



Annotatie bij de zaak *Reklos en Davourlis* (EHRM [15 januari 2009](#), appl. 1234/05), *Nederlandse Jurisprudentie* 2009-46, nr. 524, p. 5170-5175.

1. Anastasios Reklos werd op 31 maart 1997 in een privékliniek in Griekenland geboren. De baby werd onmiddellijk na de geboorte in een gesteriliseerde ruimte geplaatst, die alleen toegankelijk was voor medisch personeel. De kliniek liet alle geboren baby's fotograferen als een service aan de ouders. De ziekenhuisfotograaf fotografeerde Anastasios in die gesteriliseerde ruimte waar de ouders niet mochten komen. Wanneer de ouders dat bemerkten, omdat de foto's hun door de kliniek worden aangeboden, verlangen zij vernietiging van de foto's en eisen zij de negatieven op. Het ziekenhuis weigert aan beide verzoeken te voldoen. De ouders starten een civiele procedure tegen de kliniek wegens schending van privacy van de baby en zij eisen schadevergoeding. Er volgt een eindeloze procedure in drie instanties, die eindigt in 2004 met een voor de ouders negatieve beslissing van de Griekse Hoge Raad. De beslissing gaat ook over de uitputting van rechtsmiddelen en de te grote formaliteit bij het beoordelen van de ontvankelijkheid van een cassatieberoep (wat leidt tot de constatering dat er een schending is van artikel 6 EVRM, zie ro 22-28), maar hier beperk ik mij tot de beslissing wegens schending van artikel 8 EVRM. Daarover geeft het Hof een ook voor de Nederlandse rechtspraktijk belangrijke beslissing.
2. Het Hof oordeelt dat het fotograferen van iemand in de privésfeer zonder diens toestemming in de omstandigheden van dit geval een schending van privacy is (ro 37 in verbinding met ro 40). Dat zal ook voor andere zeer privacy gevoelige situaties gelden. Dat toestemmingsvereiste lijkt minder strikt als iemand zich in een openbare ruimte bevindt. Dan geldt echter het recht om zich te verzetten tegen verdere verspreiding, tenzij er een algemeen belang dat recht beperkt. Het Hof omschrijft in ro 39 het recht op privacy, als 'een recht op eigen identiteit' en 'een recht op zelfontplooiing', 'whether in terms of personality or of personal autonomy'. Het Hof beschouwt iemands portret (zie ro 40) als een van de belangrijkste gegevens om iemands persoonlijke kenmerken te onderscheiden: 'The right of protection of one's image is thus one of the essential components of personal development and presupposes the right to control the use of that image.' Dit controlerecht is niet afhankelijk van de vraag of iemand in de privésfeer wordt waargenomen in intieme of schokkende omstandigheden en evenmin afhankelijk van de vraag of iemand een groot commercieel belang bij de uitoefening van dat controle recht heeft. In die gevallen bestaat het zeker, maar ook buiten die situaties.
3. De rechtvaardiging voor publicatie en verspreiding van een portret zonder toestemming kan gelegen zijn in de nieuwswaarde (het Hof citeert hier de zaak *Krone Verlag* van [26 februari 2002](#), appl. 34315/96; ook genoemd kan worden de publicatie van het portret van een bekende misdadiger, *News Verlag*, EHRM [11 januari 2000](#), NJ 2001, nr 74, m.nt. EJD). Bij *deze* afweging kan de *aard* van de afbeelding wel een rol spelen. Iemand die beroemd is, is daarmee nog niet al zijn privacy kwijt, ook niet als hij of zij zich in de publieke ruimte beweegt. Dit vergt dus een afbakening van de omvang van het begrip 'public' in het begrip 'public figure'. Behoort het optreden tot de privésfeer dan kan de openbaarmaking zonder toestemming wel degelijk een privacy schending zijn (Prinses Caroline EHRM [24 juni 2004](#), NJ 2005, nr 22, m.nt. EJD). Dit publieke belang kan soms ook wijken voor het recht op afscherming van een intieme en/of schokkende situatie, al verschilde het Hof ernstig van mening over de opvallende publicatie van de door een terrorist doodgeschoten ambtsdrager, zoals hij na de aanslag op het wegdek lag (de zaak

Filipacchi, EHRM [14 juni 2007](#), NJ 2008, 583, [m.nt. EJD](#)): de meerderheid vond dat een schending van de privacy van de erven, een minderheid achtte de nieuwswaarde doorslaggevend.

4. In deze zaak is door de Griekse kliniek geen beroep gedaan op een algemeen belang om het maken van de foto's te rechtvaardigen. Het ging veeleer om een dienstverlening aan de ouders van de kinderen die in de kliniek werden geboren, in dit geval ouders die zelf geen foto's van de pasgeborene hadden kunnen maken omdat zij geen toegang hadden tot de gesteriliseerde ruimte waar de baby zich bevond.
5. Het portretrecht heeft in Nederland (zoals trouwens in meer landen) een specifieke regeling gevonden in de Auteurswet, daar waar het de verhouding tussen de auteur-portretteur ten opzichte van de geportretteerde regelt. Dit zijn de artikelen 19-21 Aw. Artikel 21 veronderstelt het toestemmingsrecht van de geportretteerde, maar zegt dat de geportretteerde zich tegen *openbaarmaking* van zijn portret niet kan verzetten als hij daarbij geen redelijk belang heeft. De Hoge Raad heeft in het Ferdi E arrest artikel 21 Aw 'ingebod' in het privacyrecht (HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473, m.nt. DWFV). In het arrest Discodanser stelde hij vast dat de geportretteerde een recht heeft om het gebruik van zijn portret te controleren. Het ging om het gebruik van het portret zonder toestemming in een reclamecampagne. In dat arrest kan men lezen dat de Hoge Raad erbij betreft de *aard* van de afbeelding (reclamecampagne) die de geportretteerde in een 'omgeving' zou kunnen plaatsen waarin hij zich niet wil bevinden en ten onrechte bij het publiek de indruk zou kunnen wekken dat hij de reclamecampagne ondersteunt (HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661, m.nt. DWFV). Zoals dit arrest van het Europese Hof leert is die nadere clausulering niet nodig: het toestemmingsrecht is een zelfbeschikkingsrecht zonder meer. Het moet echter soms wijken voor zwaardere belangen, zoals nieuwsvoorziening. Ik zie geen reden waarom het voor een commercieel belang zou moeten wijken.
6. De Wet Bescherming Persoonsgegevens beheerst het hele traject van opslag en bewerking van portretten in databanken. Ook die wet gaat uit van de hoofdregel van toestemmingsrecht dat bij verdere bewerking kan wijken voor andere belangen (artikel 8 van die wet).
7. De ontwikkeling van het portretrecht vanuit het auteursrecht (waar het eigenlijk niets mee te maken heeft; ik verwijs naar de verschillende bijdragen in de bundel onder redactie van D.J. Visser over 't Schaep en de vijf poten arrest' die in het najaar 2009 is verschenen bij uitgeverij DeLex.) heeft wel voor de nodige verwarring gezorgd. Zo is enerzijds het rechtskarakter van het toestemmingsrecht als een zelfbeschikkingsrecht dat ziet op de zelfontplooiing van de persoon onderbelicht, anderzijds het redelijke belang dat ook 'gewone mensen' kunnen hebben om zich tegen openbaarmaking te verzetten, verkeerd begrepen. Nadat de Hoge Raad in 't Schaep met de vijf poten arrest (HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383, m.nt. L.W.H.) ook een commercieel belang onder het begrip 'redelijk belang' had gebracht, is de misvatting ontstaan dat de geportretteerde geen redelijk belang zou hebben zich tegen openbaarmaking te verzetten als hij niet beroemd is of zal worden en er ook overigens niet sprake is van een afbeelding van zijn portret in een intieme of schokkende context. Twee uitspraken van het Hof Amsterdam illustreren die verwarring, waar zij 'gewone mensen' wier afbeelding zonder hun toestemming in een tijdschrift en een boek *als illustratie zonder nieuwswaarde* werden gebruikt met lege handen naar huis stuurden (de zaak 'Hollandse Hoogte', Hof Amsterdam [27 januari 2009](#) AMI 2009-2, nr 6, met noot J.C.S. Pinckaers en discussie daarover in AMI 2009-4, p. 143-147 tussen dezelfde en ondergetekende, alsmede de zaak Snowboarding, Hof Amsterdam [14 april 2009](#), te publiceren in AMI 2009-5).
8. De openbaarmaking van een portret zonder toestemming zal vaak niet tot materiële schade leiden. Dat is meestal zo bij personen die geen (potentieel) 'verzilverbare populariteit' hebben zoals de handboeken auteursrecht dat sinds 't Schaep met de vijf

poten' noemen. Dit arrest van het EHRM leert dat schending van het zelfbeschikkingsrecht morele schade veroorzaakt. Het Hof schat de immateriële schade als gevolg van de schending van de artikelen 6 en 8 EVRM in deze zaak op € 8000. De inschatting van de immateriële schade kan per situatie verschillen maar een bandbreedte van rond de € 2000-4000 voor schending van het zelfbeschikkingsrecht lijkt een redelijke Europese tax. Zal dit leiden tot een cascade van claims? Ik denk het niet. Als er serieuze algemene belangen in het spel zijn moet het toestemmingsrecht wijken. Ondernemingen die er hun bedrijf van maken om 'alledaagse' portretfoto's te verkopen of in reclamecampagnes te gebruiken, zullen behalve aan de fotografen, ook aan de geportretteerde moeten betalen of zij zullen portretten onherkenbaar moeten maken.

E.J. Dommering