

De belangenafweging van A-G Hartlief in de *Verstappen/Picnic*-zaak.

1. Op 22 april 2022 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in de *Verstappen/Picnic*-zaak. In dat arrest is kort gezegd beslist dat: (i) een afbeelding van een lookalike onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een portret van de persoon op wie hij lijkt; (ii) de omstandigheid dat voor de aanschouwer duidelijk is dat de lookalike niet degene is op wie hij lijkt, niet eraan in de weg staat dat sprake kan zijn van een portret; (iii) het karakter van de afbeelding, bijvoorbeeld een parodie, niet van belang is voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een portret en (iv) dat karakter wel 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.

2. De Hoge Raad heeft een kort en bondig arrest gewezen. Dat hij het in cassatie bestreden arrest van het Hof Amsterdam heeft vernietigd, zal voor velen niet als een al te grote verrassing komen. Het Hof Amsterdam heeft immers een veel te beperkt portretbegrip gehanteerd.¹ Waar het mij in deze korte bijdrage echter om te doen is, is punt (iv): de belangenafweging. In die belangenafweging – aldus de Hoge Raad – kan het parodiërend gebruik van het portret van Verstappen in de reclame-uiting meebrengen dat hij geen redelijk belang heeft om zich tegen openbaarmaking van zijn portret te verzetten. Een oordeel dat evenmin als een al te grote verrassing zal worden ervaren. Immers, net als het auteursrecht is het portretrecht geen absoluut recht. Uiteraard heeft de Hoge Raad zich over die belangenafweging inhoudelijk niet uitgelaten: hij heeft de zaak naar het Hof Den Haag verwezen; het is dat hof dat de belangenafweging (opnieuw) zal moeten maken.

3. Wat nu zo aardig is, is dat A-G Hartlief in zijn conclusie bij het *Verstappen/Picnic*-arrest zich over die belangenafweging wel (uitvoerig) heeft uitgelaten.² Het is een mooie conclusie, waarin hij zich een voorstander betoont van een ruime toepassing van de parodie-exceptie in het portretrecht. Hij stelt voorop dat het lastig is de verlangde belangenafweging een nadere duiding te geven, omdat daarbij veel omstandigheden een rol spelen. In randnummer 3.17 somt hij een aantal (door de Hoge Raad geformuleerde) omstandigheden op en pikt daar in het bijzonder één omstandigheid uit, te weten het karakter van de afbeelding (waaronder wellicht de al dan niet humoristische aard daarvan).

¹ Hof Amsterdam 2 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1410.

² Conclusie van 8 oktober 2021, ECLI:NL:PHR:2021:953.

4. In het vervolg van zijn conclusie leunt hij zwaar op deze omstandigheid. Zelfs zo zwaar, dat het volgens hem goed te verdedigen is dat bij de toepassing van art. 21 Aw een uitzondering behoort te worden gemaakt voor persiflages, waarin een bekend persoon wordt nagespeeld met een kenbaar komische bedoeling (randnummer 3.23). Geen volwaardige uitzonderingspositie voor parodieën (randnummer 3.24), omdat volgens de A-G de grens vooral daar ligt waar verwarring bij het publiek valt te duchten: 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 – aldus de A-G – is bij persiflerende reclame-uitingen in het algemeen echter klein (randnummer 3.27).

5. Alles overziende komt A-G Hartlief in randnummer 3.29 tot de conclusie dat er: “niet snel – maar ook niet nooit – een redelijk belang van de gepersifleerde [zal] zijn in de zin van art. 21 Aw dat zich tegen openbaarmaking van het persiflerende portret verzet. Dit brengt weliswaar mee dat ook in de gevallen waarin een portret een persiflerend karakter heeft, wordt toegekomen aan een belangenafweging, maar daarbij moet mijns inziens als uitgangspunt het persiflerende karakter van het portret zwaarder wegen.” Kortom: een grapje moet (in beginsel) kunnen.

6. Dat ook (parodiërende) commerciële reclame-uitingen onder de vrijheid van meningsuiting vallen is een vaststaand gegeven en een belangrijk uitgangspunt. Het is terecht dat de A-G in zijn conclusie daar veel belang aan hecht. De vraag is echter of hij daar niet *te veel* belang aan hecht. Naast het persiflerende karakter van het portret moet in de belangenafweging immers nog met andere aanknopingspunten/omstandigheden rekening gehouden worden. Zo vind ik het bijvoorbeeld opvallend dat de A-G met geen woord rept over het feit dat de reclame-uiting van Picnic niet bijdraagt aan een debat over een onderwerp van algemeen belang. Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt immers dat dit een belangrijke omstandigheid is (‘an essential criterion’), waarmee in de belangenafweging rekening gehouden dient te worden. Nu weet ik dat het EHRM vrij snel aanneemt dat een publicatie bijdraagt aan een publiek debat, maar de onderhavige publicatie van Picnic ‘gaat nergens over’ en draagt m.i. op geen enkele manier bij aan een debat over een onderwerp van algemeen belang.

7. Ik heb geen idee waarom de A-G voor deze belangrijke omstandigheid geen oog heeft gehad, maar hij had met die omstandigheid wel degelijk rekening moeten houden. Ik vind zelfs dat deze omstandigheid in de belangenafweging als eerste geadresseerd had moeten worden. Het feit dat een publicatie niet bijdraagt aan een publiek debat zet voor mij de toon. Veel meer dan de omstandigheid of een uiting grappig is of niet. Daar komt nog bij dat het EHRM tevens beslist heeft dat bij de belangenafweging van grondrechten rekening gehouden moet worden

met het betrokken soort uiteenzetting of informatie. Gaat het om een politieke gedachtewisseling of een debat van algemeen belang, dan hebben de verdragsstaten een veel kleinere beoordelingsmarge dan wanneer het een commerciële uiting betreft.³ Welnu, in het *Cruiff/Tirion*-arrest heeft onze Hoge Raad in de gevallen waarin sprake is van commercieel portretgebruik, die beoordelingsmarge aldus ingevuld dat bij de belangenafweging een belangrijke rol kan spelen of een redelijke vergoeding is aangeboden.⁴

8. Deze algemeen geformuleerde rechtsregel die in belangrijke mate de beoordelingsmarge van de rechter in dit soort zaken in Nederland bepaalt, schuift de A-G in zijn conclusie vrij eenvoudig aan de kant met het argument dat die regel vooral geldt voor (vergelijkbare) ‘*Cruiff/Tirion*-gevallen’, maar niet voor gevallen waarin sprake is van een persiflerende uiting. Daar waar nog heel goed discussie mogelijk is over het antwoord op de vraag wat in dit soort gevallen dan precies de hoogte van de redelijke vergoeding zou moeten zijn, vind ik het geheel terzijde schuiven van de ‘*Cruiff/Tirion*-regel’ te ver gaan. Het is weliswaar zo dat het in die zaak niet ging om een parodiërende publicatie, maar ik zie niet in waarom toepassing van die regel achterwege gelaten zou moeten worden in een geval waarin de commerciële persiflerende uiting nergens over gaat (op geen enkele manier bijdraagt aan een debat over een onderwerp van algemeen belang).

9. Tot slot stip ik nog kort het feit aan dat (volgens het EHRM) in de belangenafweging ook rekening gehouden dient te worden met de consequenties die de publicatie voor de geportretteerde kan hebben. Volgen wij de zienswijze van de A-G dan moeten (onder het mom van een grapje moet kunnen) personen met een verzilverbare populariteit dulden dat hun portret in persiflerende reclame-uitingen wordt gebruikt. Denkbaar is dat hun commerciële belangen daardoor worden aangetast. Als dit soort ‘*ambush marketing met een kwinkslag*’ wordt toegelaten, kunnen zij immers niet langer exclusiviteit garanderen, waardoor potentiële sponsors mogelijk niet bereid zullen zijn nog (hetzelfde) te betalen voor sponsorcontracten. Dat tast hun (onderhandelings)positie aan, waardoor zij hun populariteit moeilijker kunnen verzilveren.

10. In het in cassatie bestreden arrest heeft het Hof Amsterdam deze omstandigheid te licht bevonden om tot het oordeel te komen dat *Picnic anderszins* (buiten art. 21 Aw om)

³ Zie onder meer EHRM 10 januari 2013, ECLI:NL:XX:2013:BZ9845 (*Ashby Donald*).

⁴ HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788 (*Cruiff/Tirion*). Voor alle duidelijkheid: in dat arrest heeft de Hoge Raad beslist dat art. 8 EVRM niet uitsluitend voorziet in bescherming van klassieke privacybelangen, maar ook in bescherming van commerciële belangen (van personen met een verzilverbare populariteit).

onrechtmatig heeft gehandeld (zie r.o. 3.4.1 e.v.). Wat daar verder ook van zij, in de belangenafweging die in het kader van art. 21 Aw moet plaatsvinden dient met deze omstandigheid wat mij betreft hoe dan ook rekening gehouden te worden.

11. Zie hier een aantal aanknopingspunten/argumenten die de A-G in zijn belangenafweging (ook) mee had moeten nemen.⁵ Aanknopingspunten die tegenwicht moeten bieden aan het ‘grapje moet kunnen’-uitgangspunt. Aanknopingspunten die voor mij zodanig zwaar wegen dat ik – anders dan de A-G – de belangenafweging in het voordeel van Verstappen zou willen laten uitvallen. Personen met een verzilverbare populariteit moeten zich tegen dit soort commerciële reclame-uitingen kunnen verzetten, ook al zijn die grappig. Indien aan de geportretteerde geen redelijke vergoeding is aangeboden dan wordt door de publicatie van het portret ongerechtvaardigd voordeel getrokken uit de bekendheid van de geportretteerde, zonder dat daarvoor een geldige reden bestaat.

12. Ik ben heel benieuwd hoe het Hof Den Haag zal beslissen.

Paul Geerts

⁵ Andere aanknopingspunten waarmee eventueel nog rekening gehouden zou moeten worden laat ik hier verder buiten beschouwing, omdat die voor mij niet veel gewicht in de schaal leggen.