Dit brengt weliswaar mee dat ook in de gevallen waarin in een portret een persiferend karakter heeft, wordt toegekomen aan een belangenafweging, maar daarbij moet mijns inziens als uitgangspunt het persiferende karakter van het portret zwaarder wegen.⁹⁶

De A-G behandelt (in randnummers 3.30 t/ 3.39) ook de vraag of de commerciële lookalike-parodie los van het portretrecht onrechtmatig is. Ook die overwegingen zijn zeer lezenswaardig. Hij komt tot de volgende conclusie (in randnummer 3.39):

‘De hamvraag, in het licht van het voorgaande, is of onrechtmatig wordt gehandeld ten opzichte van een bekende persoon als deze aan de hand van een lookalike op persiferende wijze wordt nagebootst ten behoeve van een reclame-uiting, waarmee wordt geprofiteerd van diens verzilverbare populariteit. De ingrediënten voor een in beginsel ontkennende beantwoording van deze vraag schuilen mijns inziens in het voorgaande: (i) profiteren van wat anderen doen, mag in beginsel en (ii) humor heeft een bijzonder, beschermd plekje in ons recht (de *exceptio humoris*¹³⁶).’

Noot

Portret

Een opzettelijke lookalike is een portret. Daarmee breidt de Hoge Raad het portret begrip weer verder uit. Een plastic poppetje van een *character* uit de serie ‘Ja zuster, nee zuster’ met een naam erop was in 1970 nog geen portret.⁷ Maar na *Naturiste*⁸ (herkenbaarheid op grond van ‘typerende lichaamshouding’) en het *Breekijzer*-arrest⁹ (herkenbaarheid op grond van ‘hetgeen de afbeelding overigens toont’) beslist de Hoge Raad nu dat ook de lookalike een portret is.

genoemde zaak (*Gouden Gids/Yellow Bear*) een (enigszins) ander standpunt te hebben ingenomen in D.J.G. Visser, ‘Het commercieel portretrecht van de sporter’, in S.F.H. Jellinghaus (red.), *Sport en Recht, buiten rechte of buiten spel?*, Zutphen: Paris 2008, p. 115: “Een onafhankelijke cabaretier, columnist of karikatuurtekenaar moet veel meer mogen dan een concurrent. Desondanks lijkt mij dat de commerciële motieven (...) er niet toe leiden dat nooit sprake zou kunnen zijn van een toelaatbare parodie. In geval van een (beweerde) parodie die als zelfstandig product op grote schaal en langdurig wordt verkocht (...), zullen de commerciële motieven er vermoedelijk vaak toe leiden dat geen sprake is van toelaatbare parodie. In geval van een tijdelijke reclamecampagne zou een parodie mijns inziens veel sneller toelaatbaar moeten zijn.” De (puur) commerciële motieven van de door Visser bedoelde tijdelijke reclamecam-

pagne zouden mijns inziens niet aan een beroep op de parodie-exceptie in de weg hoeven staan als er daadwerkelijk sprake is van een parodie en niet van een feitelijke *rip-off*. Ik merk op dat in de twee hiervoor aangehaalde uitspraken van feitenrechters een parodiërend karakter van de betreffende uitingen afwezig werd geacht, zodat de parodie-exceptie volgens deze feitenrechters al daarom niet kon opgaan.

95 Het is natuurlijk wel mogelijk dat iemand, bijvoorbeeld in een reclame, in een hele andere context optreedt dan hij bij zijn of haar beroepsuitoefening doet, wat een komisch effect kan opleveren. Wellicht is de Jumbo-reclame in het onderhavige geval daarvan een voorbeeld.

136 Ontleend aan P.G.F.A. Geerts in P.G.F.A. Geerts en A.M. Verschuur (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 711.

‘Daarvoor is niet alleen vereist dat deze persoon in de afbeelding van de lookalike kan worden herkend, maar ook dat de mogelijkheid tot herkenning door bijkomende omstandigheden is vergroot, zoals door de wijze van presentatie van de lookalike (bijvoorbeeld door gebruik van grime en kleding), door hetgeen de afbeelding overigens toont of door de context waarin de afbeelding is openbaar gemaakt.’

Volgens de Hoge Raad is een portret ‘een afbeelding, op welke wijze ook vervaardigd, van een persoon die in deze afbeelding kan worden herkend’. Het moet dus wel nog steeds gaan om een *visueel* waarneembare representatie. Een geluidsopname, bijvoorbeeld van een herkenbare stem, is dus geen portret. De geluidsopname van een (herkenbare) stem is overigens wel een (biometrisch) persoonsgegeven dat via de Algemene verordening gegevensbescherming en de onrechtmatige daad *mogelijk* een vergelijkbare bescherming toekomt, zo leert de kleurrijke casus van de inbreker met een ‘Ali B-accent’.¹⁰

Bovendien moet het gaan om een afbeelding van een *persoon*. Een shirtje met een rugnummer, of een nummer op een auto, helm of petje is dus op zich geen portret. Ook een pruik of een tatoeage is geen portret, maar een afbeelding van iemand die er een draagt kan dus wel een portret zijn. Een ‘harkpoppetje’ zoals kinderen dat wel tekenen, met daarbij de naam ‘MAX’ gekrabbeld, kan ook een portret zijn, maar dat was al zo sinds het *Breekijzer*-arrest (herkenbaarheid op grond van ‘hetgeen de afbeelding overigens toont’). Als schrijver dezes met een Red Bull-petje op (kleding!) achter het stuur van een auto gaat zitten (context!), is er ook sprake van een portret van Max Verstappen. ‘Dat voor de aanschouwer duidelijk is dat de lookalike niet degene is op wie hij lijkt, staat [immers] niet eraan in de weg dat sprake kan zijn van een portret’, aldus de Hoge Raad.

Overigens is nog wel de vraag of een *live* optreden van een lookalike – dat niet wordt gefilmd, gefotografeerd of anderszins vastgelegd – als een portret kan worden aangemerkt. In 2013 antwoordde de voorzieningenrechter in Den Haag in een zaak over Blues Brothers-lookalikes ontkenkend: ‘Een live optreden als zodanig is geen afbeelding, het is immers niet op enigerlei wijze vastgelegd. Een live optreden kan dan ook niet met een beroep op portretrecht worden verboden.’¹¹ Daar is wat voor te zeggen en ik zou daar geen moeite mee hebben. Maar het is ook verdedig-

7 HR 16 januari 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC4984, *NJ* 1970/220, m.nt. G.J. Scholten (*Ja zuster, nee zuster*).

8 HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, *NJ* 1988/277, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Naturiste*).

9 HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3416 (*Breekijzer*).

10 Cabaretier Ali B. liet in een theaterprogramma een fragment horen uit het programma *Opsporing verzocht* waarin iemand het accent van een inbreker omschreef als ‘een Ali B-accent’. De voorzieningenrechter wees het door de spreester gevorderde verbod overigens af op grond van een belangenafweging tegen de informatievrijheid. Rb. Midden-Nederland 9 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:24 (*Ali B-accent*).

11 Rb. Den Haag (vzr.) 9 oktober 2013, KG ZA 13-1064, *IEF* 13120 (*Black Rhino /S.I.C.*), r.o. 4.26.

baar dat de lookalike zelf (ook) een ‘afbeelding’ is die met grime en kleding is vervaardigd. Volgens mij is dit nog een open kwestie die in deze zaak nog niet door Hoge Raad is beantwoord. Het lijkt mij intussen wel zeer aannemelijk dat ook een (niet vastgelegde) live uitzending van het uiterlijk van een lookalike wél als een afbeelding, en dus als een portret, moet worden aangemerkt. En dat het op een groot scherm afbeelden van de live voorstelling door een lookalike in een stadion of concerthal ook een afbeelding, en dus een portret, is.

Commerciële parodie

De vraag of een opzettelijke lookalike, bijvoorbeeld wanneer deze wordt ingezet in een (commerciële) parodie, ook verboden kan worden is daarmee evenwel geenszins beantwoord. De Hoge Raad komt niet verder dan de overweging dat het parodiekarakter een rol kan spelen in de door artikel 21 Aw voorgeschreven belangenafweging en kan meebrengen dat niet kan worden gezegd dat een redelijk belang van de geportretteerde in de zin van deze bepaling zich tegen openbaarmaking van het portret verzet.

Na verwijzing zal de door die bepaling voorgeschreven belangenafweging alsnog moeten plaatsvinden, aldus de Hoge Raad. De mededeling van de Hoge Raad dat ‘het hof na verwijzing niet gebonden aan hetgeen in het bestreden arrest (rov. 3.4.1-3.4.3 en 3.5) is overwogen ter beantwoording van de vraag of het handelen van Picnic jegens Verstappen anderszins onrechtmatig is’ roept wel vragen op. Het zou de indruk kunnen wekken dat de Hoge Raad het niet eens is met de feitelijke vaststelling door het Amsterdamse hof dat Verstappen helemaal geen schade heeft geleden. Maar daar gaat de Hoge Raad natuurlijk niet over.

De vraag of een commerciële parodie als de onderhavige nu wel of niet mag, is nog niet beantwoord. Het is duidelijk dat de advocaat-generaal neigt naar een positief antwoord: ‘als uitgangspunt [dient] het persifierende karakter van het portret zwaarder [te] wegen’ (3.29) en (ten aanzien van de OD-grondslag) ‘(i) profiteren van wat anderen doen, mag in beginsel en (ii) humor heeft een bijzonder, beschermd plekje in ons recht (de *exceptio humoris*¹³⁶)’.

Of het Haagse hof evenveel gevoel voor humor heeft als het Amsterdamse hof en de A-G, en ook van oordeel is dat er geen sprake is van relevante schade, zal moeten blijken. Alle argumenten pro en contra zijn in de conclusie A-G met verwijzing naar rechtspraak en literatuur te vinden.

Andere lookalikes

In deze noot wil ik verder nog aandacht besteden aan een paar andere ‘lookalikes’.

Ten eerste de lookalikes in cabaretprogramma’s en ander satirische programma’s zoals die van Arjen Lubach, *Koefnoen* en, voor de ouder lezers, *Keek op de week* van Kees van Kooten en Wim de Bie¹² en *Kopspijkers* van Jack Spijkerman.¹³ Het is nu onvermijdelijk dat ook dat portretten zijn. Het lijkt mij wel dat lookalikes in dat soort programma’s in beginsel altijd ‘mogen’ omdat daarbij de uitingsvrijheid in de regel prevaleert. De A-G verwijst in zijn conclusie (in voet 78) naar de *Bassy III*-zaak:¹⁴

‘De bekende personages Bassy en Adriaan waren evident nagespeeld in een tv-programma, *Bassy III*. Volgens de beschrijving van het hof was *Bassy III* satirisch van aard: Bassy en Adriaan, die allerbraafst zijn, werden in een context geplaatst waarin grof taalgebruik en geweld niet worden geschuwd. Het hof oordeelde dat het ging om een vanuit auteursrechtelijk oogpunt toelaatbare parodie.’

Lookalikes in speelfilms zijn zeer gebruikelijk en in beginsel om dezelfde reden toelaatbaar: de uitingsvrijheid prevaleert.

Veel lastiger wordt het mijns inziens als de gelijkenis niet via grime of kleding maar via digitale manipulatie wordt bewerkstelligd. Dan betreden wij het gebied van de deepfakes. Het is goed verdedigbaar dat daarvoor strengere regels (zouden moeten) gelden. Met name omdat het gevaar voor echte verwarring daarbij veel groter wordt. Elders heb ik met anderen betoogd dat bij het gebruik van deepfakes het portretrecht mogelijk zelfs meer het karakter van een absoluut recht zou moeten krijgen. Meer ‘nee, tenzij’ dan ‘ja, tenzij’.¹⁵

Verder zijn er de lookalike-contests, waarbij kandidaten proberen zoveel mogelijk op een bekende artiest te lijken. Als dit soort *live* (dus niet vastgelegde) lookalikes al portretten zijn, dan zijn dat soort wedstrijden mijns inziens zodanig gebruikelijk en in de regel zo weinig commercieel dat bekende mensen geen redelijk belang hebben om zich daartegen te verzetten. Hetzelfde geldt ongetwijfeld voor particulieren die zich tijdens carnaval als een bekende Nederlander uitdossen.

Dit kan weer anders liggen bij min of meer professionele lookalikes die tegen betaling lintjes doorknippen of (bedrijfs)feestjes opvrolijken. Wat mij betreft moet dat ook kunnen, maar daar kan je anders over denken.

Tribute acts

Nog een andere interessante categorie wordt gevormd door de zogenaamde ‘tribute acts’ en ‘tribute bands’. Dat zijn personen en groepen die zich volledig toeleggen op het geven van uitvoeringen die in meer of mindere mate gelijkenissen vertonen met één bepaalde artiest of één bepaalde band. Daarbij kunnen zich ook auteursrechtelijke en merkenrechtelijke kwesties voordoen. Uiteraard moet

¹³⁶ Ontleend aan P.G.F.A. Geerts in P.G.F.A. Geerts en A.M. Verschuur (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 711.

¹² *Keek op de week* was een satirisch televisieprogramma dat van 1988 tot 1993 op zondagavond meteen na het achtuurjournaal werd uitgezonden op Nederland 2 door de VPRO (https://nl.wikipedia.org/wiki/Keek_op_de_week).

¹³ *Kopspijkers* was een satirisch televisieprogramma dat van 1995 tot april 2005 door de VARA werd uitgezonden op de zaterdagavond op Nederland 3 (<https://nl.wikipedia.org/wiki/Kopspijkers>).

¹⁴ Hof Amsterdam 30 januari 2003, ECLI:NL:

GHAMS:2003:AK4786, IER 2003/30, m.nt. E.H. Hoogenraad en AMI 2003/3, nr. 9, m.nt. K.J. Koelman (*Bassy III*).

¹⁵ A.J. Trouwborst, C.J.S. Vrendenburg & D.J.G. Visser, ‘Nep echt onder het naburig recht’, *NJB* 2022/93, p. 101-110.

aan Buma Stemra worden betaald voor de uitvoering en mag geen verwarring worden gewekt met vaak merkenrechtelijk beschermde namen. En evenmin mag ongerechtvaardigd voordeel worden getrokken uit die merken.

In 2017 oordeelde het hof Amsterdam dat de kindershow van Flappellentje, de Vrolijke Kabouters en de Pret Piraat inbreuk maakten op de auteursrechten en merkenrechten van Studio 100, Kabouter Plop en Piet Piraat en dat er bovendien sprake was van verwarringwekkende nabootsing.¹⁶ Het portretrecht was daar niet aan de orde, maar de zaak is illustratief voor het feit dat ook *tribute acts* tegen het merkenrecht of de slaafse nabootsing kunnen aanlopen als zij een verwarringwekkende of ‘voordeel-trekkende’ naam of een gekopieerde outfit kiezen.

In 2013 oordeelde de voorzieningenrechter in Den Haag in de eerder genoemde zaak over de The Blues Brothers-

lookalikes dat sprake was van merkinbreuk, maar niet van auteursrechtinbreuk of portretrechtinbreuk.¹⁷

Schrijver dezes bezocht recent een concert van The Analogues, een band die zich ten doel heeft gesteld het latere werk van The Beatles op de originele instrumenten live uit te voeren en daar zeer goed in is. Maar hij doet dit zonder te proberen op The Beatles te lijken qua uiterlijk. Dan is er natuurlijk in ieder geval geen portretrechtelijke issue. En als aan Buma Stemra wordt betaald, lijkt er geen enkel juridisch probleem. Ook het aantrekken van een gelijkend jasje, het laten staan van een snorretje of andere verwijzingen naar een bekende artiest door iemand anders die zijn muziek uitvoert, zullen niet snel als een portret worden gezien, laat staan als een openbaarmaking van een portret waarbij de artiest een redelijk belang heeft om zich ertegen te verzetten. ■

¹⁶ Hof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2036 (*Studio 100 / Flappellentje*).

¹⁷ Rb. Den Haag (vzr.) 9 oktober 2013, KG ZA 13-1064, IEF 13120 (*Black Rhino / S.I.C.*).