

## **Verstappen / Picnic**

### **Portretrecht, lookalike en commerciële parodie**

*Voorpublicatie van een deel van een annotatie die in het september-nummer in Ars Aequi verschijnt.*

Prof. mr. D.J.G. Visser

Hoge Raad 22 april 2022, [ECLI:NL:HR:2022:621](https://www.ecli.nl/hr/2022/621) (*Verstappen / Picnic*)

[...]

### **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.<sup>1</sup>

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.

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

---

<sup>1</sup> [Noot 3 in het arrest van de Hoge Raad:] 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.

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 hoeft 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.

## Commentaar

### 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.<sup>2</sup> Maar na de *Naturiste*<sup>3</sup> (herkenbaarheid op grond van “typerende lichaamshouding) en het *Breekijzer*-arrest<sup>4</sup> (herkenbaarheid op grond van “hetgeen de afbeelding overigens toont”) beslist de Hoge Raad nu dat ook de lookalike een portret is. “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 AVG en de onrechtmatige daad *mogelijk* een vergelijkbare bescherming toekomt, zo leert de kleurrijke casus van de inbreker met een ‘Ali B-accent’.<sup>5</sup>

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

---

<sup>2</sup> HR 16 januari 1970, NJ 1970, 220, m.nt. GJS (*Ja zuster, nee zuster*)

<sup>3</sup> HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277, m.nt. LWH (*Naturiste*)

<sup>4</sup> HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3416 (*Breekijzer*).

<sup>5</sup> Cabaretier Ali B. liet in een theaterprogramma een fragment horen uit het programma ‘Opsporing verzocht’ waarin iemand het accent van een breker omschreef als ‘een Ali B accent’. De voorzieningenrechter wees het door de spreekster gevorderde verbod overigens af op grond van een belangenafweging tegen de informatievrijheid. Rechtbank Midden-Nederland 9 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:24 (*Ali B accent*).

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 ontkennend: “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”.<sup>6</sup> Daar is wat voor te zeggen en ik zou daar geen moeite mee hebben. Maar het is ook verdedigbaar 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 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.

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 persiflerende 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*)”<sup>7</sup>

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’.

---

<sup>6</sup> V.zr. Rechtbank Den Haag 9 oktober 2013, KG ZA 13-1064, IEF 13120 (*Black Rhino /S.I.C.*), ov. 4.26.

<sup>7</sup> [noot 136 in conclusie A-G:] 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.

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 Bie<sup>8</sup> en Kopspijkers van Jack Spijkerman.<sup>9</sup> 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:<sup>10</sup> "De bekende personages Bassie en Adriaan waren evident nagespeeld in een tv-programma, *Bassy III*. Volgens de beschrijving van het hof was *Bassy III* satirisch van aard: Bassie 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 m.i. 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'.<sup>11</sup>

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 m.i. 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 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.

---

<sup>8</sup> 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](https://nl.wikipedia.org/wiki/Keek_op_de_week))

<sup>9</sup> 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>) .

<sup>10</sup> 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*).

<sup>11</sup> A.J. Trouwborst, C.J.S. Vrendenburg & D.J.G. Visser, 'Nep echt onder het naburig recht', *NJB* 2022/93, p. 101-110.

In 2017 oordeelde het Hof Amsterdam dat de kindershow van Flappelijntje, de Vrolijke Kabouters en de Pret Piraat inbreuk maakten op de auteursrechten en merkrechten van Studio 100, Kabouter Plop en Piet Piraat en dat er bovendien sprake was van verwarringwekkende nabootsing.<sup>12</sup> 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 'voordeeltrekkende' 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.<sup>13</sup>

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.

---

<sup>12</sup> Hof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2036 (*Studio 100/Flappelijntje*).

<sup>13</sup> Vzv. Rechtbank Den Haag 9 oktober 2013, KG ZA 13-1064, IEF 13120 (*Black Rhino /S.I.C.*).