

(c) Application of these general principles in the present case

41. In the present case the Court first observes that, as regards the conditions in which the offending pictures were taken, the applicants did not at any time give their consent, either to the management of the clinic or to the photographer himself. In this connection it should be noted that the applicants' son, not being a public or newsworthy figure, did not fall within a category which in certain circumstances may justify, on public-interest grounds, the recording of a person's image without his knowledge or consent (see *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria*, no. 34315/96, § 37, 26 February 2002). On the contrary, the person concerned was a minor and the exercise of the right to protection of his image was overseen by his parents. Accordingly, the applicants' prior consent to the taking of their son's picture was indispensable in order to establish the context of its use. The management of the clinic I. did not, however, seek the applicants' consent and even allowed the photographer to enter the sterile unit, access to which was restricted to the clinic's doctors and nurses, in order to take the pictures in question.

42. In addition, the Court finds that it is not insignificant that the photographer was able to keep the negatives of the offending photographs, in spite of the express request of the applicants, who exercised parental authority, that the negatives be delivered up to them. Admittedly, the photographs simply showed a face-on portrait of the baby and did not show the applicants' son in a state that could be regarded as degrading, or in general as capable of infringing his personality rights. However, the key issue in the present case is not the nature, harmless or otherwise, of the applicants' son's representation on the offending photographs, but the fact that the photographer kept them without the applicants' consent. The baby's image was thus retained in the hands of the photographer in an identifiable form with the possibility of subsequent use against the wishes of the person concerned and/or his parents (see, *mutatis mutandis*, P.G. and J.H. v. the United Kingdom, no. 44787/98, § 57, ECHR 2001-IX).

43. The Court notes that, during the examination of the case at issue, the domestic courts failed to take into account the fact that the applicants had not given their consent to the taking of their son's photograph or to the retention by the photographer of the corresponding negatives. In view of the foregoing, the Court finds that the Greek courts did not, in the present case, sufficiently guarantee the applicants' son's right to the protection of his private life.

There has therefore been a violation of Article 8 of the Convention.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

44. Article 41 of the Convention provides:
"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

45. The applicants claimed 36,000 euros (EUR) jointly in respect of the non-pecuniary damage they considered they had sustained in the present case.

46. The Government requested the Court to dismiss this claim and moreover submitted that any award should not exceed EUR 5,000.

47. The Court considers that the applicants certainly sustained non-pecuniary damage on account of the interference with their right of access to a court and with their child's private life, and that the finding of violations of the Convention does not constitute sufficient just satisfaction for such damage. Deciding on an equitable basis, the Court awards the applicants EUR 8,000 jointly under this head, plus any tax that may be chargeable on that amount.

B. Costs and expenses

29. As the applicants did not submit any claim for costs and expenses, the Court considers that no award should be made to them under this head.

C. Default interest

30. The Court considers it appropriate that the default interest should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. *Dismisses* the Government's preliminary objections;

2. *Holds* that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;

3. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention;

4. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicants jointly, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 8,000 (eight thousand euros) in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

5. *Dismisses* the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 15 January 2009, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Søren Nielsen Registrar
Nina Vajić President

Noot

Fulco Blokhuis

Mr. F.F. Blokhuis is advocaat te Amsterdam (Boekx advocaten).

Is er altijd toestemming vereist voor het maken van een portret?

Toen ik op weg was naar de operatiekamer, waar mijn zoon zou worden geboren door middel van een keizersnee, kreeg ik van de verpleegkundigen het advies om mijn camera mee te nemen. Eenmaal in de OK wilde ik een overzichtsfoto maken van mijn vrouw en alle doktoren. Ik zag echter alleen maar een hand voor de lens. 'Hier wordt niet gefotografeerd', kreeg ik te horen. 'Wij hebben geen zin om in ieders huiskamer te hangen', zei de dokter met mond- en hoofdkap op. 'Vrijheid van informatiegaring, is het een portret?', allerlei argumenten schoten door mijn hoofd. Het leek mij echter niet verstandig om in discussie te gaan met de mensen die op het punt stonden in mijn vrouw te gaan snijden om onze zoon te halen. Gelukkig nam een andere dokter spontaan mijn camera ter hand en hij heeft – met mijn toestemming – zeker vijftig schitterende foto's gemaakt. Achteraf zijn wij daar heel blij mee.

De ouders van het Griekse jongetje Anastasios Reklós hadden een nare ervaring met de fotograaf van hun pasgeboren zoon. Hun zoon werd na de geboorte op 31 maart 1997 in een steriele kamer gelegd waartoe alleen doktoren en verpleegkundigen toegang hadden. Een dag later bleek een fotograaf van het ziekenhuis twee (neutrale, niet compromitterende) foto's van het gezicht van de baby te hebben gemaakt. Dit was een service van het ziekenhuis. De ouders hadden echter geen toestemming gegeven voor het maken van de foto. Zij beklagden zich over de gang van zaken en eisten de negatieven op. Het ziekenhuis weigerde deze echter af te staan.

Omdat de ouders vonden dat met het *maken* van de foto en het *niet afstaan* van de negatieven de privacy van hun jonge zoon was aangetast stapten ze naar de rechtbank. Van alle Griekse instanties kregen zij nul op het rekest. Uiteindelijk heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens hen alsnog in het gelijk gesteld. De persoonlijke levensfeer (artikel 8 EVRM) van Anastasios Reklós was geschonden, aldus het Hof.

Het ziekenhuis betoogde dat het alleen de bedoeling was om de foto aan de ouders te verkopen, en niet om deze te publiceren. Er was dus geen sprake van commerciële exploitatie. Daarnaast voerde zij aan dat de geestelijke rijpheid van de één dag oude baby nog niet voldoende ontwikkeld zou zijn om van een inbreuk op zijn privacy te kunnen spreken.

Het Europese Hof

Het Hof heeft een paar interessante overwegingen. Het Hof benadrukt allereerst dat de baby zich niet bewust of toevallig had opengesteld voor de mogelijkheid dat zijn foto werd genomen in de context van een activiteit die waarschijnlijk vastgelegd of gerapporteerd zou kunnen worden op een publieke manier. Integendeel, de foto is genomen in een besloten ruimte, waartoe alleen medisch personeel toegang had. De baby was het enige onderwerp van de foto.

Vervolgens wordt overwogen dat het concept van privé-leven breed moet worden geïnterpreteerd. Daaronder valt ook het recht op iemands identiteit.¹ Privacy omvat ook het recht om je te verzetten tegen het maken, bewaren en kopiëren van het portret.

Voor effectieve bescherming van het recht om je eigen portret te kunnen beheren is, in de huidige omstandigheden van het geval, toestemming van de geportretteerde vereist. Niet slechts bij publicatie, maar al bij het nemen van de foto.

Het Hof vindt het van belang dat de directie van de kliniek niet om toestemming heeft gevraagd, en de fotograaf toestond om de foto's te nemen in een besloten ruimte. Dat gebeurde zonder toestemming van de ouders en de baby was geen publiek of nieuwswaardig persoon. Dus was toestemming nodig voor *het nemen van de foto's*, los van de vraag of ze überhaupt gepubliceerd zouden worden. Daar wordt aan toegevoegd dat het niet onbelangrijk is dat de fotograaf de foto's houdt, terwijl de ouders uitdrukkelijk om afgifte hebben verzocht. Dit is de kern van de zaak, aldus het Hof. Het portret van de baby was daardoor in de handen van de fotograaf, waardoor de mogelijkheid aanwezig was dat de foto verder gebruikt zou worden tegen de wens van de ouders.

Iedere ouder zal begrip hebben voor deze uitspraak. Maar de vraag is of er algemene conclusies uit getrokken kunnen worden voor het portretrecht in Nederland. Sommigen menen dat nu niemand meer zonder toestemming een foto mag maken van een persoon.

Nederland

In Nederland kennen we de belangenafweging, voorzover het een niet in opdracht gemaakt portret als bedoeld in artikel 21 Auteurswet betreft: tegen *publicatie* van een portret kun je je verzetten als je daar een redelijk belang bij hebt. Toestemming om iemand te fotograferen was tot op heden niet vereist. In de *Reklos*-zaak oordeelde het Hof echter ook dat *het maken van de foto* al een privacy-schending opleverde.

Dat het maken van een foto al onrechtmatig was is eerder ook bepaald door de Rechtbank Amsterdam. Dat was in de zaak waarbij het zoon-tje van Paul de Leeuw met een telelens werd gefotografeerd door spiegelend glas heen, terwijl hij thuis was.² De wijze waarop de foto werd gemaakt was ook een relevante omstandigheid in het *Hannover*-arrest.³ Tevens werd in het *Vondelpark*-arrest⁴ belang gehecht aan de onverhoedse wijze waarop de foto was genomen. Ik ben overigens van mening dat de context van de publicatie – seks en drugs – in die zaak de doorslag gaf.

Omdat het Hof zo'n belang hecht aan het ontbreken van toestemming en het feit dat de negatieven worden gehouden lijkt artikel 21 Aw te schudden op zijn grondvesten. Als het *maken* van een portret al niet mag, dan kom je immers aan de belangenafweging met betrekking tot *publicatie* ervan niet eens toe.

Toestemming voor het maken

Tijdens de nieuwjaarsduik 2009 in Scheveningen werd er een foto van een meisje genomen, slechts gehuld in een Unox-muts en in bikini. Deze foto werd in Nederlandse media veelvuldig getoond. Remy Chavannes stelt in een column op nu.nl⁵ dat de fotograaf deze foto helemaal niet had mogen maken op grond van bovenstaand arrest. Ik denk dat de soep niet zo heet gegeten wordt. Die foto was immers genomen bij een evenement, waarvan de bezoeker weet dat er media zal zijn. Naar verluidt komt daar overigens bij dat de deelnemers een *quitclaim* hebben getekend.

Als er toestemming is gegeven voor het maken van beelden dan is dat natuurlijk relevant. Zie bijvoorbeeld de stripquiz-zaak.⁶

Aan de ene kant heeft te gelden dat, indien een persoon toestemming geeft om van hem filmopnamen te maken ten behoeve van een op de televisie uit te zenden programma, zulks in het algemeen meebrengt dat de betrokkene niet alleen uitzending van het programma vervolgens niet kan verhinderen, maar

ook dat hij er rekening mee heeft te houden dat die opnamen worden gebruikt op een voor het medium televisie kenmerkende wijze, waaronder begrepen de mogelijkheid dat een programma anders wordt samengesteld en/of dat de opgenomen beelden vaker en/of in ander verband worden uitgezonden dan degene die toestemming gaf voor ogen stond.

Overigens kan toestemming ook worden afgeleid uit het feit dat iemand weet dat hij gefotografeerd wordt of dat de kans daarop zeer groot is.

Toestemming vragen is vaak onwerkbaar. Voor persfotografen, maar ook voor documentairemakers is het spontane van het moment dan al weg.

Het gaat mijns inziens te ver om op basis van dit arrest te concluderen dat de fotograaf *altijd* toestemming moet vragen, met name wanneer het gaat om persfotografie. Het Hof hecht vooral belang aan de bijzondere omstandigheden (klein kind, geen toestemming, steriele kamer) waarin de foto is genomen, waarbij een koppeling wordt gemaakt met de weigering om de negatieven te verstrekken. Het feit dat de directie niet om toestemming van de ouders vroeg, maar de fotograaf wel toestond de steriele kamer te betreden en vervolgens weigerde de negatieven af te geven, woog zwaar. Het is dan lastig om uit zo'n zaak algemene regels te destilleren.

De Nederlandse belangenafweging blijft gewoon in stand; die lijkt mij niet in strijd met 8 EVRM. Als er geen toestemming is voor het maken van de opname, moet worden vastgesteld of de geportretteerde een redelijk belang heeft om zich tegen *publicatie* van het portret te verzetten. Dan wordt dus gekeken of de privacy is aangetast. Maar het is niet onwaarschijnlijk dat een geportretteerde nu sneller een redelijk belang in de zin van artikel 21 Aw zal hebben als de toestemming voor het *maken* van het portret ontbreekt. Als dat het geval is, dient beoordeeld te worden of de foto niettemin gepubliceerd mag worden op grond van de vrijheid van meningsuiting. Rechtvaardigt de schending van de privacy een beperking van de vrijheid van meningsuiting, is dan de vraag. De fotograaf zal in een voorkomend geval kunnen betogen, waarmee hij juist die foto wilde maken en publiceren. Er zijn al uitspraken bekend, waarin rechtbanken overwegen dat er niet overtuigend is aangevoerd, waarom nu juist die foto gebruikt moest worden.⁷ Dit is mijns inziens overigens een onjuiste toets, met name wanneer het gaat om onschuldige foto's. Schuijt schreef al in zijn noot onder het *Hannover*-arrest:

Als de bijdrage aan het publieke debat ontbreekt wil dat niet zeggen dat de publicatie niet beschermd is door artikel 10 EVRM. Ook dan moet men nagaan of en in hoeverre inbreuk gemaakt wordt op iemands persoonlijke levenssfeer. Bij tamelijk onschuldige foto's moet dan m.i. voorrang gegeven worden aan de persvrijheid.⁸

Art. 10 EVRM

In de Griekse zaak speelde geen publiek of journalistiek belang, zodat het belang van de vrijheid van meningsuiting niet is meegewogen.

Het Hof laat expliciet ruimte dat een foto kan worden genomen bij een activiteit in de openbare ruimte waarvan waarschijnlijk is dat die vastgelegd of gerapporteerd zal worden. Fotograferen van mensen in de openbare ruimte is in principe nog steeds toegestaan. Wanneer het echter om intimiteiten gaat, wordt er al snel een grens overschreden.⁹ Voor nieuwswaardige of publieke personen geldt ook dat je die op andere momenten kan fotograferen.

In een andere recente uitspraak van het Europese Hof (*Egeland en Hanseid/Noorwegen*)¹⁰ oordeelde het Hof dat een zonder toestemming genomen foto van een veroordeelde niet gepubliceerd had mogen worden. De veroordeelde werd een half uur na het uitspreken van het vonnis gefotografeerd, toen zij van de rechtbank naar een auto liep. De foto's waren genomen in de openbare ruimte bij een publieke gebeurtenis en de zaak had heel veel media-aandacht gekregen. De foto's zelf echter toonden de veroordeelde op nogal opdringerige wijze op een voor haar kwetsbaar moment. In die zaak speelde mee

1 EHRM Sciacca v. Italië, no. 50774/99, § 29.

2 Rb. Amsterdam 7 mei 2003, NJ 2004, 66 (zoon-tje Paul de Leeuw).

3 EHRM 24 juni 2004, nr. 59320/00, *Mediaforum* 2204-7/8, (*Caroline von Hannover/Duitsland*).

4 Hof Amsterdam 27 april 1989, AMI 1989/5, p. 125-126 m.nt. Cohen Jehoram (*Vondelpark*).

5 <http://www.nu.nl/column/1947401/fotograferen-verboden.html>.

6 Hof Amsterdam 7 november 1996, NJ 1998, 715.

7 Rb. Rotterdam 26 november 2008, LJN BG7976, (*Turks dansfeest*) waarin hoger beroep is ingesteld.

8 EHRM 24 juni 2004, *Mediaforum* 2004-7/8, nr. 27 m.nt. G.A.I. Schuijt (p. 262).

9 Zie bijvoorbeeld de *Wasteland*-zaak, Rb. Amsterdam 10 juli 1996, *Mediaforum* 1996-10.

10 EHRM 16 april 2009, 34438/04.

dat het in Noorwegen bij wet verboden is om verdachten of veroordeelden te fotograferen, waarbij er wel ruimte is voor een uitzondering op grond van artikel 10 EVRM. In die zaak overwoog het Hof (§ 62) dat de afwezigheid van toestemming van de geportretteerde wel degelijk relevant is. Het feit dat zij daarvoor veelvuldig de pers had gezocht deed aan het verbod niet af. Privacy en vrijheid van meningsuiting wogen even zwaar voor het Hof. De boete die was opgelegd voor de publicatie van de foto's viel binnen de *margin of appreciation* van Noorwegen. Uit deze zaak komt ook naar voren dat toestemming een omstandigheid is die wordt meegewogen bij de belangenafweging.

Voor iedere foto geldt steeds dat alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. Dat in Nederland de informatievoorziening hoog staat aangeschreven volgt ook het de zaak van de jongere vrouw van het Hof Amsterdam.¹¹ Daarin overwoog het Hof:

Het belang van de informatievoorziening brengt mee dat 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. De foto waar het in dit geding om gaat, is neutraal. Ook kan – objectief gezien – niet worden gezegd dat de foto op enigerlei wijze compromitterend of diskwalificerend is of een zodanig effect heeft.

Dit alles maakt dat er voor Nederland weinig is veranderd. Er zal vermoedelijk eerder worden geconcludeerd dat er een redelijk belang is als er geen toestemming is verleend voor het nemen van de foto. Vervolgens komt de afweging met het belang van de vrijheid van meningsuiting. Aangezien hier alle omstandigheden worden meegewogen zal enkel het ontbreken van toestemming niet snel betekenen dat een beperking van de uitingsvrijheid noodzakelijk wordt geacht. Andere omstandigheden, zoals de wijze waarop de foto is genomen, moeten worden meegewogen. Zo kan ook meespelen *waar* de foto is genomen. Een fotograaf moet vooral oppassen bij situaties waarin mensen zich onbespied mogen wanen: thuis of in voor het publiek toegankelijke ruimten. Het Wetboek van Strafrecht (art. 139f) verbiedt ook het maken van opnamen in besloten ruimten. Maar ook daar vindt er een belangenafweging plaats. Op dat punt is er dus weinig nieuws onder de zon.

Bewaren

Een ander element dat volgens het Hof in de *Reklos*-zaak bijdroeg aan de schending van artikel 8 EVRM is dat de negatieven werden gehouden door de fotograaf. Dit is in lijn met de benadering in de Britse DNA Databank-zaak van 4 december 2008 (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*)¹² waarin de focus op verzamelen en bewaren van persoonlijke informatie lag in tegenstelling tot het gebruik van die informatie. Het bewaren van data kan al een inbreuk op artikel 8 opleveren. Dit lijkt op de bescherming die de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) biedt. De geportretteerde kan zich op grond van de Wbp verzetten tegen het ongewenst bewaren (of verwerken) van zijn foto. De verwerker van het portret kan zich dan beroepen op een gerechtvaardigd belang (art 8, onder f, Wbp). Dit belang kan bijvoorbeeld de informatievoorziening c.q. persvrijheid zijn. Hierover is al eerder gepubliceerd door Kabel¹³ en Pinckaers.¹⁴

Geportretteerden (en hun ouders) kunnen hoop putten uit dit arrest, doordat zij nu vermoedelijk eerder een redelijk belang zullen hebben in de zin van artikel 21 Auteurswet. In dat opzicht lijkt de bescherming van het portretrecht weer wat verder uitgebreid. Maar het is afwachten hoe de Nederlandse rechter na de *Reklos*-zaak met de belangenafweging om zal gaan, met name wanneer het gaat om onschuldige foto's die zonder toestemming zijn genomen. Uiteindelijk zal dat keer op keer afhangen van de omstandigheden van het geval.

11 Hof Amsterdam 27 januari 2009, AMI 2009/2, nr 6 m.nt. J.C.S. Pinckaers, B9 7529.

12 EHRM 4 december 2008, 30562/04; 30566/04.

13 J.J.C. Kabel, 'De werkers van het woord verworden tot verwerkers', NJB 2008/35, p. 1747.

14 Hof Amsterdam 27 januari 2009, AMI 2009/2, nr. 6 (*De Rooij-Van den Boogaard/Hollandse Hoogte*) m.nt. J.C.S. Pinckaers.

Nr. 17 Sanoma/Nederland

EHRM 31 maart 2009
(Application no. 38224/03)

In the case of Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands,

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting as a Chamber composed of: Josep Casadevall, *President*, Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ineta Ziemele, Luis López Guerra, Ann Power, *Judges*, and Santiago Quesada, *Section Registrar*,

Having deliberated in private on 10 March 2009,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 38224/03) against the Kingdom of the Netherlands lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a limited liability company (*besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*) incorporated under Netherlands law, Sanoma Uitgevers B.V. ("the applicant company"), on 1 December 2003.
2. The applicant company were represented initially by Ms E. Z. Perez and later by Mr D. R. Doorenbos, both at relevant times lawyers practising in Amsterdam. The Netherlands Government ("the Government") were represented by their Agents, Mr R. A. A. Böcker and Ms J. Schukking of the Ministry for Foreign Affairs.
3. The applicant company alleged, in particular, that their rights under Article 10 had been violated as a result of their having been compelled to give up information that would allow sources of journalistic information to be identified.
4. On 23 March 2006 the President of the Third Section decided to give notice of the application to the Government. It was also decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility (Article 29 § 3).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. Factual background

5. The applicant company are based in Hoofddorp. Their business is publishing and marketing magazines, including the weekly *Autoweek* which caters to those who are interested in motor cars.
6. The facts of the case, as submitted by the parties and apparent from documents available to the public, may be summarised as follows.
7. On 12 January 2002, an illegal street race was held in an industrial area on the outskirts of the town of Hoorn. Journalists of *Autoweek* attended this race at the invitation of its organisers. The journalists were given the opportunity to take photographs of the street race and of the participating cars and persons. Before they were given permission to take photographs, the journalists were made to guarantee the participants that the latter's identity would remain undisclosed. The street race was ended by the police, who were present and eventually intervened. The police did not make any arrests.
8. The applicant company intended to publish an article about illegal car races in *Autoweek* no. 7/2002 of 6 February 2002. This article would be accompanied by photographs of the car race held on 12 January 2002. These photographs would be edited in such a manner that the participating cars and persons were unidentifiable, thus guaranteeing the anonymity of the participants in the race. The original photographs were stored by the applicant company on a CD-ROM, which was kept in the editorial office of a different magazine published by the applicant company (not *Autoweek*).

B. The seizure of the CD-ROM and ensuing proceedings

9. In the morning of Friday 1 February 2002, a police officer contacted the *Autoweek* editorial office by telephone, summoning the editors to surrender to the police all photographic materials concerning the street race of 12 January 2002. This police officer was informed by the staff member whom she had called, i.e. the features chief editor (*chef reportage*), that this request could not be met as the journalists had only been given permission to take photographs of the street race after having guaranteed the anonymity of the participants in the race. He further told this police officer that he thought that the press was