

# Rechtsbeschermingsmogelijkheden van het stemgeluid onder Nederlands portretrecht in de context van audio-deepfakes

Etienne Valk (UU)

Recente ontwikkelingen van AI-technologie maken het mogelijk de menselijke stem geheel waarheidsgetrouw na te bootsen. Potentiële inbreuk op ieders privacyrechten en de IE-rechten van makers is hiermee een nieuwe realiteit. Dit artikel bespreekt de mogelijkheden om ter bescherming van het stemgeluid aansluiting te vinden bij het portretrecht, op basis van de wet, relevante jurisprudentie en literatuur.

## 1 Inleiding

De laatste jaren ziet men met een zekere regelmaat gevallen van audio-deepfakes in het nieuws en op sociale media voorbijkomen.<sup>1</sup> Het is een technologie die in een stroomversnelling is geraakt.<sup>2</sup> Een berucht voorbeeld is het geluidsfragment waarin een geloofwaardige nabootsing van de stem van rapper Jay-Z te horen is die ‘To be, or not to be’ van Shakespeare rapt. Op hetzelfde YouTube-kanaal zijn talloze andere voorbeelden te vinden, waaronder *voice clones* van Bob Dylan die Britney Spears-nummers zingen en voormalige Amerikaanse presidenten die rapnummers voordragen.<sup>3</sup> In april van dit jaar heeft een nog overtuigender deepfake-nummer, waarin de nagebootste stemmen van de Canadese popsterren Drake en The Weeknd prijken, in een aantal dagen wereldwijd bijna een miljoen streams en vele miljoenen weergaven op sociale media verzameld.<sup>4</sup> De ‘officiële’ versie

is inmiddels verwijderd, maar de storm in de muziekindustrie is geenszins gaan liggen. Een stortvloed aan muziekstukken, van covers tot ‘origineel’ materiaal en telkens met de gedeeffakete stemmen van muzikale grootheden – overleden of springlevend – overspoelt de laatste maanden het internet.<sup>5</sup>

**Bij een audio-deepfake worden bestaande audiofragmenten van een stem gebruikt om die stem, doorgaans, zo waarheidsgetrouw mogelijk na te bootsen**

De term ‘deepfake’ verwijst naar beeld- en audiofragmenten die ontwikkeld worden met behulp van deep-learning-algoritmen (vandaar ‘deep’) en die niet of nauwelijks van

- 1 M. Hogan, ‘What Does JAY-Z’s Fight Over Audio Deepfakes Mean for the Future of AI Music?’, *Pitchfork* 11 mei 2020, <https://pitchfork.com/the-pitch/what-does-jay-zs-fight-over-audio-deepfakes-mean-for-the-future-of-ai-music/>; J. Coker, ‘Europol: Deepfakes Set to Be Used Extensively in Organized Crime’, *Infosecurity Magazine* 28 april 2022, [www.infosecurity-magazine.com/news/europol-deepfakes-organized-crime/](http://www.infosecurity-magazine.com/news/europol-deepfakes-organized-crime/).
- 2 Europol, ‘Facing reality? Law enforcement and the challenge of deepfakes, an observatory report from the Europol Innovation Lab’, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2022; E. Wenger, M. Bronckers, C. Cianfarani, J. Cryan, A. Sha, H. Zheng & B.Y. Zhao, ‘“Hello, It’s Me”: Deep Learning-based Speech Synthesis Attacks in the Real World’, *Proceedings of the 2021 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security* 2021, p. 235-251.
- 3 ‘Vocal Synthesis’, [www.youtube.com/channel/UCRt-fqwxnj9wDnFJnpPS2Q](http://www.youtube.com/channel/UCRt-fqwxnj9wDnFJnpPS2Q).
- 4 L. Snapes, ‘AI song featuring fake Drake and

echt te onderscheiden zijn, maar wel degelijk artificieel, ‘nep’, zijn (vandaar ‘fake’).<sup>6</sup> Bij een audio-deepfake worden bestaande audiofragmenten van een stem gebruikt om die stem, doorgaans, zo waarheidsgetrouw mogelijk na te bootsen. Ingevoerde tekst en/of melodie kunnen vervolgens door de *voice clone* worden gesproken of gezongen. Naar deze techniek in het algemeen zal ik verwijzen met de term ‘audio-deepfake’, naar een concreet verschijnsel van die techniek met ‘voice clone’.

Alhoewel er over de visuele deepfake al veel wordt geschreven binnen de juridische literatuur, is de audio-deepfake (nog) enigszins onderbelicht gebleven.<sup>7</sup> Dit terwijl de razendsnelle ontwikkeling van deze technologie grote implicaties heeft voor de rechtsbescherming binnen onder meer de media- en kunstsector. De huidige muziek- en entertainmentindustrie wordt gekenmerkt door streamingsdiensten en de laagdrempeligheid van sociale media. Hierdoor kan iedereen, van ervaren programmeur tot hobbyist, gemakkelijk met de steeds toegankelijker wordende tools van deepfakes de stemmen en geluiden van anderen gebruiken en verspreiden onder miljoenen mensen.<sup>8</sup> Momenteel zijn er tal van (gratis) websites en apps die gebruikers de gelegenheid geven door middel van het simpelweg invoeren van eigen tekst realistische audio-opnamen met het stemgeluid van bekende personen te genereren.<sup>9</sup>

## De audio-deepfake is (nog) enigszins onderbelicht gebleven. Dit terwijl de razendsnelle ontwikkeling van deze technologie grote implicaties heeft voor de rechtsbescherming binnen onder meer de media- en kunstsector

Dit artikel richt zich op bescherming tegen audio-deepfakes via het intellectuele-eigendomsrecht (hierna: IE-recht). Het artikel beperkt zich tot het gebruik van audio-deepfakes voor artistieke en/of entertainmentdoelstellingen, zoals de eerder omschreven voorbeelden van *voice clones* van Jay-Z en Bob Dylan. Alhoewel het nabootsen van een stem voor de toepassing in een muziekstuk voor de hand ligt, is het belangrijk op te merken dat deze toepassing niet de enige relevante toepassing is in deze context. Binnen het huidige inter-

netlandschap is het aannemelijk dat de nabootsing van de stem tevens voor audiovisuele werken, waaronder ‘internetmemes’, gebruikt zal worden.<sup>10</sup> Internetmemes zijn afbeeldingen of korte video’s, doorgaans van humoristische aard, die gekenmerkt worden door massale verspreiding en iteratieve bewerking door gebruikers op het internet. Andere tot op heden veel voorkomende doeleinden waarvoor audio-deepfakes worden ingezet, zijn verspreiding van desinformatie, politieke beïnvloeding en chantage voor economisch gewin.<sup>11</sup> Dit artikel beoogt duidelijkheid te scheppen over eventuele rechtsbescherming onder het IE-recht bij audio-deepfakes, maar kan evenwel ook binnen de rechtsliteratuur over de inzet voor die andere doeleinden van waarde zijn. Verder is over de problematiek rondom de handhaving en het procesrechtelijke aspect van deepfakes al het nodige geschreven.<sup>12</sup> Naar alle waarschijnlijkheid is dit debat in de literatuur voorlopig nog niet uitgedoofd, maar deze handhavingskwesties vallen buiten de focus van deze bijdrage.

Het IE-recht dat in deze bijdrage centraal staat, is het portretrecht. Relevant voor het portretrecht is of het stemgeluid kan kwalificeren als een portret in de zin van artikel 21 Auteurswet. Met betrekking tot dit IE-recht zal blijken of naar huidig recht rechtsbescherming toekomt aan een natuurlijke persoon, zijnde een vocalist, aan wie een stem toebehoort die door audio-deepfake is nagebootst. Voor het portretrecht is het bij voorbaat niet ondenkbaar dat een vocalist bescherming zou kunnen genieten tegen de inzet van een audio-deepfake op basis van zijn of haar stem. De vraag die dit artikel beoogt te beantwoorden luidt: ‘Kan het stemgeluid van een artiest beschermd worden tegen audio-deepfakes naar huidig Nederlands portretrecht?’ Ter beantwoording van deze vraag behandel ik in paragraaf 2 allereerst de ratio van het portretrecht, mede aan de hand van de rechtsgeschiedenis van dit IE-leerstuk. De relevantie van de overlap met de ratio en doelen van de Algemene verordening gegevensbescherming van de EU (hierna: AVG) uit 2016 zal daarbij in paragraaf 2.1 ter sprake komen. Vervolgens bepaal ik in paragraaf 3 op basis van het begrip ‘portret’ en de jurisprudentie daarover (§ 3.1 en § 3.2), of het stemgeluid van een artiest als een portret in de zin van artikel 21 Auteurswet kwalificeert, in de context van audio-deepfakes. In paragraaf 4 komt tot slot de vraag aan bod naar de noodzakelijkheid in deze context om het stemgeluid van een artiest voor bescherming onder te brengen bij het portretrecht.

Weeknd vocals pulled from streaming services’, *The Guardian* 18 april 2023, [www.theguardian.com/music/2023/apr/18/ai-song-featuring-fake-drake-and-weeknd-vocals-pulled-from-streaming-services](http://www.theguardian.com/music/2023/apr/18/ai-song-featuring-fake-drake-and-weeknd-vocals-pulled-from-streaming-services).

- 5 J. Coscarelli, ‘An A.I. Hit of Fake “Drake” and “The Weeknd” Rattles the Music World’, *The New York Times* 19 april 2023, [www.nytimes.com/2023/04/19/arts/music/ai-drake-the-weeknd-fake.html](http://www.nytimes.com/2023/04/19/arts/music/ai-drake-the-weeknd-fake.html).
- 6 S. Kulk, ‘Deepnudes aanpakken met IE-recht?’, *IER* 2021/1, afl. 1; Wenger e.a. 2021, p. 235-251.
- 7 E. Meskys, J. Kalpokiene, P. Jurcys, & A. Liaudanskas, ‘Regulating Deep Fakes: Legal and Ethical Considerations’, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (15) 2020, afl. 1, p. 24-31; Kulk 2021; D. Asser, ‘Deepfake en bewijsrisico in de civiele procedure’, *AA* 2021, afl. 10, p. 886 (AA20210886); B.H.M. Custers, ‘Artificiële intelligentie in het Strafrecht: een overzicht van actuele ontwikkelingen’, *Computerrecht* 2021/157, p. 330-339, p. 330-339.
- 8 N.C. Köbis, B. Doležalová, & I. Soraperra, ‘Fooled twice: People cannot detect deepfakes but think they can’, *iScience* (24) 2021, afl. 11, <https://doi.org/10.1016/j.isci.2021.103364>, p. 1.
- 9 A. Farland, ‘10 Best AI Voice Generators (May 2023)’, *Unite.AI* 8 mei 2023, [www.unite.ai/10-best-ai-voice-generators/](http://www.unite.ai/10-best-ai-voice-generators/).
- 10 K. Hao, ‘Memers are making deepfakes, and things are getting weird’, *MIT Technology Review* 28 augustus 2020, [www.technologyreview.com/2020/08/28/1007746/ai-deepfakes-memes/](http://www.technologyreview.com/2020/08/28/1007746/ai-deepfakes-memes/).
- 11 R. Trouborst, C. Vrendenburg & D. Visser, ‘Nep echt onder het naburig recht’, *NJB* 2022/93, afl. 2.
- 12 Asser 2021; B. van der Sloot, Y. Wagenvelt & B. Koops, *Deepfakes: De juridische uitdagingen van een synthetische samenleving*, Tilburg: Tilburg Institute for Law, Technology, and Society 2021; A. Flynn, J. Clough & T. Cooke, ‘Disrupting and preventing deepfake abuse: Exploring criminal law responses to AI-facilitated abuse’, in: A. Powell, A. Flynn &

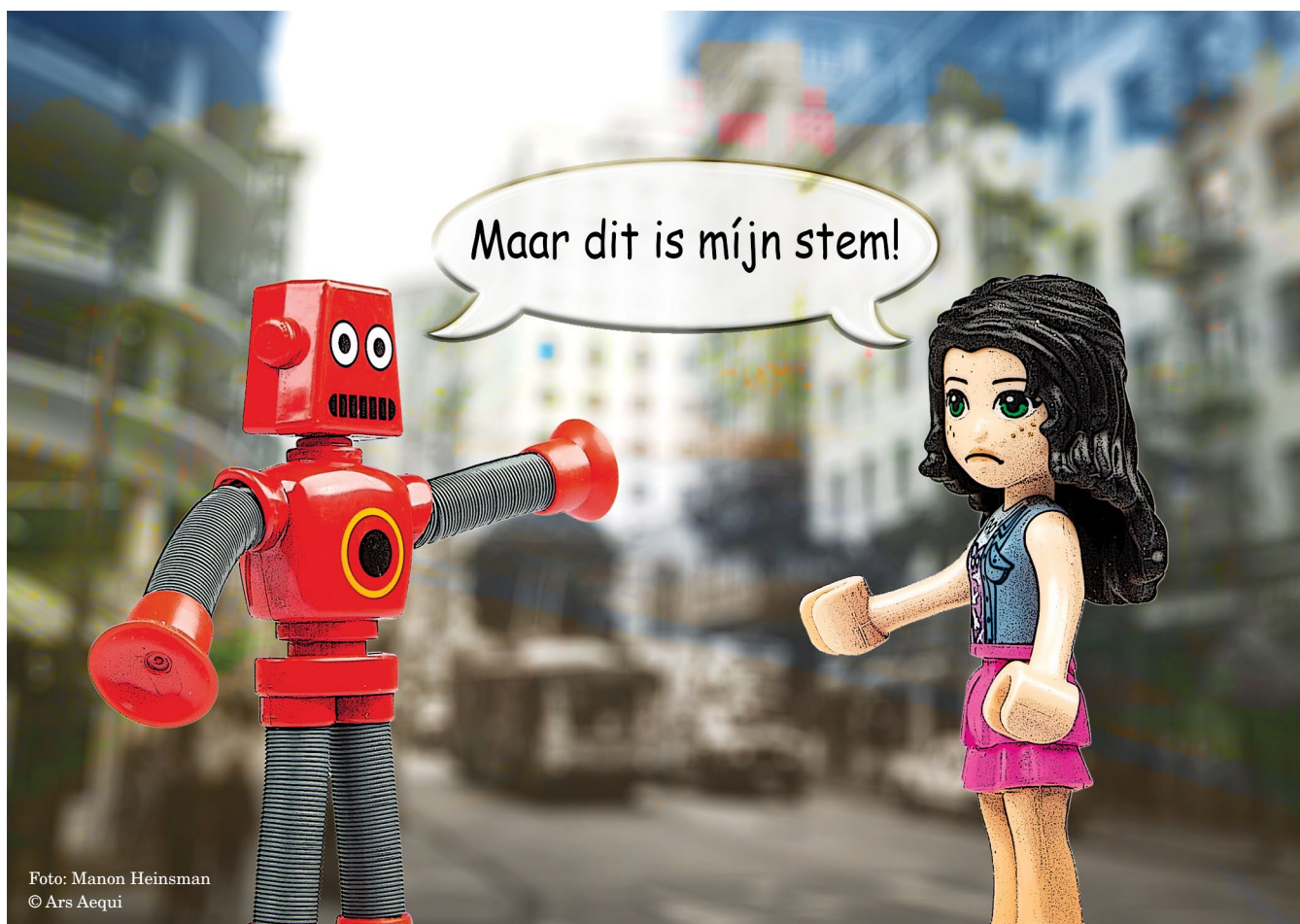


Foto: Manon Heinsman  
© Ars Aequi

## 2 Ratio en rechtsgeschiedenis portretrecht

In de memorie van toelichting bij het aannemen van de Auteurswet in 1912 is 'portret' als volgt gedefinieerd: 'een afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze zij ook vervaardigd is'. Voor de mogelijke kwalificatie van stem als portret vormt met name het vereiste van 'afbeelding' een obstakel. De definitie van 'afbeelding' volgens Van Dale is als volgt: 'tekening of plaatje van iets of iemand'.<sup>13</sup> De visuele aard van 'afbeelding' is onbetwistbaar. Een stemopname is daarentegen puur auditief en niet visueel. Tegelijkertijd ligt er wellicht een mogelijkheid tot verruiming in de lange ontwikkeling die het begrip 'portret' in de jurisprudentie heeft doorgemaakt sinds de uitvaardiging van de Auteurswet in 1912. Zoals we zullen zien in paragraaf 3, wordt de herkenning van de persoon in toenemende mate doorslaggevend geacht, ten koste van een werkelijke en overduidelijke afbeelding van het gelaat. Technologische ontwikkelingen als videofragmenten hebben voor verruiming gezorgd, waardoor onder meer ook geluidscomponenten bijdragen aan

de herkenning. Hoewel het stemgeluid dus niet voldoet aan het zijn van een afbeelding van het gelaat, is het wel een waarneembaar kenmerk van een persoon op basis waarvan die persoon goed herkend kan worden. In het jaar 1912 kon men vanzelfsprekend met geen mogelijkheid rekening houden met de verregaande mate van imitatie van de menselijke stem die audio-deepfake mogelijk maakt. Zelfs de telefoon en radio waren in 1912 in het maatschappelijk verkeer niet gebruikelijk, waardoor met de verspreiding van andermans stem überhaupt geen rekening werd gehouden.<sup>14</sup> Er is aldus voldoende reden om aan te nemen dat de nadruk op 'afbeelding' in de definitie van 'portret' hoofdzakelijk berust op de technologische mogelijkheden in 1912 en dus een overblijfsel is van die historische omstandigheden.

### 2.1 Overlap privacybelang portretrecht en AVG

Dat het portretrecht in de Auteurswet staat, is eigenlijk opmerkelijk te noemen.<sup>15</sup> Het portret van een persoon is geenszins als 'werk' te beschouwen. Volgens onder meer de definitie van het WIPO-verdrag is het even-

L. Sugiura (red.), *The palgrave handbook of gendered violence and technology*, Londen: Palgrave Macmillan 2021, p. 583-603.

<sup>13</sup> 'Betekenis "afbeelding"', *vandale.nl*.

<sup>14</sup> C.S. Fischer, *America calling: A social history of the telephone to 1940*, Berkeley, CA: University of California Press 1994, p. 87-91; K. Segers, C. Van Den Buys, L. De Cang & L. Goessens, 'De politieke dimensie van muziek in de beginjaren van de radio. Case: het Nationaal Radio Instituut en de Katholieke Vlaamse Radio Omroep (1929-1934)', in: *Etmaal van de Communicatiewetenschap* (congresbundel), Gent 2010.

<sup>15</sup> A.V. Wilbrink & M. Poulus, 'Het maken en publiceren van foto's en beeld-opnamen vanuit privacyperspectief: schets van een onscherp juridisch kader', *P&I* 2019, afl. 1; W.F.F. Oppenoorth, 'Een lastig portret', *IER* 1986, afl. 5, p. 86.

min een recht van intellectuele eigendom. Het is immers geen recht dat het resultaat is van een 'intellectual activity'.<sup>16</sup> Veel meer staat de bescherming van het privacybelang van de geportretteerde centraal.<sup>17</sup> Voor de inbreukvraag op het portretrecht moet doorgaans een afweging worden gemaakt tussen aan de ene kant de redelijke belangen van de geportretteerde en aan de andere kant de informatievrijheid of gerechtvaardigde belangen van anderen voor gebruik van het portret. Hoewel het evengoed kan gaan om de commerciële belangen van de geportretteerde, hebben deze redelijke belangen veelal betrekking op diens privacy.<sup>18</sup> Een dergelijke bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een natuurlijk persoon is elders in de Auteurswet niet tot nauwelijks een doel op zich, laat staan een hoofddoel zoals voor het portretrecht wel geldt. Een regeling waarin de bescherming van privacy wel centraal staat, is de AVG.<sup>19</sup> Het is daarom niet verwonderlijk dat met het intreden van de AVG in 2018 in Nederland de nodige vragen zijn ontstaan over de verhouding tussen de nieuwe privacyrechtelijke bepalingen van de AVG en het Nederlandse portretrecht.<sup>20</sup> De AVG is ontwikkeld met een tweeledig doel: enerzijds het beter waarborgen van de bescherming van verwerking van persoonsgegevens in overeenstemming met de EU-grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen, anderzijds het waarborgen van het vrije verkeer van persoonsgegevens binnen de EU.<sup>21</sup> Onder persoonsgegevens wordt in artikel 4 lid 1 van de AVG in het kort verstaan: 'alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon'. Ik zal hier alleen de implicaties bespreken van de AVG die relevant zijn voor audio-deepfakes. Het begrip 'persoonsgegeven' wordt in de AVG dusdanig ruim gedefinieerd dat ook de ruimst mogelijke uitleg van een portret in de zin van artikel 21 Auteurswet eronder valt. Daarnaast is de definitie van 'verwerking' die in de AVG wordt gehanteerd dermate ruim, waardoor de meest ruime definitie van openbaarmaking in de zin van artikel 21 Auteurswet eronder geschaard moet worden.<sup>22</sup> Onder verwerking valt namelijk onder meer het verzamelen, opslaan, wijzigen, gebruiken en verspreiden van gegevens. Deze ruime definitie van 'verwerking' zorgt er bovendien voor dat de AVG op zowel het verspreiden als genereren van audio-deepfakes van toepassing is.<sup>23</sup> Ook een stemfragment kwalificeert als een persoonsgegeven.<sup>24</sup>

## De AVG biedt wat aanspraak betreft een soortgelijk regime als het portretrecht, alleen is de mogelijkheid om op de AVG aanspraak te maken voor audio-deepfakes en opnames van het stemgeluid al een duidelijk(er) gegeven, in tegenstelling tot een dergelijke mogelijkheid op basis van huidig Nederlands portretrecht

Voor portretten die niet in opdracht van de geportretteerde zijn gemaakt, geldt op basis van artikel 21 Auteurswet het criterium van een redelijk belang van de geportretteerde dat zich tegen de openbaarmaking verzet. Dit criterium zal volgens Spoor, Verkade & Visser (hierna: Spoor e.a.) kort gezegd niet verschillen in de toepassing van de soortgelijke criteria uit de AVG. Naast toestemming door de geportretteerde is op basis van artikel 6 lid 1 sub f AVG ook een gerechtvaardigd belang een grond die verwerking rechtmatig kan maken. De AVG biedt dus wat aanspraak betreft een soortgelijk regime als het portretrecht, alleen is de mogelijkheid om op de AVG aanspraak te maken voor audio-deepfakes en opnames van het stemgeluid al een duidelijk(er) gegeven, in tegenstelling tot een dergelijke mogelijkheid op basis van huidig Nederlands portretrecht. Wel dient opgemerkt te worden dat voor onze context van creatieve en entertainmentdoeleinden, in de AVG een uitzondering kan gelden voor de bepalingen over persoonsgegevens 'voor uitsluitend journalistieke doeleinden en ten behoeve van academische, artistieke of literaire uitdrukkingvormen'.<sup>25</sup> Een ander, duidelijker nadeel is dat de AVG niet van toepassing is op overleden personen.<sup>26</sup> Het portretrecht komt daarentegen na de dood van de geportretteerde zonder tijdslimiet toe aan de nabestaanden. Nabestaanden moeten dan wel kunnen aantonen dat zij een redelijk belang hebben bij het voorkomen van publicatie. Het portretrecht zou in zo'n geval erfgenamen een grond kunnen bieden om het stemgeluid van een artiest ook na het overlijden van die artiest te beschermen. In de volgende paragraaf zal ik beoordelen of het portretrecht een mogelijkheid kan bieden tot bescherming van het menselijk stemgeluid.

- 16 WIPO-verdrag, Stockholm 14 juli 1967, *Trb.* 1969, 145; Nederlandse vertaling *Trb.* 1970, 188; goedgekeurd bij Rijkswet van 26 juni 1974, *Stb.* 1974, 398; P.B. Hugenholtz, 'Het Zwarte Schaep. Commercieel Portretrecht in de Periferie van het Recht van de Intellectuele Eigendom', in: *Commercieel portretrecht: 30 jaar 't Schaep met de 5 pooten*, Amstelveen: deLex 2009.
- 17 J. Vreeling, 'De AVG in het kader van de openbaarmaking van portretten', *IER* 2021/29.
- 18 Vreeling 2021.
- 19 M.J. Bonthuis, *50 misverstanden over de AVG*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/15.2.
- 20 Wilbrink & Poulus 2019; Vreeling 2021.
- 21 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016, overwegingen 1, 2 & 3.
- 22 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht* (Recht en Praktijk IE2), Deventer: Wolters Kluwer 2019.
- 23 Trouborst, Vrendenburg & Visser 2022.
- 24 Rb. Midden-Nederland 9 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:24, *AMI* 2020/7, m.nt. A.M. van Aerde (*Stemfragment*), r.o. 4.2; Trouborst, Vrendenburg & Visser 2022.
- 25 Art. 43 lid 1 UAVG.
- 26 Overweging 27 AVG.

### 3 Mogelijkheid tot kwalificatie via portretrecht

De Auteurswet geeft geen definitie van het begrip ‘portret’. Hiervoor is men derhalve aangewezen op jurisprudentie en wetgeschiedenis. Bij het aannemen van de Auteurswet in 1912 is in de memorie van toelichting de volgende definitie gegeven: ‘een afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze zij ook vervaardigd is’. De techniek is niet relevant voor het aanmerken als afbeelding, zowel digitaal als analoog is mogelijk.<sup>27</sup> In ieder geval tot 1970 werd aangenomen dat een gelijkenis tussen het afgebeelde en de gelaatstreken van de persoon vereist was.<sup>28</sup> In het *Naturiste*-arrest uit 1987 houdt de Hoge Raad wel vast aan ‘afbeelding van het gelaat’, maar oordeelt dat de mogelijkheid tot herkenning van het gelaat van de afgebeelde persoon voldoende is. De ‘oogpartij’ van de persoon hoeft daarnaast niet in de afbeelding te zijn weergegeven.<sup>29</sup> Een stap verder gaat de Hoge Raad in 2003, wanneer hij oordeelt dat ook van een portret sprake kan zijn wanneer er geen overeenstemming is tussen de afbeelding en gelaatstreken van de persoon, maar andere identificerende factoren wel aanwezig zijn in de afbeelding.<sup>30</sup> Het geschil dat centraal staat in die zaak, betreft een tv-opname waarin het gelaat van een persoon is afgeblokt. Volgens de Hoge Raad neemt het geheel of gedeeltelijk onherkenbaar maken van het gelaat van een afgebeelde persoon niet de mogelijkheid weg dat toch sprake is van een portret, omdat ook uit ‘hetgeen de afbeelding overigens toont’ de identiteit van die persoon afgeleid kan worden.<sup>31</sup> De Hoge Raad gaat niet direct in op de precieze relevantie van de stem, maar beperkt zich door te oordelen dat bij een videofragment naast de beeldopnamen ook de geluidsopnamen onder het verbod van openbaarmaking op basis van artikel 21 Auteurswet vallen.<sup>32</sup> De A-G en één van de annotatoren bij dit arrest gaan, hoewel summier, wel nader in op de stem. Over de opnamen zegt A-G Keus dat geen onderscheid gemaakt hoeft te worden tussen de beeld- en geluidscomponenten, al neemt hij – zonder verdere onderbouwing – aan dat een (geluids)opname van de stem op zichzelf buiten het bereik van artikel 21 Auteurswet valt.<sup>33</sup> Annotator Dommering leidt uit overweging 4.6.2 van de Hoge Raad af dat de menselijke stem moet worden meegenomen in de afbeelding, omdat beeld en geluid in het geval van een videofragment bij elkaar horen.<sup>34</sup>

#### 3.1 Recente arresten

Het meest recente arrest van de Hoge Raad omtrent de betekenis van ‘portret’ in de zin van artikel 21 Auteurswet, is het arrest *Verstappen / Picnic* uit 2022. Hierin definieert de Hoge Raad het begrip ‘portret’ als volgt: ‘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>35</sup> In deze zaak gaat het om de afbeelding van een lookalike. Daarover oordeelt de Hoge Raad dat de afbeelding van een lookalike onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een portret van de persoon op wie hij lijkt. Het is daarvoor allereerst vereist dat deze persoon in de afbeelding van de lookalike herkend kan worden. Daarnaast is vereist dat de mogelijkheid tot herkenning wordt vergroot door aanvullende omstandigheden. De Hoge Raad geeft hiervoor als voorbeelden de manier waarop een lookalike wordt gepresenteerd met grime of kleding of de context waarin de afbeelding openbaar wordt gemaakt. Zo wordt verhinderd dat een afbeelding van een persoon die toevallig op een andere persoon lijkt, direct aangemerkt wordt als het portret van die andere persoon. Ook belangrijk is de vermelding van de Hoge Raad dat de omstandigheid dat voor een aanschouwer duidelijk is dat de lookalike niet werkelijk degene is op wie hij lijkt, er niet aan in de weg staat dat sprake zou kunnen zijn van een portret.<sup>36</sup> Met betrekking tot het door de Hoge Raad gegeven vereiste van de vergrote mogelijkheid tot herkenning door aanvullende omstandigheden, is het heel goed denkbaar dat ook het stemgeluid zo’n aanvullende omstandigheid kan zijn. Het stemgeluid is immers een voornaam kenmerk van een persoon op basis waarvan hij of zij herkend kan worden, zeker in combinatie met een (soortgelijk) uiterlijk voorkomen. De audio-deepfake in een videofragment zou daarom kunnen bijdragen aan de waarschijnlijkheid van kwalificatie tot ‘portret’, in ieder geval in de toepassing bij een lookalike.

**Met betrekking tot het door de Hoge Raad gegeven vereiste van de vergrote mogelijkheid tot herkenning door aanvullende omstandigheden, is het heel goed denkbaar dat ook het stemgeluid zo’n aanvullende omstandigheid kan zijn**

27 HR 2 mei 2003, ECLI: NL:HR:2003:AF3416, *NJ* 2004/80, m.nt. E.J. Dommering (*Niessen & IPA / Storms Factory; Breekijzer*), r.o. 4.6.2.

28 HR 16 januari 1970, ECLI: NL:HR:1970:AC4984 (*Ja zuster, nee zuster*); Spoor, Verkade & Visser 2019.

29 HR 30 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034 (*Naturiste*); Spoor, Verkade & Visser 2019.

30 HR 2 mei 2003, ECLI: NL:HR:2003:AF3416, *NJ* 2004/80, m.nt. E.J. Dommering (*Niessen & IPA / Storms Factory; Breekijzer*), r.o. 4.6.3; Spoor, Verkade & Visser 2019.

31 HR 2 mei 2003, ECLI: NL:HR:2003:AF3416, *NJ* 2004/80, m.nt. E.J. Dommering (*Niessen & IPA / Storms Factory; Breekijzer*), r.o. 4.6.3.

32 HR 2 mei 2003, ECLI: NL:HR:2003:AF3416, *NJ* 2004/80, m.nt. E.J. Dommering (*Niessen & IPA / Storms Factory; Breekijzer*), r.o. 4.6.2.

33 Conclusie A-G L.A.D. Keus, 24 januari 2003, ECLI: NL:PHR:2003:AF3416, bij HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3416 (*Niessen & IPA / Storms Factory; Breekijzer*).

34 HR 2 mei 2003, ECLI: NL:HR:2003:AF3416, *NJ* 2004/80, m.nt. E.J. Dommering (*Niessen & IPA / Storms Factory; Breekijzer*).

35 HR 22 april 2022, ECLI: NL:HR:2022:621 (*Verstappen / Picnic*), r.o. 3.2.1.

36 HR 22 april 2022, ECLI: NL:HR:2022:621 (*Verstappen / Picnic*), r.o. 3.2.2.

In een aantal uitspraken door Nederlandse rechtbanken gaat het wel expliciet om de vraag of de stem kan kwalificeren als portret in de zin van artikel 21 Auteurswet. Zo gaat het in een uitspraak van de rechtbank Amsterdam in 2012 om de vraag of het gebruik van de stem van een persoon – genaamd Beck – voor TomTom-navigatie, inbreuk maakt op zijn portretrecht. De rechtbank oordeelt hier dat de enkele omstandigheid dat de stem van Beck informatie geeft waardoor de identiteit van hem eventueel vastgesteld kan worden, niet voldoende is om te oordelen dat een stemopname kwalificeert als portret in de zin van artikel 21 Auteurswet.<sup>37</sup> In een oordeel van de rechtbank Midden-Nederland uit 2020 wordt ‘portret’ op de volgende wijze toegepast.<sup>38</sup> De rechtbank oordeelt in die zaak dat de stem geen afbeelding is van het gelaat van een persoon, waardoor een stem(opname) niet valt binnen het bereik van het portretrecht als bedoeld in artikel 21 Auteurswet.<sup>39</sup> Duidelijk is dat de rechtbank hier een nauwere definitie van ‘portret’ hanteert dan de Hoge Raad twee jaar later doet in het arrest uit 2022 over de lookalike. Het gedeelte over het ‘gelaat’ laat de Hoge Raad weg en hij verruimt de definitie zo, dat een afbeelding van een persoon die in deze afbeelding kan worden herkend, voldoende wordt geacht voor de kwalificatie tot portret.

### 3.2 Onbepaaldheid huidige jurisprudentie

In het *Verstappen / Picnic*-arrest uit 2022 van de Hoge Raad gaat het in het geschil niet om het stemgeluid van een persoon, waardoor de Hoge Raad hierover ook niet komt te spreken. In oudere arresten is dat ook niet het geval. Het blijft daarom de vraag hoe de Hoge Raad zich zou uitlaten over de verhouding tussen het stemgeluid en het portretrecht. Spoor e.a. laten er geen twijfel over bestaan dat het cruciaal is dat wel sprake is van een afbeelding. Een onderbouwing op basis van wet of jurisprudentie geven zij hiervoor overigens niet. Wel wordt ook in de meest recente jurisprudentie van de Hoge Raad het woord ‘afbeelding’ wederom gebruikt in de definitie van ‘portret’, wat de overtuiging van Spoor e.a. zeer mogelijk sterkt. Verder is naar de mening van Spoor e.a. vereist dat in ieder geval een deel van het gelaat wordt afgebeeld, ook wanneer het gelaat op zichzelf niet tot herkenning leidt en herkenning slechts wordt veroorzaakt door andere omstandigheden. Een portret op basis van pure ‘associatie’ achten zij tot op heden onvoldoende.<sup>40</sup> Gezien het ontbreken van het woord ‘gelaat’ in de definitie en uitwerking van portret gegeven door de Hoge Raad

in 2022, lijkt het mij aannemelijk dat het, in tegenstelling tot de overtuiging van Spoor e.a., niet vereist is dat in ieder geval een deel van het gelaat wordt afgebeeld.<sup>41</sup> Of ‘loutere associatie’ wel voldoende is, valt op basis van de huidige jurisprudentie niet eenduidig te zeggen, al is in het geval van een lookalike wellicht slechts sprake van associatie.

## Met de huidige stand van de deepfake-technologie kan een opname van een stem van een paar seconden al voldoende zijn voor het maken van een realistische *voice clone*. De weg ligt zo open voor een ongebreidelde exploiterende ‘verzilverde populariteit’ van gevestigde artiesten

### 4 Noodzakelijkheid kwalificatie en rechtsbescherming via portretrecht

Het gaat in het portretrecht veelal om de spanning tussen enerzijds de privacy van de geportretteerde en anderzijds de informatievrijheid of gerechtvaardigde belangen van anderen. Voor bekende publieke figuren, waaronder populaire (muziek)artiesten gaat het doorgaans vooral om ‘prestatiebescherming’,<sup>42</sup> dit met het doel om bescherming te bieden tegen het exploiteren zonder financiële tegenprestatie van de populariteit die iemand geniet, ook wel ‘verzilverde populariteit’ genoemd.<sup>43</sup> Ik ben het met Trouborst, Vrendenburg & Visser eens dat het wenselijk is om naast het portret van een persoon ook de stem te beschermen tegen ongewenst gebruik door deepfake-technologie. Met de huidige stand van de deepfake-technologie kan een opname van een stem van een paar seconden al voldoende zijn voor het maken van een realistische *voice clone*.<sup>44</sup> De weg ligt zo open voor een ongebreidelde exploiterende ‘verzilverde populariteit’ van gevestigde artiesten. Bovendien kan met een dergelijke *voice clone* in het algemeen gemakkelijk de eer of goede naam aangetast worden van de persoon aan wie die stem toebehoort, evenals meer specifiek in onze context daarbovenop de artistieke identiteit en/of integriteit bij het publiek (negatief) worden beïnvloed.

Welbeschouwd is het de vraag of het noodzakelijk is om deze bescherming van de stem onder te brengen bij het bestaande

37 Rb. Amsterdam 18 januari 2012, HA ZA 11-1621 (*Beck / TomTom*), r.o. 4.4.

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

39 Rb. Midden-Nederland 9 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:24, *AMI* 2020/7, m.nt. A.M. van Aerde (*Stemfragment*), r.o. 4.1.

40 Spoor, Verkade & Visser 2019.

41 HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:621 (*Verstappen / Picnic*), r.o. 3.2.1.

42 Vreeling 2021; Hoge Raad 14 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2788, *NJ* 2015/112, m.nt. P.B. Hugenholtz.

43 Vreeling 2021; G. Kor & W. Koster, *Media- en entertainmentrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; zie voor een voorbeeld Rb. Amsterdam 23 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP8933.

44 Trouborst, Vrendenburg & Visser 2022.

portretrecht in de zin van artikel 21 Auteurswet. Gaan we uit van een interpretatie van de jurisprudentie waarbij de definitie van ‘portret’ het meest ruim wordt begrepen, dan kan bepleit worden dat het stemgeluid, alhoewel geen afbeelding, wel een waarneembaar kenmerk van een persoon is op basis waarvan die persoon goed herkend kan worden. Sinds de inwerkingtreding van de Auteurswet in 1912 is het begrip ‘portret’ onderhevig geweest aan ampele verruiming, voor een aanzienlijk gedeelte ook als gevolg van technologische ontwikkelingen. De ratio achter de bescherming van het portret van een persoon, stemt grotendeels overeen met de redenen om het stemgeluid van een persoon te beschermen. Voor beide persoonskenmerken geldt dat de privacy van een persoon in het geding kan komen wanneer anderen deze kenmerken vrijelijk openbaar kunnen maken. Ter illustratie: zowel bij het inzetten van het portret van een persoon op ongewenste wijze of in een ongewenste context, als bij het verspreiden van geluidsfragmenten waarin de persoon ongewenste uitspraken doet – of simpelweg uitspraken die deze persoon niet zelf gedaan heeft – zal de integriteit van de gegevens en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer geschonden worden. Ook geldt voor beide kenmerken dat deze ‘verzilverde populariteit’ mogelijk maken. Daarom is het niet geheel overbodig om het stemgeluid onder te brengen bij het portretrecht. Wat hier met name aan in de weg lijkt te staan, is de op (wets)historische gronden dogmatische opvatting dat het bij een portretrecht in de zin van artikel 21 Auteurswet om een afbeelding moet gaan. Dat met het woord ‘portret’ een afbeelding wordt verondersteld, is begrijpelijk. Daarom zou een aanpassing van de benaming in dit artikel van ‘portret’ naar ‘waarneembaar persoonskenmerk’ beter de lading dekken, wanneer ook het stemgeluid eronder komt te vallen. Een andere optie is om naast het portretrecht in de Auteurswet via een aanvullende bepaling een, soortgelijk aan het portretrecht, recht op de stem op te nemen (om evident verwaringsgevaar te voorkomen zal men de term ‘stemrecht’ hiervoor moeten mijden). Zo kan de verdere ontwikkeling en invulling van beide leerstukken – voor zover nodig – afzonderlijk plaatsvinden. Bovendien wordt dan bewerkstelligd dat een persoon op beide rechten afzonderlijk een beroep kan doen. Meer grondslagen kunnen de kans op rechtsbescherming verhogen. In ieder geval lijkt het mij opportuun om de

stem, gedeepfaket of niet, mee te nemen in de toets van mogelijkheid tot herkenning binnen het portretrecht.

*4.1 Mogelijkheden buiten het portretrecht*  
Zoals besproken in paragraaf 2.2, heeft de AVG wat aanspraak betreft een soortgelijk regime als het portretrecht.<sup>45</sup> Door het (veel) ruimere toepassingsgebied van de AVG ten opzichte van het portretrecht wat betreft het object van bescherming, is op andere persoonskenmerken dan het portret – waaronder het stemgeluid – de AVG ook van toepassing. Hierom is het mogelijk niet nodig het portretrecht verder te verruimen zodat de stem er ook onder valt. Het voert te ver om hier de extensieve werking van de AVG uitvoerig te bespreken. Zoals reeds opgemerkt in paragraaf 2.1, geldt echter wel dat op verwerking van onder andere uitsluitend artistieke uitdrukkingvormen nagenoeg alle bepalingen van de AVG niet van toepassing zijn. Binnen de context van creatieve en entertainmentdoel-einden van deepfakes biedt de AVG potentieel niet voldoende soelaas.<sup>46</sup> Een ander, duidelijker nadeel is dat de AVG niet van toepassing is op overleden personen.<sup>47</sup> Het portretrecht komt daarentegen na de dood van de geportretteerde zonder tijdslimiet toe aan de nabestaanden, wanneer zij aantonen dat zij een redelijk belang hebben bij het voorkomen van publicatie. Zo zou het portretrecht de mogelijkheid kunnen bieden voor erfgenamen het stemgeluid van een artiest na de dood van die artiest te blijven beschermen.

**Binnen de context van creatieve en entertainmentdoel-einden van deepfakes biedt de AVG potentieel niet voldoende soelaas. Een ander, duidelijker nadeel is dat de AVG niet van toepassing is op overleden personen**

Trouborst, Vrendenburg & Visser voeren aan dat de invoering van ‘een zelfstandig vermogensrecht op de commerciële aspecten van persoonskenmerken in het algemeen’ bescherming van persoonskenmerken zou bevorderen. Dit sluit aan bij wat al sinds de jaren 90 door sommige rechtsgeleerden in de Nederlandse rechtsliteratuur wordt voorgesteld.<sup>48</sup> Via een dergelijk recht wordt de financiële beheersbaarheid van de stem gefaciliteerd.

45 Spoor, Verkade & Visser 2019.

46 Art. 43 lid 1 UAVG.

47 Overweging 27 AVG.

48 J.C.S. Pinckaers, *From Privacy toward a new Intellectual Property Right in Persona* (Diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Kluwer 1996; J.C.S. Pinckaers, ‘Het object van bescherming: van portret naar persona’, in: *Commercieel portretrecht*, Amsterdam: deLex 2009, p. 31-40; E.J. Dommering, ‘Van “Ja zuster, nee zuster” naar “Discodans”’: de lange weg naar commerciële informatieprivacy’, in: *Commercieel portretrecht*, Amsterdam: deLex 2009, p. 259-271; P.B. Hugenholtz, ‘Copyright in Europe: Twenty Years Ago, Today and What the Future Holds’, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* (23) 2013, afl. 2, p. 503; Trouborst, Vrendenburg & Visser 2022.

Een persoon kan dan een kloon van zijn stem licentiëren, opdat deze door anderen gebruikt kan worden voor bijvoorbeeld het ‘inzingen’ van nummers, of het ‘inspreken’ van reclames en luisterboeken.<sup>49</sup> Het voert tevens te ver dit vermogensrechtelijke IE-recht op de persoon hier nader uit te werken, maar het is wellicht een wenselijke oplossing voor het beschermen van de stem tegen audio-deepfakes.

## Bescherming van het stemgeluid via het portretrecht in de zin van artikel 21 Auteurswet lijkt naar huidige invulling van het begrip ‘portret’ in de jurisprudentie van de Hoge Raad uitgesloten

### 5 Conclusie

In deze bijdrage stond de vraag centraal of het stemgeluid van een artiest beschermd kan worden tegen audio-deepfakes naar huidig Nederlands portretrecht.

Bescherming van het stemgeluid via het portretrecht in de zin van artikel 21 Auteurswet lijkt naar huidige invulling van het begrip ‘portret’ in de jurisprudentie van de Hoge Raad uitgesloten. De definitie van ‘portret’ is sinds het uitvaardigen van de Auteurswet in 1912 echter in toenemende mate verruimd.<sup>50</sup> Herkenning van een persoon is meer centraal komen te staan in plaats van louter de afbeelding van het gelaat van een persoon. In het meest recent verschenen arrest van de Hoge Raad uit 2022 over het portretrecht laat de Hoge Raad ‘gelaat’ dan ook buiten de definitie.<sup>51</sup> Het woord ‘afbeelding’ staat er evengoed wel in. In jurisprudentie en literatuur lijkt dan ook consensus te bestaan over het vaste

vereiste van een ‘afbeelding’ in het portretrecht.<sup>52</sup> De hoofdzakelijk visuele aard van het portretrecht zou er dan aan in de weg staan dat het auditieve stemgeluid onder de kwalificatie valt en beschermd wordt. Hier moet overigens wel in acht worden genomen dat het in zowel die jurisprudentie als die literatuur niet in directe zin gaat over stemgeluid van een persoon. Wellicht geeft een toekomstige zaak waarin audio-deepfakes centraal staan de Hoge Raad reden tot verdere verruiming over te gaan. Voorts verdient het opmerking dat (gedeept) stemgeluid waarschijnlijk bij zal dragen in de toets van herkenning, omdat het een voor de hand liggende omstandigheid is die de mogelijkheid tot herkenning vergroot.

De bescherming die bij verruiming van het portretrecht geboden kan worden voor het stemgeluid van de artiest, is in ieder geval voor het stemgeluid van overleden personen relevant. De AVG kan – zoals we hebben gezien – mogelijk de leemtes van het huidige portretrecht vullen als het gaat om bescherming van het stemgeluid van artiesten in de context van audio-deepfakes. De ruime definitie van ‘persoonsgegevens’ van die wet, omvat namelijk ook het stemgeluid van personen. De AVG is echter niet van toepassing op overleden personen.<sup>53</sup> Het portretrecht komt daarentegen na de dood van de geportretteerde toe aan de nabestaanden, zonder tijdslijm. Hoe het stemgeluid van een (levende) artiest zich verhoudt tot de uitzonderingen voor artistieke uitdrukkingen die gelden op basis van de AVG, dient toekomstig onderzoek of toekomstige jurisprudentie uit te wijzen. Hetzelfde geldt voor het heil dat mogelijk gevonden kan worden in het ontwikkelen van een vermogensrechtelijk IE-recht op de persoon, ook zeker voor gevallen van audio-deepfakes.<sup>54</sup>

49 Trouborst, Vrendenburg & Visser 2022.

50 HR 2 mei 2003, ECLI: NL:HR:2003:AF3416, NJ 2004/80, m.nt. E.J. Dommering (*Niessen & IPA/Storms Factory; Breekijzer*), r.o. 4.6.3; Spoor, Verkade & Visser 2019.

51 HR 22 april 2022, ECLI: NL:HR:2022:621 (*Verstappen/Picnic*), r.o. 3.2.1.

52 Wilbrink & Poulus 2019; Spoor, Verkade & Visser 2019; R. de Vrey, ‘Een race door het portretrecht. Beschouwingen n.a.v. de Verstappen/Picnic-zaak’, *IER* 2020/46; Vreeling 2021.

53 Overweging 27 AVG.

54 Trouborst, Vrendenburg & Visser 2022.