



Annotatie bij EHRM 7 februari 2012 (Von Hannover / Duitsland), *NJ*, 2013-20/21, nr. 250 en EHRM 7 februari 2012 (Springer / Duitsland), *NJ*, 2013-20/21, nr. 251.

E.J. Dommering

1. Deze zaken zijn een vervolg op Von Hannover I (prinses Caroline van Monaco) zaak (EHRM 26 april 2004, NJ 2005/22, m.nt. E.J. Dommering), in die zin dat ze de beslissing in die zaak verduidelijken en ook de aanpassing van de jurisprudentie van het Duitse Constitutionele Hof naar aanleiding van deze uitspraak tegen het licht houden. Het draaide in die zaak en het draait in deze zaken om foto's die het privéleven van min of meer bekende personen raken. In Von Hannover I oordeelde het EHRM dat de bepaling in de Duitse Auteurswet die het criterium 'absolute gestalte van de tijdsgeschiedenis' van het portretrecht uitzonderde te absoluut was, omdat het een te grote inbreuk op de privacy toeliet, ook als het geen nieuwswaardige feiten waren, en bovendien te ruim was, omdat het ook de prinses van Monaco er onder begreep die weliswaar af en toe een lint doorknipte, maar geen politieke functie had.
2. De uitspraak van het EHRM dat een bepaling in de Duitse Auteurswet (vergelijkbaar met ons portretrecht in de Auteurswet) in strijd was met art. 8 EVRM, gaf de nodige opschudding in de juridische wereld in Duitsland, waar nog altijd de doctrine heerst dat de Duitse Grondwet (en daar was de Auteurswet immers aan getoetst) van hogere orde is dan het EVRM. Maar na wat tandengeknars besliste het Bundesgerichtshof, gedekt door het Duitse Constitutionele Hof, dat het Duitse recht afscheid moest nemen van het begrip 'absolute gestalte van de tijdsgeschiedenis', en bij bekende personen in alle gevallen naar een meer afgewogen belangenafweging in het concrete geval toe moest, een zogenaamd 'neues abgestuftes Schutzconcept' (zie Judith Janna Märten, 'Personality Rights and Freedom of Expression: A Journey through the Development of German Jurisprudence under the Influence of the European Court of Human Rights', in: *Journal of Media Law* 2012, 4 (2), p. 344, zie ook overweging 78 in de Von Hannoverzaak). Het resultaat van deze toetsing vond in het Von Hannover II geval genade, maar in de Springerzaak niet.
3. Voor de omstandigheden in beide zaken verwijs ik naar de uitvoerige samenvattingen. Kort gezegd komt het op het volgende neer. In de Von Hannover zaak ging het om twee foto's van prinses Caroline op vakantie als illustratie bij een artikel dat haar zieke vader, prins Rainier, tot onderwerp had met de strekking dat deze liefdevol door zijn dochters werd verpleegd. Deze foto's had het Constitutionele Hof geen privacy schending gevonden. Een derde foto en artikel gingen alleen over de wintersport en was volgens het Hof wel een privacyschending. In de Springerzaak ging het om een televisie acteur die in een Krimi serie een politieman speelde, die op een festival was gearresteerd in het bezit van cocaïne. De Duitse rechters vonden de publicatie van foto's van de ster bij de berichtgeving over zijn arrestatie en veroordeling een schending van de privacy van de verdachte en verboden verdere publicatie. Het EHRM vindt dat te ver gaan.
4. In de Von Hannover II zaak gaat het om het onthullen van geheime feiten (vakantiefoto's) die de betrokkene voor zich zelf had willen houden en niet aan het

publiek had willen prijsgeven. In de Springer zaak gaat het om het aantasten van de reputatie die je bij anderen hebt: om het onthullen van — niet noodzakelijk geheime — feiten (aanhouding en veroordeling voor een strafbaar feit) die daarop een negatieve invloed hebben, en die de betrokkene daarom liever niet of slechts in geanonimiseerde vorm openbaargemaakt had willen zien. In het Angelsaksische recht noemen wij de eerste categorie ‘intrusion’ (binnendringen), en de tweede categorie ‘false light’ (kwaad daglicht).

5. Het Hof zet in beide zaken de factoren die van belang acht op een rij en grijpt de gelegenheid aan om nog een aantal andere kwesties recht te zetten. Ik vat ze hier samen en plaats hier en daar een kanttekening:
  - Portretrecht is een wezenlijk onderdeel van het privacyrecht. Het houdt voornamelijk het recht van de persoon in het gebruik en de publicatie van zijn portret te controleren (overweging 96 Von Hannover).
  - Iemands reputatie vormt een onderdeel van het recht van privacy. Vanuit het perspectief van de privacy moet er sprake zijn van een serieuze aantasting daarvan. Vanuit de beperkingen die art. 10 EVRM aan de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting oplegt, behoort het tot de verplichtingen en verantwoordelijkheden van degene die zijn recht gebruikt geen aanvallen op iemands reputatie te doen zonder voldoende feitelijke grond (Springer, overwegingen 82-84). Voor de beoordeling van een geschil over iemands reputatie maakt het niet uit of dat onder art. 8 EVRM gebeurt of onder art. 10. De rechten zijn van gelijke rangorde en moeten in concrete omstandigheden tegen elkaar worden afgewogen (Springer overweging 87; het Hof neemt hier duidelijk afstand van de beslissing in de zaak Karakó, zie mijn noot in die zaak, NJ 2009/522 waar ik al betoogde dat dit onderscheid gekunsteld was).
  - Foto’s zijn een belangrijk middel van nieuwsgaring en verslaggeving, maar zij zijn gevoeliger voor privacy kwesties dan andere vormen van reportage (Von Hannover overweging 103). Met name foto’s in de boulevardpers zijn vaak geen nieuwsfoto’s maar slechts bedoeld om de nieuwsgierigheid naar het privéleven van een bekende persoon te bevredigen. Bij foto’s speelt daarom de wijze waarop ze worden gepubliceerd en de wijze waarop zij zijn gemaakt (Paparazzi methoden krijgen minder bescherming) een belangrijke rol. In de Von Hannover zaak: overwegingen 112 en 113, in de Springer zaak: overwegingen 93 en 94.
  - Het Hof verruimt het begrip ‘onderwerp van publiek debat’. Dat is niet beperkt tot de politiek, hoeft niet altijd te gaan over een groot maatschappelijk belang en hangt af van concrete omstandigheden. In het geval Von Hannover kon dat de ziekte van prins Rainier zijn en de liefdevolle aandacht van zijn dochters zijn. Een voor de hand liggend geval in Nederland is de gezondheidstoestand van prins Friso (overweging 109 Von Hannover, 90 in Springer).
  - Het Hof hanteert naast het begrip ‘persoon die een publieke functie vervult’, zoals politici, het begrip ‘public figure’. (overweging 110 in Von Hannover en 91 in Springer). Het verzuimt aan te geven wat precies onder de tweede categorie moet worden verstaan, maar naar mijn oordeel gaat het om een glijdende schaal, want het kopje boven deze overweging luidt: ‘Hoe bekend is iemand?’ Verder is een factor dat iemand eerder aanleiding heeft gegeven tot publiciteit (overweging 92 Von Hannover, 92 Springer). Maar het enkele feit dat je eerder hebt meegewerkt aan mediaoptreden, kan nooit een argument zijn om je privacy bescherming te verlagen. Ik vat dit op als een bescherming van het openbare debat. Het zou anders te riskant worden om daarin te participeren. Daardoor neemt de verwachting die je omtrent de respectering van je privacy mag koesteren (de ‘privacy expectancy’) niet af (overweging 97 in Von Hannover).

- De zwaarte van de opgelegde sanctie (beperking), overweging 95 in de Springerzaak.
6. Al met al geeft het Hof wat meer ruimte aan de boulevardpers, zolang het maar gaat om nieuwsfeiten en onderwerpen van publiek debat waar ook sterren en sporters een belangrijke rol in spelen. De toets is een geobjectiveerde toets (het is dus niet zo dat iets nieuws is omdat de pers dat zegt of omdat het publiek naar het feit nieuwsgierig is): de rechter stelt aan de hand van de omstandigheden vast hoe bekend iemand is, wat het nieuwswaardige feit is, hoe agressief (privacy inbreuk makend) de nieuwsgaring is geweest, hoe privacy gevoelig het feit is en hoe sensationeel erover wordt bericht (Vgl. Robert Walker — Law Lord in de UK — , ‘When is there a public interest in private life?’, in: Joseph Casadevall e.a. (red.), *Freedom of Expression, Essays in honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk: Wolf Legal Publisher 2013, p.61-68). Deze toetsmomenten vallen ook onder de ‘duties and reponsabilities’ van journalisten die art. 10 EVRM noemt. Binnen het Hof in Straatsburg leven geprononceerde gedachten over wat heet ‘responsible journalism’(zie in de geciteerde bundel de artikelen van Lord Phillips en Egbert Myjer).
  7. Het Hof geeft een scherpe afbakening van het portretrecht: het is een uit art. 8 EVRM afgeleid recht om het gebruik en de openbaarmaking van zijn beeltenis te controleren. Dat is een duidelijker norm dan art. 21 Aw omschrijft, omdat de betrokkenen zich daar slechts tegen publicatie kan verzetten als hij ‘een redelijk belang’ heeft, hetgeen betekent dat het altijd een belangenafweging wordt tussen de geportretteerde en degene die het portret openbaar maakt. Evenals de Duitse rechter zal, naar mijn oordeel, de Nederlandse naar een ‘neues abgestuftes Schutzconcept’ voor art. 21 Aw toe moeten (vergelijk ook mijn noot bij de zaak *Reklos*, EHRM 15 januari 2009, appl. 1234/05, NJ 2009/524, en de zaak *Tirion/Sauaerbrij*, Hof Amsterdam 14 april 2009, in: *AMI* 2009/5, nr. 18 en 19, p. 196-198). Dat betekent dat publicatie van foto’s die over het privé leven gaan van iemand die geen bijzondere bekendheid geniet of van iemand die bekend is zonder dat de openbaarmaking van zijn privéleven enig nieuwswaardig feit betreft, vrijwel altijd een schending van art. 8 EVRM zal zijn.
  8. Het gaat in dit soort zaken om rechten die tussen particulieren botsen. Het Hof heeft bij de toepassing van art. 8 EVRM een en andermaal aangegeven dat het de uitvoering van de positieve verplichting van de Staat beoordeelt om de naleving van artikel 8 in horizontale verhoudingen op zijn grondgebied te verzekeren. Dit staat ook nu weer expliciet in de overwegingen 98 en 99 in de *Von Hannover* zaak. In Nederland is die taak om de uitvoering van art. 8 te verzekeren in overwegende mate opgedragen aan de rechter. Het is de bedoeling dat de Gw op het punt van het briefgeheim wordt aangepast. Is het niet een uitgelezen gelegenheid in de Grondwet een algemene positieve verplichting aan de wetgever op te leggen de privacy tussen de burgers op zijn grondgebied te beschermen?
  9. Een laatste algemeen punt is de ‘margin of appreciation’ die met name in het Verenigd Koninkrijk en Nederland vanuit conservatieve hoek onder vuur is komen te liggen. Het Hof zou zich teveel met nationale aangelegenheden bemoeien. Het Hof antwoordt daarop in de overwegingen 104-107 in de *Von Hannover* zaak. Het antwoord is: we respecteren de concrete belangenafwegingen die door de nationale rechters zijn uitgevoerd, maar blijven nauwkeurig toetsen hoe die is uitgevoerd en of de relevante normatieve criteria juist zijn toegepast (in *Von Hannover* wel, in *Springer* niet). Er is mijns inziens een verschil tussen wat de Hoge Raad in dit soort zaken als ‘feitelijk’ voorbehouden aan de feitelijke rechters oordeelt, en wat het EHRM ‘feitelijk’

voorbehouden acht aan de nationale instanties. In mijn ogen gaat de toetsing van het EHRM nog altijd verder dan die van de Hoge Raad, zoals de Springerzaak leert. Dit valt te betreuren, omdat de volledige implementatie van het verdrag door nationale instanties uit een oogpunt van efficiency te verkiezen is boven een kostbare en tijdrovende ronde Straatsburg, alleen omdat de nationale rechter niet voldoende of op de verkeerde manier naar de feiten heeft gekeken (zie hiervoor de interessante analyse van Alkema bij HR 11 november 2012, NJ 2012/529 en 530).