

IV R

Annotatie bij EHRM 24 juni 2004 (Caroline von Hannover / Duitsland) ¹⁴

Verschenen in *NJ* 2005, 22.

E.J. Dommering

Inleiding

1. De beslissing van het Hof in deze zaak heeft grote opschudding in Duitsland veroorzaakt. Een groot aantal hoofdredacteuren van de opiniepers, de roddelpers en de omroep hebben, kort na de uitspraak, een adres tot de Bondsregering gericht om het er niet bij te laten zitten en naar de Grand Chamber te gaan. De persvrijheid in Duitsland zou door deze beslissing ernstig zijn beschadigd. De Bondsregering heeft daarvan, na ingewonnen advies bij het BundesVerfassungsGericht, af gezien (persberichten te vinden op <http://www.anwalt-im-netz.de/Aktuelles/BVERFG010904/bverfg010904.html> en <http://www.rws.beck.de>). Om dit te begrijpen zal ik eerst het Duitse recht behandelen, alvorens op de beslissing van het Hof zelf in te gaan. Na de behandeling van de uitspraak van het Hof zal ik de Duitse reacties en aanvaarding van deze uitspraak in Duitsland en de consequenties voor het Nederlandse recht behandelen.

Het Duitse recht

2. Het Hof komt in deze zaak in aanvaring met een in het Duitse recht ontwikkelde doctrine die bekend staat als de doctrine van de 'Personen der Tjidsgeschiedenis' ('Personen der Zeitgeschichte'). Volgens die doctrine, die als zodanig in artikel 23 van de Duitse Auteurswet is vastgelegd, kan de pers in ruime mate in woord en beeld verslag doen over personen die om een of andere reden in de geschiedenis beroemd zijn geworden. Het gaat in deze zaak om de 37 jarige prinses Caroline van Monaco (inmiddels getrouwd met een Duitse prins Von Hannover, maar nog steeds lid van het vorstenhuis van Monaco dat ze vertegenwoordigt bij zulke belangwekkende evenementen als het Rode Kruisbal en de opening van het Internationale Circusfestival)) die al sinds de eerste helft van de jaren negentig een campagne tegen de roddelpers voert. Aan de in Duitsland begonnen procedures liggen drie series van foto's ten grondslag voornamelijk gepubliceerd in *Bunte*, één uit 1993 en twee uit 1997 die alle zonder uitzondering triviale plaatjes van het leisure class leven van Caroline tonen: Caroline aan tafel met de filmster Vincent Lindon in de binnentuin van een restaurant in Saint-Rémy-de-Provence (de plaats waar Van Gogh in het krankzinnigengesticht heeft gezeten), Caroline aan het paardrijden, Caroline in een kano met haar dochter Charlotte, Caroline met een bos bloemen in de hand met haar zoon Andrea, Caroline aan het tennissen, Caroline en Prins Ernst August von Hannover die van hun fietsen afstappen, Caroline aan het winkelen, Caroline in een badpak in de Monte Carlo Beach Club terwijl ze over iets struikelt, enzovoort. Alles natuurlijk voorzien van teksten, zoals bij het skiën "Caroline, eine Frau kehrt ins Leben zurück" of op het paard "Caroline und die Melancholie. Ihr Leben ist ein Roman mit unzähligen Unglücken." Het Hamburgse Landesgericht verbiedt in de 1993-procedure met toepassing van Frans recht de verspreiding van *Bunte* in Frankrijk, maar laat die in Duitsland toe op grond van de Tjidsgeschiedenis doctrine. Het Franse verbod gaat in appèl ook over de kop. Bij het BundesGerichtshof wordt de restaurantfoto een privacyschending gevonden. Caroline gaat over de andere foto's die het BundesGerichtshof toelaat door naar het BundesVerfassungsGericht dat in 1999 alleen de foto's met de kinderen veroordeelt, omdat deze het grondwettelijke recht op privacy en gezinsbescherming schenden. In 1997 voert de prinses onverrichter zake een procedure tegen *Bunte* over de tweede reeks foto's

met als inzet een verbod om deze te herpubliceren. In november 1997 probeert zij het nog een keer tegen een ander blad ten aanzien van de derde reeks foto's die over de Monte Carlo Beach gaan. In rechte produceert zij een verklaring van de directeur van dit exclusieve etablissement inhoudende dat het een privé club is die slechts tegen betaling van een hoge toegangsprijs toegankelijk is en waar journalisten worden geweerd. De foto's zijn met een telelens genomen van het dak van het buurpand. Weer zonder succes: "Monte Carlo Beach is openbaar" zeggen alle rechters, die er waarschijnlijk een lieve duit voor over zouden hebben om daar ook eens rond te mogen lopen. In beide 1997 procedures speelt de 1999 beslissing van het Verfassungsgericht een grote rol. Om die reden wordt in beide zaken het appel op dat Hof door het Hof zelf afgewezen (Duitsland kent een verlofstelsel).

3. Prinses Caroline heeft met haar kruistocht tegen de roddelpers een indrukwekkend spoor in de Duitse jurisprudentie achtergelaten. Op het niveau van het BundesGerichtshof heeft dit geleid tot de Caroline von Monaco I, II en III beslissingen (BGH 15.11.1994, *Neue Juristische Wochenschrift*, hierna: *NJW* 1995, p. 961, *Archiv für Presserecht* 1995, hierna *AfP* 1/95, p. 411; BGH 5.12.1995 *NJW* 1996, p. 984, *AfP* 2/96, p. 137; BGH 19.12.1995 *NJW* 1996, p. 1128, *AfP* 2/95, p.140), gevolgd door eenzelfde reeks op het niveau van het BundesVerfassungsGericht (BVerfGE 15.12.1999 *NJW* 2000, p. 1021, *AfP* 1/2000, p. 76; BVerfGE 5.4.2000 *NJW* 2000, p. 2194, *AfP* 1/2000, 349; BVerfGE 13.4.2000 *NJW* 2000, p. 2192, *AfP* 1/2000, p. 348). De eerste twee BGH beslissingen hebben betrekking op andere zaken. De inzet van de eerste was een fictief interview dat als een werkelijk interview werd gepresenteerd, de tweede de bewering dat zij aan borstkanker zou lijden. In het eerste interview wordt aan haar de uitlating toegeschreven "Ich will nicht mehr in der Öffentlichkeit erscheinen, ich will nicht mehr eine Person des öffentlichen Interesses, vor allem ein Schauobjekt, sein," terwijl zij tegen de vermeende interviewer slechts had gezegd dat zij geen interviews gaf. De pseudo interviewer had tenminste fijn aan gevoeld waarom dat zo was. De uitspraak van 19 december 1995 (Caroline III) heeft betrekking op de onderhavige zaak. Dat geldt ook voor Caroline I, II en III van het BVerfGE. Daarbij is het echter niet gebleven: in mei en september 2004 deed het BGH opnieuw uitspraken, ditmaal ten gunste van de vijftienjarige dochter Charlotte, inhoudende dat foto's van de minderjarige dochter bij de sportbeoefening, een privacy inbreuk opleverden. Deze uitspraken zullen wel als Caroline IV en V de Duitse juridische geschiedenis ingaan. Alvorens de getergde prinses verder in Straatsburg te volgen eerst iets over de tijdsgeschiedenis doctrine.

4. Artikel 23 ('Recht am eigenen Bild') van de Duitse Auteurswet (KUG) is vergelijkbaar met ons portretrecht (artikel 21 Aw). Artikel 21 Aw geeft een open norm voor het portretteren zonder toestemming: dat mag voorzover zich een *redelijk belang* van de geportretteerde daartegen niet verzet. In de afweging van het redelijke belang van de geportretteerde tegen het belang van de portretmaker is door de jurisprudentie geleidelijk aan de persvrijheid als belang ingevlochten (zie hierna onder *Nederlands recht*). Artikel 23 KUG bevat echter een veel specifiekere norm (waarin reeds een afweging ligt opgesloten), namelijk dat personen van de tijdsgeschiedenis zich portrettering moeten laten welgevalen. Die norm wordt door de doctrine beschouwd als een uitdrukkelijke verwijzing naar de in artikel 5 van de Duitse federale Grondwet gegarandeerde persvrijheid (Wenzel, *Das Recht der Wort und Bildberichterstattung*, 5 Auflage, Köln: Verlag Dr Otto Schmidt 2003, p. 462 e.v.). Die vrijheid houdt naar de kern in dat het persorgaan zelf de inhoud en de vorm van de publicatie mag bepalen en ook de vrijheid heeft deze te illustreren met foto's. Wie verder leest in het gezaghebbende commentaar van Wenzel zal zien dat het nu uitgerekend de prinses Caroline I uitspraak van het BVerfGE is die nadere uitwerking en invulling aan de norm van artikel 23 KUG heeft gegeven. De Caroline I uitspraak gold dus al meteen als een standaardarrest; het EHRM noemt in zijn arrest de uitspraak van 15.12.1999 dan ook een 'landmark' beslissing.

5. Wat houdt de norm precies in? De persvrijheid wordt ruim opgevat en geldt in dezelfde mate voor de 'Unterhaltungs und Sensations' pers als voor de opiniepers. Zoals het BVerfGE het in Caroline I verwoordt: “Meinungsbildung und Unterhaltung sind keine Gegensätze. Auch in unterhaltenden Beiträgen findet Meinungsbildung statt. Sie können die Meinungsbildung unter Umständen sogar nachhaltiger anregen oder beeinflussen als ausschliesslich sachbezogene Informationen.” Tijdsgechiedenis is niet wat historici daaronder verstaan, maar om het, met het BVerfGE in Caroline I, eens op zijn Duits te zeggen: “Die Tatbestandsvoraussetzungen sind unter Berücksichtigung des Informationsinteresses funktional zu bestimmen nach dem Massstab des Informationsinteresse der Allgemeinheit.” In wezen gaat het hier om wat de pers van openbaar belang acht. Een helder criterium is het daardoor niet, omdat het de cirkelredenering oproept dat iets van openbaar belang is als de pers dat vindt. En de roddelpers vindt alles wat haar sterren doen en zijn van openbaar belang, eenvoudig omdat haar lezerspubliek er belang instelt. In de verdere uitwerking van het begrip Persoon van de Tijdsgechiedenis wordt een onderscheid gemaakt tussen absolute en relatieve personen. Het Hof geeft daaraan verder ruim baan door te benadrukken dat de berichtgeving in beeld sinds het ontstaan van de Auteurswet aanmerkelijk aan belang heeft gewonnen. Absoluut zijn die personen die het door zich zelf zijn. Voorbeelden uit de jurisprudentie (zie Walter a.w. p. 467-468) zijn onder meer Kaiser Wilhelm II, Rijkspresident Ebert, leden van het voormalige Politbureau van Honecker, topmanagers, kunstenaars, sporters (als het tenminste “herausragende Sportler” zijn; voetballers moeten dus wel in de Bundesliga spelen). Als je van adel bent is het niet altijd zo, maar bij Caroline wel. Van belang in het Caroline I oordeel is dan wel (want daar spitst de discussie in Straatsburg zich op toe) dat het Verfassungsgericht het niet beperkt tot de functie-uitoefening: “Es kennzeichnet häufig gerade das öffentliche Interesse, welches solche Personen beanspruchen, dass es nicht nur der Funktionsausübung im engeren Sinn gilt. Vielmehr kann es sich wegen der herausgehobenen Funktion und der damit verbundenen Wirkung auch auf Informationen darüber erstrecken, wie sich diese Personen generell, also ausserhalb ihrer jeweiligen Funktion in der Öffentlichkeit bewegen. Dies hat ein berechtigtes Interesse daran zu verfahren, ob solche Personen, die oft als Idol oder Vorbild gelten, funktionales und persönliches Verhalten überzeugend in Übereinstimmung bringen.” Dan zijn er ook nog de relatieve gestalten van de tijdsgechiedenis. Deze zijn bekend/beroemd geworden door een bepaalde gebeurtenis. Voorbeelden uit de jurisprudentie zijn (Walter a.w. p. 468) personen die een rol spelen in een gebeurtenis die veel aandacht heeft getrokken in de actualiteit. Dit kan iedereen overkomen, maar het beeldmateriaal dat bij de actuele gebeurtenis is gemaakt, behoudt slechts zijn betekenis in relatie tot de gebeurtenis, zodat de foto's van personen buiten de context van die gebeurtenis geen aanspraak kunnen maken op bijzondere bescherming. Daders van strafbare feiten die een grote schok in de rechtsorde veroorzaken vallen er onder, maar in het algemeen niet de slachtoffers.

6. De gestalten der tijdsgechiedenis hebben wel recht op een privé leven. Het BVerfGE gaf in de Caroline III uitspraak die in Straatsburg ter discussie stond daaraan een beperkte uitleg, die sterk aanknoopt bij de privacy in de privé woning. Daarbuiten hanteert het Hof een norm die lijkt op de *privacy expectation*, dat wil zeggen dat de persoon alleen kan rekenen op privacybescherming buiten de woning in situaties waarvan anderen kunnen begrijpen dat zij niet voor de openbaarheid zijn bedoeld (“auch für Dritte erkennbar ausgehen darf, den Blicken der Öffentlichkeit nicht ausgesetzt zu sein”). Daartoe behoren niet situaties waarin je je als eenling tussen de menigte bevindt (“der Einzelne unter viele Menschen”). Dat brengt het Hof tot de bevinding dat de foto's van de Prinses op openbare plaatsen (zoals bij het winkelen en in een drukbezocht café) niet aanspraak maken op privacybescherming. Dat geldt ook voor de Monte Carlo Beach Club, omdat het weliswaar om ruimtelijk afgegrensde ruimte ging, maar een ruimte waar de Prinses “unter den Augen der anwesenden Öffentlichkeit steht.” (lees: ook onder de teledenzen van de camera's van de paparazzi op de daken van de belendende percelen van de

club).

De beslissing van het EHRM

7. *Analyse van de overwegingen.* Bij het EHRM waren dus de 'overgebleven' foto's aan de orde. Deze foto's acht het Hof ook een privacy-schending. Om dit resultaat te bereiken neemt het Hof een aantal stappen in de redenering die niet duidelijk logisch met elkaar verbonden zijn, maar die ik hierna onder 8 in verband met elkaar lees. In de overwegingen (50) en (51) houdt het Hof zich bezig met de vraag of er een privacy-inbreuk kan zijn. In dat verband stelt het Hof dat een privacy-expectatie ook kan bestaan in een publieke context. In (52) en (53) betreft het in de privacy-inbreuk de mate van verspreiding van de foto's. In (59) stelt het Hof de bescherming van foto's onder artikel 10 gelijk aan de verspreiding van ideeën, maar niet helemaal, omdat foto's veel meer persoonlijke en intieme informatie over iemands privé-leven kunnen bevatten. Bovendien voegt het Hof er aan toe worden de foto's die in de boulevardpers verschijnen dikwijls genomen in "a climate of continual harassment which induces in the person concerned a very strong sense of intrusion into life or even of persecution". In overweging 61 stelt het Hof vast dat het gaat om foto's uit het dagelijkse leven van de Prinses en (62) dat zij weliswaar de in Monaco regerende dynastieke familie van tijd tot tijd vertegenwoordigt, maar dat zij geen officiële staatkundige functie in Monaco vervult. In (63) maakt het Hof een onderscheid tussen berichtgeving over het publieke debat gerelateerd aan politici in de uitoefening van hun functie en berichtgeving over het privé-leven van personen die geen officiële functie vervullen. De berichtgeving over het privé-leven van wat het Hof bij mijn weten nu voor het eerst aanduidt als "public figures" kan (64) ook betrekking hebben op hun privé-leven "particularly where politicians are concerned". Dat doet zich hier niet voor, omdat de foto's op geen enkele manier gerelateerd zijn aan een publiek debat maar als enige doel hebben de nieuwsgierigheid van het publiek (65) te bevredigen. Onder verwijzing (67) naar resolutie 1165 (1998) van de Raad van Europa over privacy die in extenso onder het toepasselijke recht in het arrest is geciteerd, die de ongezonde belangstelling van het publiek voor het privé-leven van public figures veroordeelt, opteert het Hof voor een beperkte uitleg van de vrijheid van meningsuiting. In (68) voegt het Hof er dan nog aan toe dat het in deze zaak in het bijzonder nog van belang acht, dat het niet alleen gaat over de publicatie van de foto's, maar ook om de treiterende kwelling ("harassment") die public figures in hun dagelijkse leven daarvan ondervinden. Het Hof haalt daarbij als voorbeeld aan de clandestiene foto's genomen op honderden meters afstand van Caroline die in de Monte Carlo Beach Club over iets struikelt. In (69) herhaalt het Hof dat privacy niet beperkt is tot de familiekring, maar ook een sociale dimensie heeft. In (70) wordt de ontwikkeling van de communicatietechnologie ten tonele gevoerd, die maakt dat er verhoogde waakzaamheid is geboden voor de bescherming van het privé-leven omdat in toenemende mate de mogelijkheid bestaat persoonsgegevens op te slaan en te reproduceren, hetgeen ook geldt voor "the systematic taking of specific photo's and their dissemination to a broad section of the public." In de overwegingen (72) tot (75) plaatst het Hof enige kritische noten bij de Duitse tijdsgeschiedenis doctrine. Het meent dat de leer van de absolute persoon van de tijdsgeschiedenis (in het arrest aangeduid als een "figure of contemporary society 'par excellence'"), de betrokkene weinig privacy laat en beperkt in zijn "right to control the use of their image". Dat valt misschien te rechtvaardigen voor politici, maar niet voor "privé" personen (de aanhalingstekens zijn van het Hof), zoals Caroline waarvoor het publiek alleen maar belangstelling heeft als lid van het dynastieke huis van Monaco. Van het onderscheid tussen absolute en relatieve personen, vindt het Hof (73) dat het te onnauwkeurig is in een rechtsstaat, omdat het individu aanspraak kan maken op precieze normen waar het zijn gedrag op kan afstemmen, met andere woorden de privé-sfeer moet precies zijn afgebakend, zodat je weet wanneer je geen inmenging van derden hoeft te verwachten, met name, voegt het Hof er nog even aan toe, als het gaat om de roddelpers. Die norm is te vaag zegt het Hof en dat betekent (74) dat de Prinses in de publieke ruimte eigenlijk alleen privacy heeft als zij kan

bewijzen (en dat bewijs is moeilijk) als zij zich in een afgescheiden ruimte bevond. En dat heeft tot gevolg dat zij heeft te accepteren dat zij overal in de openbare ruimte systematisch kan worden gefotografeerd en dat die foto's op grote schaal kunnen worden verspreid. Ruimtelijke afzondering ("spatial isolation") is een te vaag criterium. Ik bespreek de verschillende stappen in de redenering in meer detail in het volgende punt.

8. *Public figure*. De omschrijving van het begrip 'public figure' wordt (64) niet ingevuld, maar in het vervolg van het arrest nadrukkelijk steeds in verband gebracht met politici die officiële functies vervullen. In zijn jurisprudentie over de vrijheid om negatieve waarde oordelen te uiten bij kritiek op iemands publiek functioneren ging het ook steeds om politici of personen in regeringsfuncties (zie het klassieke arrest EHRM 8 juli 1986 inzake Lingens, NJ 1987, m.nt. EAA, daarna constante jurisprudentie, zoals Oberslick I, EHRM 23 mei 1991, NJ 1992, 456 NJ 1992, 456 m.nt. EJD met uitvoerig commentaar) In dit arrest wordt de lijn aangescherpt. Het Hof wijkt daarin af van de omschrijving van *public figure* in de resolutie 1165 (1998) van de Raad van Europa. Daar wordt in overweging 7 deze gedefinieerd als een persoon "holding public office and/or using public resources and, broadly speaking, all those who play a role in public life, whether in politics, the economy, the arts, the social sphere, sport or any other domain." In het Krone arrest van 26 februari 2002 (applicatie 3415/96) hanteerde het Hof een ruimere omschrijving dan in het onderhavige arrest, namelijk dat het criterium zou zijn of een persoon "de publieke arena heeft betreden". Ik citeer uit overweging 37 van dat arrest: "This is the case of a politician on account of his public functions, a person participating in a public debat, an association which is active in a field of public concern, on which it enters into public discussions, or a person who is suspected of having committed offences of a political nature which attract the attention of the public." Bedacht moet worden dat het Hof in deze overweging in de Krone zaak de twee criteria *public figure* en het hierna te bespreken *openbare debat* door elkaar behandelt. Als het gaat om de persoon ligt de nadruk ook in het Krone arrest reeds op de politicus. De omschrijving van wat een *public figure* is dus veel beperkter dan de Duitse tijdsgeschiedenis leer (62-64).

9. *Openbaar debat*. Het Hof heeft in eerdere beslissingen de grenzen van het publieke debat ruimer getrokken dan het politieke debat (zie onder meer de zaken Tammer, EHRM 6 februari 2001, NJ 2002, 158, m.nt. EJD, overweging 62; Fressoz, EHRM 21 januari 1999, NJ 1999, 713 m.nt. EJD, overweging 50; ik verwijs ook naar het overzicht van de jurisprudentie in het artikel van A.E. Nieuwenhuis "Het EHRM en het belang van het publiek", in: W. Hins & A.E. Nieuwenhuis (red.) *Van zender naar ontvanger*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, p.257-272, i.h.b. p. 260). In het algemeen is de omschrijving "matters of general interest." Het begrip "openbaar debat" is dus ruimer dan het begrip "public figure". Naar mijn mening betekent dit dat het privé leven van een persoon die niet is een public figure in de hiervoor omschreven beperkte betekenis onderwerp van discussie kan zijn als het een direct en onmiddellijk verband heeft met het openbaar debat. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaak Fressoz, waar het ging om de hoogte van het salaris van de directeur van Peugeot in een debat over de inkomenspositie van de werknemers van Peugeot. Geheel duidelijk is het huidige arrest over dit punt overigens niet, omdat het de mogelijkheid om te publiceren over het privé leven relateert aan *public figures* (64). Het Hof citeert hier de zaak Plon (EHRM 18 mei 2004) die handelde over de publicatie van de arts van Mitterand, na diens dood, over de gezondheidstoestand van de president tijdens zijn leven. Je kunt echter zeggen dat het in de zaak Fressoz ook ging om een semi publieke functie en het privé gegeven in sterke mate was gerelateerd aan die functie. Ook in de zaak Plon bestond dat verband. In gelijke zin A.E. Nieuwenhuis a.w. p. 265-268.

10. *Privé sfeer*. Het Hof trekt de grens van het privé leven ruimer dan de Duitse rechters, omdat het mede de openbare ruimte omvat. In de Duitse benadering was de absolute gestalte van de tijdsgeschiedenis buiten zijn of haar woning in de openbare ruimte bijna vogelvrij voor paparazzi.

Het Hof vult niet in wat de privacy expectancy in de openbare ruimte is, maar geeft wel aan (in navolging van zijn jurisprudentie over afluisteren, zie onder meer EHRM 25 september 2001, zaak P.G. en J.H., NJ 2003, nr. 670, m.nt. EJD) dat de uit het geschreven of ongeschreven recht voortvloeiende norm precies moet zijn (72-75). De invulling van de Duitse rechters aan de norm van artikel 23 van de Duitse Auteurswet voldoet niet aan dit strenge criterium.

11. Inbreuk privé sfeer. Het Hof acht een foto een grotere inbreuk op de privé sfeer dan berichtgeving zonder beeld. In deze zaak en in de zaken die het citeert, en die onder 12 worden besproken, wordt de schending van het portretrecht als afzonderlijke en privacy schending verhogende factor genoemd. In dat verband acht het ook hinderlijk volgen door paparazzi en de grote verspreiding van de foto een privacy inbreuk verhogend element, zeker als het registreren van het beeld met behulp van moderne communicatietechnologie een systematisch karakter heeft (68-71).

12. Europese context. Het arrest van het Hof komt niet helemaal uit de lucht vallen. Het Hof citeert (67) uit de resolutie van de Raad van Europa van 26 juni 1998 de paragraaf 8 die veroordeelt “a one-sided interpretation of the right of freedom of expression, that the media invade people's privacy, claiming that their readers are entitled to know everything about public figures.” Ook overweging 64 is letterlijk gebaseerd op de resolutie, namelijk paragraaf 9: “Certain facts relating to the private lives of public figures, particularly politicians, may indeed be of interest to citizens, and it may therefore be legitimate for readers, who are also voters, to be informed of those facts.” Deze resolutie wordt ook wel de Prinses Diana resolutie genoemd, omdat zij een rechtstreeks gevolg is van de dood van de Prinses tijdens de achtervolging eind augustus 1997 door paparazzi in een autotunnel langs de Seine. De eerste overweging van de Resolutie memoreert dat: “The Assembly recalls the current affairs debate it held on the right to privacy during its September 1997 session, a few weeks after the accident which cost the Princess of Wales her life.” Het Hof citeert verder zijn hierboven reeds besproken arrest in zake Krone (EHRM 26 februari 2002, application 34315/96) en twee beslissingen waarin klachten van Société Prima Presse (1 juli 2003, application 66910/01 en 712612/01) niet ontvankelijk werden verklaard. In de eerste zaak ging het over een artikel in het blad *Voici* waartegen Johnny Halliday al jaren ten strijde trok. Ditmaal werd het blad veroordeeld wegens privacyschending omdat het in een artikel had gesuggereerd dat het niet meer boterde met zijn echtgenote Laetitia. De klacht van Prima Presse werd niet ontvankelijk geacht, omdat het artikel als enige doel had de nieuwsgierigheid van het publiek naar het privé leven van Johnny en Laetitia te bevredigen en op geen enkele manier bijdroeg aan welk debat dan ook. Een identieke beslissing nam het Hof in de andere zaak waar het ging om een publicatie over een vakantie van Mademoiselle V.D.

13. Conclusie. Prinses Diana in het Verenigd Koninkrijk, Prinses Caroline in Duitsland en Johnny Halliday in Frankrijk: zij staan kennelijk voor een trend in Europa waarin een herijking van de privacy van personen die publiciteit genereren plaatsvindt. Ook in Nederland valt die trend te bespeuren (zie bijvoorbeeld L.R.Harinxma thoe Slooten “De criticus bekritiseert: een waakhond voor de media?” *NJB* 2004, p. 1200-1206 en de *NJB* special uit 2003, Aflevering 38 *Mediamacht en Recht*). De (roddel)pers heeft met deze zaak een behoorlijk blauw oog opgelopen. Hinderlijk volgen met camera's met telelensen in de openbare ruimte van personen die publieke aandacht trekken, zal in het algemeen een schending van privacy opleveren, met name als het gaat om alledaagse situaties waarin zij als ieder ander op privacy mogen rekenen. Ook het hergebruik van herkenbare portretfoto's in een andere context zal in het algemeen het risico van een privacyschending opleveren.

De gevolgen voor het Duitse Recht

14. De kernoverweging bevindt zich in paragraaf 72: “In any event the Court considers that, in these conditions, the Act has to be interpreted narrowly to ensure that the State complies with its positive obligation under the Convention to protect private life and the right to control the use of one's image.” Artikel 23 van de Duitse Auteurswet zal voortaan “artikel 8 EVRM conform” moeten worden geïnterpreteerd. Aangezien artikel 8 EVRM ziet op horizontale verhoudingen en artikel 23 daaraan door middel van een wetbepaling een uitwerking geeft, krijgt de Duitse Staat te horen dat het niet op een juiste wijze uitvoering heeft gegeven aan deze positieve verplichting. Het Hof verduidelijkt dat in de overwegingen 72 en 73. Het betekent naar mijn oordeel een inperking van het begrip absolute en relatieve gestalte der tijdsgeschiedenis en een verruiming van het begrip 'privacy' tot de openbare ruimte.

15. Ik wees al in de inleiding op de commotie die de uitspraak onder de pers in Duitsland (die ook in Straatsburg heeft geïntervenieerd) heeft veroorzaakt. Uiteindelijk is er geen intern appèl ingesteld. Het BVerfGE deelde in zijn persbericht mee dat het instellen van appèl en het niet instellen van appèl beide verdedigbaar waren en dat het tot de politieke verantwoordelijkheid van de Bondsregering behoorde daarover een beslissing te nemen. Argumenten voor het niet instellen van appèl achtte het Hof dat de berichtgeving over personen in officiële functies en zaken die onderdeel vormen van het openbaar debat door de uitspraak niet wordt aangetast. Het recht op openbaarheid strekt zich niet uit de kleinste en private verrichtingen van prominenten in de openbaarheid. De Duitse mediajurist Christian Schertz (Vrije Universiteit Berlijn) geeft in een interview in *Die Zeit* (2 september 2004) een interessante visie op de zaak. Ook hij meent dat de uitspraak de persvrijheid niet aantast, ook niet van de roddelpers. De meeste foto's in de roddelpers zijn foto's van het rode tapijt (openingen en partijen) of home stories in welke gevallen de show business sterren zelf de deur geopend hebben of graag instemmen met een fotorapportage. In heel veel andere gevallen wordt publiciteit gezocht: een deel van het sterrenberoep bestaat immers uit de verkoop van de eigen persoon. Sterren hebben er in dat verband een commercieel privacy belang bij het gebruik van hun beeltenis te kunnen controleren.

De gevolgen voor het Nederlandse recht

16. In Nederland is de norm waaraan de goorloofdheid van de publicatie van een portret wordt gemeten te vinden in artikel 21 Auteurswet. Anders dan in het Duitse recht dat een specifieke afweging verlangt tussen het recht op het eigen beeld en de persvrijheid, bevat het een open norm: de geportretteerde kan zich tegen publicatie verzetten als hij daarbij “een redelijk belang heeft”. In de rechtspraak heeft dit zich ontwikkeld tot een afweging tussen de persvrijheid en een privacy belang. Richtinggevend is ten deze het Ferdy E. arrest (HR 21 januari 1994 *NJ* 1994, 473 m.nt. DWFV). De HR heeft meer in het algemeen (dus niet toegespitst op het portret) die afweging aanvaard en daarbij in het bijzonder het belang van het openbaar debat afgewogen tegen het privacyrecht (HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801, m.nt. MS in zake Gemeenteraadslid, HR 6 januari 1995, *NJ* 1996, 578 m.nt. EJD in zake Parool/Herrenberg en HR 2 mei 2003 *NJ* 2004, 80, m.nt. EJD inzake Storms). Over de kwestie van de “public figure” is de jurisprudentie van de HR minder duidelijk. Naar mijn mening is het begrip wel in de feitelijke rechtspraak doorgedrongen, maar heeft de HR het als zodanig nooit aanvaard, maar wel bekendheid van de persoon als een afwegingsfactor erkend (onder meer in het Ferdy E arrest en het hierna te noemen Kinderen de Bourbon Parma arrest). De zwaarte van de inbreuk gelegen in het hinderlijk volgen werd uitdrukkelijk erkend in het Kinderen de Bourbon Parma arrest (HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 367, m.nt. CJHB). Herpublicatie van een portret in een andere context kan blijkens het Vondelparkarrest een privacyschending zijn (HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1000, m.nt. LWH). Een uitsluitend commercieel belang is een voldoende belang om zich tegen publicatie te verzetten. Dit is dus het recht het gebruik van de eigen beeltenis te controleren dat enige malen in het arrest van het Hof wordt genoemd (HR 2 mei 1997 inzake Discodanser, *NJ* 1997, 661, m.nt. DWFV). Ook

het recht op privacy is door de HR ruim geformuleerd: het omvat mede de openbare ruimte (HR 9 januari 1987 in zake De bespiede Bijstandsmoeder, *NJ* 1987, 982, m.nt. 982).

17. Als geheel lijkt het juridisch kader zoals dat in de jurisprudentie is opgetrokken door deze uitspraak weinig averij op te lopen. Toch denk ik dat dit arrest voor de feitelijke rechtspraak een aantal belangrijke gevolgen heeft, omdat dat kader door deze uitspraak aanmerkelijk is gepreciseerd. Zo zal een dikwijls gevoerd verweer dat een publicatie betrekking heeft op een public figure, omdat de betrokken persoon (enige) naamsbekendheid heeft in de publiciteit niet dikwijls meer gehonoreerd kunnen worden. Het feit dat een zonder toestemming (in een andere context) gepubliceerd portret een extra privacy schending vormt, zal beter in de afweging betrokken moeten worden. De eis dat het moet gaan om een publiek debat zal harder gesteld moeten worden, hetgeen tot een duidelijker afbakening van de privé sfeer zal moeten leiden. In veel gevallen zullen daardoor suggestieve verhalen over het privé leven van iemand met naamsbekendheid, voorzien van een foto die bij een andere gelegenheid of in de openbare ruimte is genomen een schending van privacy zijn, omdat enige relatie met een openbaar debat ontbreekt. En tenslotte zullen rechters beter moeten gaan nadenken over schadevergoedingen die zij bij privacy schendingen toekennen. De Nederlandse rechtspraak loopt wat dit betreft achter op Duitsland en Frankrijk waar bij brutale privacy schendingen forse schadevergoedingen worden toegekend.

18. Voor de redactionele praktijk van de pers in het algemeen en de roddelpers in het bijzonder heeft het arrest daardoor grote gevolgen. Dat wil niet zeggen dat zij niet meer over prominenten in het openbare leven en de wereld van de entertainment zullen kunnen berichten. Dezen hebben immers zelf ook een commercieel belang bij publicatie over hun persoon. Je zou kunnen zeggen dat de transactieverhoudingen tussen de pers en de prominenten zijn aangescherpt. De prominenten hebben in hun permanente onderhandelingsrelatie met de pers met dit arrest een wapen in handen om te zeggen: Tot hier en niet verder. Met dank aan Prinses Diana, Johnny Halliday en Caroline van Hannover.

EJD

Noten

[1] De zaak is ook geannoteerd door G.A.I. Schuijt in *Mediaforum* 2004 7/8, nr. 27 en ECHR 2004/79 door J.H. Gerards.