

Het portretrecht van de kat van Mary

F. Merab-Samii en M. van der Linden-Smith*

Google streetview is een mooie toevoeging op Google maps, maar roept wel juridische vragen op over de rechten van individuen die herkenbaar worden afgebeeld . In dit artikel wordt de vraag behandeld of iemand die zichzelf herkent op een foto op Google streetview, daar iets aan kan doen met een beroep op het portretrecht.

1. Inleiding

Mary Kalin-Casey, een vrouw in Oakland, Californië, haalde het nieuws met het bericht dat ze op Google Streetview haar kat Monty achter het raam had zien zitten van haar huiskamer op de eerste verdieping. “Mijn punt is”, zo zei ze, “waar de grens ligt tussen foto’s maken in het openbaar, en inzoomen op het dagelijks leven van mensen.”¹

Google Streetview is een dienst van Google die de gebruiker van Google Maps in staat stelt om op straatniveau panoramafoto's te bekijken van een bepaalde locatie op de landkaart. De foto's zijn genomen vanaf de openbare weg en geven daardoor een indruk hoe een bepaalde plek op aarde er daadwerkelijk uitziet. Met Streetview is het mogelijk om in te zoomen op bepaalde delen van de foto en om deze 360 graden rond en 290 graden op en neer te bewegen. Pijlen op de kaart geven aan in welke richting men kan lopen waarmee het mogelijk wordt om een virtuele wandeling te maken in een bepaald gebied. Google Streetview maakt gebruik van grote hoeveelheden afbeeldingen die worden gemaakt door op een speciale auto gemonteerde camera's. Deze auto's dragen het logo van Google en hun route wordt vooraf aangekondigd. De afbeeldingen worden vervolgens door een computer geanalyseerd en aan elkaar geplakt om zodoende een panoramisch beeld te creëren.

Het standpunt van Google was destijds dat er geen sprake kon zijn privacyschending, omdat de foto's vanaf de straat waren genomen. Volgens Google zou het in de werkelijkheid niet anders geweest zijn wanneer een voorbijganger naar het appartement van Mary zou kijken. Dit argument lijkt weinig steekhoudend: een foto kan, anders dan een oogopslag, vermenigvuldigd en bewaard worden. Daarnaast is een foto op Streetview toegankelijk voor ieder met toegang tot internet. Een willekeurige foto op een virtueel fotoalbum zal dan ook niet dezelfde mate van blootstelling hebben.

Naast het geval van Mary zijn tal van andere voorbeelden waarbij gefotografeerde personen in Google Streetview zich aangetast voelen in hun recht op privacy. Men kan denken aan gevallen waarin personen in een bepaalde omgeving worden gefotografeerd waar zij liever niet gezien willen worden, zoals een man die een stripclub verlaat. Een ander veel voorkomend voorbeeld is die van (half-) naakt zonnende vrouwen op het strand

* Farid Merab-Samii studeert Nederlands Recht in Utrecht, Tina van der Linden is docent IT en Recht aan de Universiteit Utrecht en redacteur van dit blad.

¹ Miguel Helft, Google Zooms In Too Close for Some, New York Times 1 juni 2007, online te vinden op <http://www.nytimes.com/2007/06/01/technology/01private.html?ex=1338350400&en=06dd9c79a3c9bd22&ei=5088&partner=rssnyt&emc=rss>.

of in een park. En recent nog ophef over een foto van een blote kleuter aanleiding voor kamervragen.² Daarnaast doen zich gevallen zich voor waarin personen gefotografeerd worden tijdens het begaan van (ogenschijnlijk) strafbare feiten, zoals een jongeman die al klimmend op het hek een woning lijkt te willen inbreken.³

Google heeft een aantal waarborgen geïmplementeerd om de privacy van gefotografeerde personen in Google Streetview te beschermen. Allereerst worden foto's uitsluitend vanaf de openbare weg genomen en zijn zij niet 'realtime' (dat wil zeggen dat de dienst alleen beelden bevat van straten zoals zij waren op het moment dat de camera auto's er doorheen reden, ook zijn de foto's als gevolg van het verwerkingsproces vaak maanden oud). Sinds kort worden gezichten en kentekens onherkenbaar gemaakt door middel van een door Google ontwikkelde computer algoritme. Tot slot stelt Google haar gebruikers toe om foto's eventueel te laten verwijderen wanneer deze beelden bevatten met ongepaste inhoud, of wanneer de gebruiker, of diens familie of vrienden, te zien zijn en zij dit onwenselijk achten. Via een aanvraagformulier kunnen gebruikers Google verzoeken om afbeeldingen te verwijderen. De mogelijkheid om te rapporteren is echter niet als zodanig aangegeven, men kan slechts bezwaar maken door te klikken op "Street View Help". Let wel, volgens Google is dit geen recht, maar een service van Google. Deze waarborgen zijn geïmplementeerd naar aanleiding van een waarschuwing van de EU toezichthouder van gegevensbescherming Peter Hustinx, die Google erop wees dat "het succes of falen van Google afhangt van het respecteren van de Europese privacywetgeving".⁴

Er zijn sites die internetgebruikers aanmoedigen om "*grappige, opvallende en rare*" foto's via Google Streetview op te zoeken en deze op de site te verzamelen, zoals www.streetviewnederland.nl.⁵ Men kan daarbij denken aan foto's van vallende mensen, auto-ongelukken maar vaak ook naakte of schaarsgeklede personen die toevallig op een ongelukkige manier zijn vastgelegd. Streetviewnederland is een goed voorbeeld van een derde partij die met een eigen oogmerk gebruik maakt van de op Google Streetview geplaatste foto's. Door plaatsing op Streetviewnederland worden de foto's door veel meer mensen gezien dan anders het geval zou zijn, en ze worden in een bepaalde context geplaatst.

Als de plaatjes van Google Streetview door een juridische bril bekeken worden, dan zijn er drie wegen zichtbaar die bewandeld zouden kunnen worden om iets te doen tegen plaatjes waar men bezwaar tegen kan hebben: het portretrecht, de Wet bescherming persoonsgegevens⁶ en de breed toegankelijke weg van de onrechtmatige daad.⁷ Dit artikel

² Ophef om naakte kleuter in Street View, De Telegraaf 15 maart 2010; Kamervragen van het lid Thieme (PvdD) aan de minister van Justitie over Google street view, ingezonden 18 maart 2010 (**2010Z04911**).

³ Zie <http://mashable.com/2007/05/31/top-15-google-street-view-sightings/>

⁴ Zie Paul Meller, EU Raises Privacy Issues for Google Streetview, 15 mei 2008, online beschikbaar op http://www.pcworld.com/businesscenter/article/145927/eu_raises_privacy_issue_for_google_street_view.html.

⁵ Er zijn ook andere, bijvoorbeeld <http://streetviewgallery.corank.com/>.

⁶ De toepassing van de regels van de Wbp op het internet wordt uiteengezet in de Richtsnoeren Publicatie Persoonsgegevens op Internet van het College bescherming persoonsgegevens van december 2007, online

beperkt zich tot de eerste van deze drie wegen. De vraag die in dit artikel centraal staat is de volgende: In hoeverre hebben geportretteerde personen op Google Streetview een redelijk belang in de zin van het portretrecht om zich met succes tegen openbaarmaking van hun portret door Google Streetview te verzetten?

De opbouw van dit artikel is als volgt. In paragraaf 2 wordt kort de achtergrond van het portretrecht toegelicht en wordt aangegeven wanneer er sprake is van een portret. De invulling van het “redelijk belang”-criterium komt in paragraaf 3 aan de orde. En in de conclusie wordt, aan de hand van hetgeen besproken is, een antwoord gegeven op bovengenoemde onderzoeksvraag.

2. Portretrecht

Achtergrond van het recht

Het portretrecht is geregeld in artt. 19 - 21 van de Aw die deel uit maken van hoofdstuk 6 van de Aw: ‘De beperkingen van het auteursrecht’. Enerzijds worden de bevoegdheden van de portretmaker beperkt en anderzijds worden er rechten toegekend aan geportretteerde personen die jegens de maker van het portret, maar ook tegen derden die het portret openbaar maken of vermenigvuldigen, kunnen worden ingeroepen. Daarbij heeft de wetgever een belangrijk onderscheid gemaakt tussen portretten die in opdracht van de geportretteerde worden vervaardigd (artt. 19 – 21) en niet in opdracht gemaakte portretten (art. 21).

De maker van een niet in opdracht gemaakt portret heeft geen toestemming nodig om het portret te openbaren of verveelvoudigen. Wel kan de geportretteerde rechtens bezwaar maken voor zover een redelijk belang van zijn kant zich tegen publicatie verzet (art. 21 Aw).

Bij de totstandkoming van de Auteurswet in 1912 wilde de wetgever aanvankelijk alleen rechten toekennen met betrekking tot portretten waartoe opdracht werd gegeven. Maar op aandrang van de Tweede Kamer werd de huidige bepaling van art. 21 opgenomen, omdat zoals Kamerlid Drucker toen stelde: “ook bij portretten die niet in opdracht zijn gemaakt, kan openbaarmaking in hoge mate onbehoorlijk zijn”.⁸ De wetgever heeft toen met een vooruitziende blik op de opkomst van persfotografie ervoor gekozen om in plaats van een toestemmingclausule, een open norm te hanteren, waarbij alles afhangt van de omstandigheden van het geval. Zo werd het redelijk belang criterium in het leven geroepen. Dit was een buitengewoon doordachte beslissing van de wetgever die kennelijk beseftte dat voor de niet in opdracht gemaakte portretten aan de geportretteerde geen “vetorecht” moest worden gegeven. Dat zou het werk van de pers toen, en de verspreiding van foto’s op het internet nu, onmogelijk maken. Dagelijks worden talloze

te vinden op:

www.cbpweb.nl/downloads_rs/rs_20071211_persoonsgegevens_op_internet_definitief.pdf.

⁷ Zie over de verhouding tussen deze drie wegen: de reactie van E.J. Dommering op de noot van J.C.S. Pinckaers bij het arrest in AMI 2009-4 pp. 142-143 en AMI 2009-2, pp. 66-68. Terzijde: het mediaprivilege van art. 3 Wbp, dat wellicht voor Google streetview ook zou gelden, behelst geen afwijking van de limitatieve opsomming van verwerkingsgronden van art. 8 Wbp.

⁸ Handelingen II, 1911 - 1912, nr. 8 (Amendement Drucker), p. 2 (toelichting).

portretten gemaakt die in kranten, op tv en op het internet worden geopenbaard, om daarvoor telkens toestemming te moeten vragen is onbegonnen werk. Het is evident dat de portretten in Google Streetview onder de categorie van niet in opdracht vervaardigde portretten moeten worden geplaatst.

Het portretbegrip

Blijkens de MvT van 1912 wordt onder een portret verstaan “een afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen op welke wijze zij ook vervaardigd is.”⁹

Het begrip portret heeft door de jaren heen steeds een ruimere reikwijdte gekregen. In het ja zuster/nee zuster arrest van 16 januari 1970¹⁰ besliste de Hoge Raad dat, indien het gelaat dat op een voorwerp is afgebeeld, geen overeenstemming vertoont met de gelaatstreken van een persoon, niet van diens portret gesproken kan worden. In die zaak ging het om figuurtjes uit de toen populaire tv-serie Ja zuster/nee zuster, die bij een wasmiddel cadeau werden gegeven. De Hoge Raad koos voor de interpretatie van het portretbegrip volgens de MvT en achtte die associatie- / herkenningmogelijkheid niet voldoende. Daarmee zou een vervaagd gezicht niet onder het portretbegrip vallen.

In het *Naturiste*-arrest van 1987¹¹ heeft de Hoge Raad het begrip verruimd door ook herkenning van het gelaat voldoende te achten. Die zaak had betrekking op een vrouw die op een naturisten-camping in Frankrijk was gefotografeerd. Doordat haar lokken deels over haar gezicht vielen, waren haar ogen niet zichtbaar en de vraag was of een dergelijke foto ook onder de werking van het portretrecht viel. In het bijzonder ging het erom of zij een redelijk belang had om zich te verzetten tegen de verdere publicatie van haar foto in een landelijk blad van de ANWB, nu zij enkel voor degenen die haar kenden herkenbaar was. De Hoge Raad beantwoordde die vraag bevestigend: “voor een portret wordt niet nodig geacht dat de beschouwer de afgebeelde kent, noch dat de beschouwer de afgebeelde moet herkennen, noch dat de beschouwer zich van de afbeelding van het gelaat een duidelijke voorstelling moet kunnen maken”.¹²

De Hoge Raad ging later nog verder in het *Breekijzer* arrest van mei 2003¹³ door een onherkenbaar portret ook onder het begrip portret te begrijpen.¹⁴ De overweging van de Hoge Raad kwam erop neer dat bij de enkele aanwezigheid van identificeerbare factoren, anders dan overeenstemmende gelaatstreken, al gesproken kan worden van een portret. Men kan daarbij denken aan een typische lichaamshouding of een befaamd kapsel. Het merendeel van de op Google Streetview gepubliceerde foto's van personen zal dus wel onder het begrip portret vallen, ongeacht of hun gelaat wordt vervaagd.

3. Redelijk belang

⁹ Kamerstukken II 1912, 227, nr. 3. P6. Een foto van een kat is dus geen portret.

¹⁰ HR 16 januari 1970, NJ 1970, 220.

¹¹ HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277.

¹² HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277, r.o. 3.2.

¹³ HR 2 mei 2003 NJ 2004, 80.

¹⁴ E.J. Dommering, ‘Annotatie bij het *Breekijzer*-arrest’, NJ 2004, 80, online beschikbaar (<http://www.ivir.nl/publicaties/dommering/nootNjbreekijzerarrest.html>)

Spoor, Verkade en Visser geven aan dat het portretrecht niet gegrond kan worden op een auteursrechtelijk ‘Recht am eigenen Bild’: de mens heeft immers zichzelf niet gemaakt. Voor de toekenning van zeggenschap aan de geportretteerde over de publicatie van zijn portret is zoals de auteurs het stellen een ander beschermenswaardig belang nodig.¹⁵ Door de jaren heen is in de rechtspraak een aantal inzichten ontwikkeld waarbij een onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds het zuiver commerciële belang en anderzijds de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (het privacybelang). Bij het zuiver commerciële belang gaat het om gevallen waarin een portret wordt gebruikt om bijvoorbeeld een bepaalde activiteit te adverteren¹⁶ of een bepaald product te promoten.¹⁷ Men spreekt dan van een verzilverbaar portretrecht en daarvan is volgens de Hoge Raad sprake indien: “de populariteit van geportretteerde, verworven in de uitoefening van hun beroep, van dien aard is, dat een commerciële exploitatie van die populariteit door enigerlei wijze van openbaarmaking van hun portretten mogelijk wordt”.¹⁸ Hier gaat het verder alleen over het privacy belang, aangezien dit voor ons onderwerp de meest voor de hand liggende rechtsgrond is.

De bescherming van de persoonlijke levenssfeer diende voor het eerst als grondslag voor de bescherming van de geportretteerde in het eerder genoemde *Naturiste* arrest.¹⁹ Een jaar later heeft de Hoge Raad in het *Vondelpark*-arrest²⁰ aan deze rechtsgrond inhoud gegeven. Dit arrest is buitengewoon relevant ons onderwerp. Allereerst omdat de Hoge Raad richtlijnen geeft voor de juridische beoordeling van het redelijk belang criterium. Daarnaast ging het in die zaak om een foto die in het openbaar was gemaakt en die – net als bij Google Streetview – pas veel later gepubliceerd werd.

De Vondelpark-arrest toets

In de zomer van 1982 had een medewerker van het weekblad “Nieuwe Revu” (gedaagde) een foto gemaakt waarop Karin (eiser) in de armen van haar toenmalige verloofde was afgebeeld. Die foto werd een jaar later zonder toestemming van Karin gepubliceerd. Karin maakte eerst bij de kantonrechter,²¹ en later in het door Nieuwe Revu ingestelde hoger beroep bij de rechtbank Amsterdam,²² bezwaar tegen de publicatie van haar portret omdat haar verloving ten tijde van de openbaarmaking was verbroken en zij inmiddels

¹⁵ J.H. Spoor, D. W. F. Verkade, D. J. G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 314.

¹⁶ Rb. Amsterdam 10 juli 1996, Mediaforum 10/1996 (Discodanser): een foto van een danser werd gebruikt voor een advertentie in de Gay krant, zonder de danser in kwestie daartoe op de hoogte te stellen of te compenseren. De danser had een redelijk belang om zich tegen publicatie te verzetten.

¹⁷ Rb. Amsterdam 22 december 1994, AMI 1995 (Silvia Millicam): Het computerbedrijf ESCOM maakte in een folder en op billboards reclame door gebruik te maken van een model dat verdacht veel op Silvia Millicam leek. Ook dat werd aangemerkt als een portret en kon Silvia aanspraak maken op compensatie.

¹⁸ HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383 (‘t Schaep met de Vijf Pooten). Zie verder over het commerciële belang in het portretrecht: Dirk Visser e.a. (red.), *Commercieel portretrecht*, deLex 2009.

¹⁹ HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 (Naturiste).

²⁰ HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000 (Vondelpark).

²¹ Kantonrechter Amsterdam 11 februari 1985, rolno. 3957/84. De kantonrechter wees de vorderingen van Karin toe.

²² Rechtbank Amsterdam 11 juni 1986. De rechtbank vernietigde het vonnis van de kantonrechter en wees de vorderingen alsnog af.

een relatie met een andere man was aangegaan. De kern van haar bezwaar was, aldus de rechtbank: ‘Dat ... mede als gevolg van het feit dat de relatie tussen Karin en haar medegeportretteerde reeds was beëindigd toen de foto gepubliceerd werd ... die publicatie ernstige onlustgevoelens (angst, schaamte en verdriet) heeft gewekt bij haarzelf, zowel direct alsook doordat zij daarop werd aangesproken door personen uit haar naaste omgeving.’²³ De Nieuwe Revue stelde zich op het standpunt dat er geen inbreuk op het privacy recht van Karin was gemaakt omdat het in wezen om een onschuldig foto ging die niet in een onbehoorlijke context was geplaatst, en dat Karin, door zich in het publieke Vondelpark te vertonen met die mate van intimiteit, een dergelijke publicatie over zich had afgeroepen.

De overweging van de rechtbank kwam er in het kort op neer dat geen objectieve grond kon bestaan voor het verdriet van Karin. De rechtbank baseerde dat op de heersende opvatting van leeftijdsgenoten van Karin, dat de vertoning van dergelijke “*onschuldige*” openbare affectie, zeker in het Vondelpark in het eind van de jaren '80, een normale zaak was. De Hoge Raad verwierp echter dit oordeel. Uit het recht op privacy vloeit voort dat er in beginsel sprake is van een redelijk belang van de geportretteerde om zich tegen publicatie te verzetten, indien publicatie van het portret op dit grondrecht inbreuk maakt. Of dat het geval is, hangt volgens de Hoge Raad af van de feitelijk omstandigheden. In het bijzonder: de aard en mate van intimiteit waarmee de geportretteerde is afgebeeld, het karakter van de foto en de context van publicatie. De Hoge Raad laat de inhoudelijke beoordeling vervolgens over aan het Hof.

Dit oordeel van het Hof²⁴ is verhelderend en geeft kleur aan de gestelde richtlijnen. De aard en mate van intimiteit van de foto achtte het Hof onvoldoende om de onrechtmatigheid daarvan aan te nemen. De context van publicatie was echter doorslaggevend: De foto werd afgedrukt in een blad met een oplage van tweehonderdduizend exemplaren, zodat de verspreiding ervan onder een groot publiek de kans op een inbreuk zou doen toenemen. Daarnaast werd het enigszins intieme karakter van de foto versterkt door de begeleidende tekst van het artikel die volop in het teken van liefde en geluk stond. Overigens is intimiteit in dit verband een ruim begrip en omvat niet alleen seksueel getinte portretten. Het kan ook gaan om openbaarmaking van andere intimiteiten, zoals foto's van een stervende,²⁵ foto's van een bij een verkeersongeluk zwaargewonde,²⁶ of foto's van huiselijke sfeer of van verdachten in strafzaken. Tot slot werd het verweer van de Nieuwe Revue met betrekking tot het feit dat de foto in het openbaar was gemaakt verworpen, aangezien “voor een verwijt van eigen schuld” geen plaats is wanneer openbaarmaking van de foto een inbreuk maakt op het grondwettelijk vastgelegde recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Dit standpunt werd later ook door de rechtbank Amsterdam aangenomen in de zogenoemde “Wasteland-party” zaak:²⁷ een vrouw werd tijdens een exhibitionistisch evenement in een ongelukkige houding gefotografeerd en haar foto werd later zonder haar toestemming - wederom in de Nieuw Revue - gepubliceerd. Volgens de rechtbank

²³ Rechtbank Amsterdam 11 juni 1986, zoals geciteerd in het arrest van de Hoge Raad.

²⁴ Hof Amsterdam 27 april 1989, NJ 1990, 370.

²⁵ Pers. Rb. Groningen 31 mei 2000, KG 2000, 133 (Stervende schoonmoeder).

²⁶ Raad van de Journalistiek 25 augustus 1996, Rvdj 1996, 30 (Gerda Havertong).

²⁷ Rb. Amsterdam 18 januari 1996, LJN BA2473.

“kan de persoonlijke levenssfeer zich immers ook uitstrekken tot bepaalde gebeurtenissen die - gedeeltelijk - in het openbaar plaatsvinden”. Dit leidde uiteindelijk tot een succesvol beroep op het portretrecht.

Uit het voornoemde kunnen de volgende conclusies worden getrokken:

- 1) dat het Hof kennelijk gewicht toekent aan de omvang van vermenigvuldiging;
- 2) dat, indien sprake is van een niet in opdracht en zonder toestemming vervaardigd portret met enige intimiteit, er al snel sprake kan zijn van een redelijk privacy belang;
- 3) dat de omstandigheid dat de portretten gemaakt zijn op de openbare weg niet zonder meer reden is om een verzoek tot verzet van publicatie af te wijzen.

Als wij de bovengenoemde conclusies op Google Streetview toepassen heeft in voorkomende gevallen een beroep op portretrecht kans van slagen. Foto's op Google Streetview worden immers wereldwijd gepubliceerd en dagelijks door duizenden bezoekers bekeken. Er staan veel “intieme” foto's op, die nog eens door websites als www.streetviewnederland.nl worden verzameld, hetgeen tot verdere publicatie via Google Streetview aanmoedigt. Ook het feit dat foto's in Google Streetview enkel van de openbare weg worden genomen, staat niet in de weg aan een succesvol beroep op het portretrecht.

Om daarmee al een conclusie te trekken zou echter voorbarig zijn: Google Streetview bevat immers ook talloze onschuldige portretten. Ook geeft Google Streetview zelf geen context wat eventueel tot versterking van bepaalde intimiteiten zou leiden. Het zou in het licht van het *Vondelpark*-arrest dan ook onmogelijk zijn²⁸ om een kant-en-klare conclusie te trekken voor de miljoenen uiteenlopende portretten. En daar ligt nou juist de kern van de zaak.

Hollandse Hoogte

Hollandse Hoogte (gedaagde) is een Nederlands stockfotobureau en houdt zich onder meer bezig met het vervaardigen en verhandelen van foto's. Zij beheert daartoe een online database met meer dan 3.5 miljoen foto's en exploiteert deze. In juli 2007 heeft een fotograaf ten behoeve van Hollandse Hoogte een foto gemaakt van eiseres: een joggende vrouw in hardlooppuitrusting. De foto werd schuin van achteren genomen zonder dat de eiseres zich daarvan bewust was; zij had een mp3-speler op. De foto werd later in licentie gegeven aan onder meer de Consumentenbond die op haar beurt de foto in de Consumentengids publiceerde, bij een artikel over de veelzijdige gebruiksmogelijkheden van een mp3-speler. De Consumentengids heeft een oplage van 600.000.

Eiseres maakte in kort geding bezwaar tegen de publicatie van haar foto, deze was immers zonder haar toestemming gemaakt, en zij stelde zich op het standpunt dat Hollandse Hoogte een inbreuk had gemaakt op haar portretrecht. Haar bezwaar was onder meer dat zij zich ongemakkelijk voelde met de foto omdat zij in “strakke, niets verhullende sportkleding” was afgebeeld. De rechter stelde allereerst vast dat haar foto als een portret kon worden gekwalificeerd, ondanks dat haar gelaat niet geheel zichtbaar was.²⁹ Vervolgens werd de toets uit het *Vondelpark*-arrest toegepast om te beoordelen of

²⁸ Ik verwijs hiermee naar het feit dat de Hoge Raad in het *Vondelpark*-arrest de inhoudelijke omgeving aan het Hof overlaat omdat de beoordeling van het redelijk belang criterium naar de feitelijke omstandigheden van het geval moet geschieden.

²⁹ Voorzieningenrechter Amsterdam 19 juni 2008, LJN BD4785.

zij een redelijk belang had om zich tegen de verdere publicatie van haar foto door Hollandse Hoogte te verzetten. De aard en mate van intimiteit achtte de rechtbank onvoldoende om een redelijk belang aan te nemen, het ging volgens de rechter om een onschuldige foto. Van naakt of "niets verhullende kleding" zou geen sprake zijn. Interessanter is echter het oordeel van de rechter met betrekking tot de context en de wijze van publicatie.

Eiseres maakte bezwaar tegen de publicatie van haar foto in een artikel van de Consumentengids, terwijl Hollandse Hoogte zelf, als gedaagde in het geschil, niet over de publicatie van dat artikel ging. Zij exploiteerde enkel de licentie van de foto aan de Consumentengids, zij het dat de licentie op de foto was verkocht voor redactionele doeleinden. Hollandse Hoogte kan er volgens de voorzieningenrechter niet verantwoordelijk voor worden gehouden dat afnemers hun foto mogelijk in een diskwalificerende context plaatsen - dus had eiseres misschien beter de Consumentengids kunnen dagvaarden. Wellicht was het oordeel anders uitgevallen als de foto in een reclame-uiting gebruikt was.³⁰

Het bezwaar van de eiser wordt verworpen en ook in hoger beroep krijgt zij geen gelijk. Het Hof³¹ laat het door Hollandse Hoogte ingeroepen belang op informatievoorziening zwaarder wegen: "berichtgeving zoals hier aan de orde moet kunnen worden voorzien van illustratiemateriaal, zoals foto's van de werkelijkheid. Het is daarbij onvermijdelijk dat foto's van toevallige passanten worden gepubliceerd."³² Ook bij wat Google streetview doet, het op straatniveau laten zien van locaties, is het onvermijdelijk dat daar toevallige passanten op staan.

Als de overweging van de voorzieningenrechter doorgetrokken wordt naar Google Streetview en derde partijen zoals Streetviewnederland, dan zou dat betekenen dat Google Streetview niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor het feit dat een site als Streetviewnederland de foto's in een wellicht diskwalificerende context plaatst. Een verschil met de Hollandse Hoogte-uitspraak is wel dat Streetviewnederland "alleen maar" links legt, en de foto's niet door middel van knip- en plakwerk reproduceert. Algemeen wordt aangenomen dat links (niet zijnde framed on inline links zonder bronvermelding)³³ geen nieuwe auteursrechtelijk relevante openbaarmaking opleveren.³⁴ Of je door middel van een link een portret in een diskwalificerende context kunt plaatsen, zodat inbreuk gemaakt wordt op het portretrecht van de afgebeelde persoon is een interessante vraag die – voor zover bekend – in Nederland nog niet aan de rechter is

³⁰ Zoals ook in de orde komt in de reactie van E.J. Dommering op de noot van J.C.S. Pinckaers bij het arrest in AMI 2009-4 pp. 142-143 en AMI 2009-2, pp. 66-68.

³¹ Hof Amsterdam 27 januari 2009, LJN BH3726. Deze uitspraak stuitte wel op kritiek, zie bijvoorbeeld de noot van Bart Smink bij het arrest in M. van der Linden-Smith en A.R. Lodder, *Jurisprudentie Internetrecht*, Annotaties 2006-2009, Kluwer: Deventer 2009, p. 103, en de reactie van E.J. Dommering op de noot van J.C.S. Pinckaers bij het arrest in AMI 2009-4 pp. 142-143 en AMI 2009-2, pp. 66-68.

³² r.o. 4.3 van Hof Amsterdam 27 januari 2009, LJN BH3726.

³³ Voorzieningenrechter Leeuwarden 30 oktober 2003 (Batavus), LJN AN4570, Sector kanton Rechtbank Rotterdam 3 september 2004 (Schlijper/Nieuw Rechts), LJN AT4681.

³⁴ Zie D. Lakerveld en T. van der Linden-Smith, 'Verboden links', *NJB* 2003, p. 1492; R.D. Chavannes, 'Hype of echt link?', *JAVI* 2003, p. 6-8; en Rechtbank Haarlem 12 mei 2004 (Zoekmp3) LJN AO9318. Het Hof ging in het hoger beroep van deze zaak helaas niet in op het auteursrechtelijke aspect: Hof Amsterdam 15 juni 2006 (zoekmp3), LJN AX7579.

voorgelegd. Relevante vragen zijn dan ook, of de bezoeker van Streetviewnederland die de link aanmeldt fout bezig is, en/of Streetviewnederland zelf, door het oproepen tot het insturen van “grappige, opvallende en rare Google streetview links”? De volgende open vraag is dan of Google in dat geval wellicht een onrechtmatige daad pleegt door die inbreuk te faciliteren door een heleboel portretten online te zetten – waar bezoekers dan alle grappige, opvallende en rare foto’s uit kunnen halen.

4. Conclusie

Een eenduidig antwoord op de vraag of het portretrecht in de van art. 21 Aw tegen Google Streetview kan worden ingeroepen kan niet gegeven worden. De rechtspraak geeft echter wel een aantal aanknopingspunten, die op hun beurt vragen doen oproepen. De aard en mate van intimiteit is een bepalende factor bij de overweging van het al dan niet aannemen van een redelijk belang. Intimiteit moet ruim worden opgevat met het voorbehoud dat het karakter en de context waarin het portret is geplaatst doorslaggevend kunnen zijn. Zo achtte de rechter in de *Hollandse Hoogte* zaak het enkel afgebeeld zijn in strakke sportkleding onschuldig, terwijl een foto van een omhelzend stel in het *Vondelpark*-arrest wel voldoende intiem werd geacht, aangezien deze door de begeleidende tekst in het artikel waarbij de foto was gepubliceerd de mate van intimiteit deed versterken.

In geval van betrokkenheid van een derde partij bij de publicatie van een portret, kan de portretmaker niet verantwoordelijk worden gesteld voor het in een diskwalificerende context plaatsen van dat portret door die derde. Betekent dit echter dat Google – aansluitend op het vorige punt – niet verantwoordelijk is voor websites als Streetviewnederland, indien een onschuldig portret door een derde partij van Google Streetview zou worden geplukt en in een onbehoorlijke context geplaatst? Hoe zou de rechter bijvoorbeeld oordelen in het geval dat de foto van de vrouw in hardloopkleding van Google Streetview zou zijn genomen en door een derde op een pornografische site zou zijn geplaatst?

De mate van verspreiding speelt een belangrijke rol bij het aannemen van een redelijk belang. Maar geldt dit ook in zoverre voor een internet dienst? Want hoewel Google Streetview toegankelijk is voor een ieder op het internet, waardoor de kans op inbreuk in grote mate toeneemt, kan er niet direct gesproken worden van een specifiek aantal fysiek uitgebrachte oplagen en tevens zal niet iedereen die de dienst bezoekt zich naar een specifiek portret wenden, de toegankelijkheid en de kans van verspreiding blijft zo een theoretische kwestie die mijn inziens lastig te peilen is voor een internet dienst. Tenslotte: de enkele omstandigheid dat een foto in het openbaar is gemaakt biedt geen verweer tegen een beroep op het portretrecht.

Zoals zo vaak hangt het er dus vanaf wat met het portretrecht kan worden gedaan aan foto’s op Google Streetview. De kat van Mary heeft geen portretrecht, dat is wel duidelijk. Het lijkt ons niet onredelijk dat de stripclubbezoeker wel een belang heeft om zich tegen openbaarmaking te verzetten.³⁵ En zoals altijd is “dat hangt ervan af” een

³⁵ Met het achterhoofd de commotie die destijds ontstaan is rond Rob Oudkerk, zie “Oudkerk 'verwoest' door affaire” in de Volkskrant van 21 januari 2004, online beschikbaar op http://www.volkskrant.nl/binnenland/article175260.ece/Oudkerk_verwoest_door_affaire

onbevredigend antwoord. Vooral voor Google, want of een portret onrechtmatig is, of niet, zal dus van geval tot geval bekeken moeten worden. Wellicht dat een soepele hantering van de notice-and-take-down procedure en creatief gebruik van fotobewerkingsprogrammatuur in veel gevallen kan voorkomen dat de vraag aan de rechter voorgelegd wordt. Want dat is dan weer wel het voordeel van een internettoepassing boven 600.000 gedrukte exemplaren: als zij weet van bezwaren tegen een portret is het is voor Google niet zo moeilijk om een portret te verwijderen. Dat daarmee het plaatje wellicht niet voor de eeuwigheid van het internet verdwenen is, is een ander probleem.