

# EHRC 2017/181, EHRM, 20-06-2017, 13812/09 (annotatie)

## INHOUDSINDICATIE

Privacy, Reputatie, Eer en goede naam, Portretrecht, Informed consent

## GA DIRECT NAAR

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

## GEGEVENS

<b>Instantie</b>	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
<b>Datum uitspraak</b>	20-06-2017
<b>Publicatie</b>	EHRC 2017/181 (Sdu European Human Rights Cases), aflevering 10, 2017
<b>Annotator</b>	mr. drs. B. van <a href="#">der</a> <Sloot>
<b>Zaaknummer</b>	13812/09
<b>Rechtsgebied</b>	Mensenrechten (EVRM)
<b>Rubriek</b>	Uitspraken EHRM
<b>Rechters</b>	Jäderblom (President) López Guerra Dedov Pastor Vilanova Polácková Serghides Schukking
<b>Partijen</b>	Bogomolova tegen Rusland
<b>Regelgeving</b>	EVRM - 8

## SAMENVATTING

Een vrouw geeft toestemming voor het nemen van een foto van haar zoon in de publieke ruimte. De foto wordt zonder haar medeweten en toestemming gebruikt voor een folder over het adopteren van weeskinderen, waardoor onterecht de indruk kan ontstaan dat haar zoon wees is. De vrouw wordt in nationale aanleg in het ongelijk gesteld; het EHRM vindt dit een schending van het recht op privacy onder art. 8 EVRM.

## **I. The applicant's standing to act on behalf of her son in the proceedings before the court**

32. The Government did not dispute that the applicant had standing to lodge the present application not only on her own behalf but also on behalf of her son. The Court sees no reason to find otherwise and therefore accepts that the applicant has standing to lodge the present application on her own behalf and also on behalf of her minor son.

## **II. Alleged violation of Article 8 of the Convention**

33. The applicant complained under Article 8 of the Convention, on her behalf and on behalf of her minor son, that the unauthorised publication of her son's photograph in a booklet produced for the Municipal Child Protection Centre had infringed their private and family life. She further complained that the domestic courts had failed to protect her and her son's rights to respect for their private and family life.

Article 8 of the Convention reads as follows:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

### **A. Admissibility**

#### **1. The parties' submissions**

34. The Government raised two objections as to the admissibility of the application.

35. First, the application was incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention, since it had been directed against private parties. In particular, the boy's photograph had been taken by a private photographer and published by a private company. The applicant brought court proceedings against those private parties and not against State authorities. The Centre, which had ordered the booklet, took part in those proceedings as a third party.

36. Secondly, the applicant had not exhausted domestic remedies available to her in respect of her complaint of a violation of her son's right to respect for his family and private life. In particular, in her claim lodged before the domestic courts the applicant complained that her honour and reputation had been discredited by the publication of her son's photograph in the booklet. However, as was pointed out by the appeal court, the applicant had not raised any claim under Article 152.1 of the Civil Code (see Relevant domestic law above) about the allegedly unlawful use of her son's photograph. The domestic courts examined the applicant's

claims as they had been presented in her statement of claim, in accordance with Article 196 § 3 of the Code of Civil Procedure (see Relevant domestic law above).

37. The applicant did not comment.

## 2. The Court's assessment

### (a) Compatibility *ratione personae*

38. In accordance with Article 34 of the Convention, the Court can only deal with applications alleging that State bodies have committed a violation of the rights guaranteed by the Convention. The Court has no jurisdiction to consider applications directed against private individuals or businesses (see, among other authorities, *Reynbakh v. Russia*, no. 23405/03, § 18, 29 September 2005).

39. In the present case, the applicant's complaint is twofold. First, she complained that the publication of her minor son's photograph in the booklet had infringed their private and family life. Secondly, she complained that the domestic authorities had failed to protect her and her son's right to respect for their private and family life.

40. Regarding the first part of the applicant's complaint, the Court notes that it has been established in the domestic proceedings that the booklet had been prepared and published by a private publishing company at the request of the Centre, a State body. The photograph had been put on the front page of the booklet by Mr P., who had been contracted to work for the publishing company. The applicant initially brought civil proceedings against the Centre, but subsequently she agreed with the domestic court that the Centre was not a proper defendant in the case and had to be replaced by the publishing company and Mr P. Therefore, even assuming that the Centre might have had a share of responsibility in that the boy's photograph had appeared on the front page of its booklet, the applicant did not pursue her claims against it. As for the publishing company, it was not owned by the State, did not exercise any public functions and the State does not appear to have had effective control of it. It follows that in so far as the applicant complains of the actions of that company, this part of the application is incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4.

41. However, the second limb of the applicant's complaint was directed against the domestic authorities, who had dealt with her complaints concerning the alleged violation of her and her son's right to respect for their private and family life, and is therefore compatible *ratione personae* with the provisions of the Convention. It follows that the Government's objection to this effect in respect of that part of the application must be dismissed.

### (b) Exhaustion of domestic remedies

42. The purpose of the requirement of exhaustion of domestic remedies under Article 35 § 1 of the Convention is to afford the Contracting States the opportunity to prevent or put right the violations alleged against them before those allegations are submitted to the Court (see *Selmouni v. France*[GC], no. 25803/94, § 74, ECHR 1999-V, with further references). Whereas Article 35 § 1 of the Convention must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism, it does not require merely that applications should be made to

the appropriate domestic courts and that use should be made of effective remedies designed to challenge decisions already given. It normally requires also that the complaints intended to be brought subsequently before the Court should have been made to those same courts, at least in substance and in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law (see, among other authorities, *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, §142, ECHR 2010).

43. The Court observes that in her statement of claim submitted to the District Court on 20 March 2008, the applicant complained that her honour, dignity and professional reputation had been damaged by the unlawful publication of her minor son's photograph in the booklet. In particular, she submitted that the photograph of her son had been published in the booklet without her knowledge and consent, and had subsequently been widely distributed (see paragraph 15 above). It is true that the applicant did not explicitly rely on Article 152.1 of the Civil Code. However, it was for the District Court, during the preparation of the case for a court hearing, to determine which law to apply in order to decide the case on the basis of the totality of the data at its disposal (see paragraphs 29 and 30 in Relevant domestic law above). Furthermore, it appears from the records of the court hearings that the applicant's representative, G., had expressly complained to the District Court that the photograph had been published without the applicant's consent, in breach of Article 152.1. of the Civil Code (see paragraph 21 above). The Court further notes that in her grounds of appeal against the judgment of 20 June 2008, the applicant also complained that the District Court had not examined the case from the standpoint of Article 152.1. of the Civil Code (see paragraph 25 above). Having regard to the above, the Court considers that the applicant raised her complaint of unlawful publication and dissemination of her son's photograph before the domestic courts and therefore provided them with an opportunity to put right the alleged violation of her and her son's rights under Article 8 of the Convention.

44. Accordingly, the Court dismisses the Government's objection as to non-exhaustion of domestic remedies.

## (c) Conclusion

45. Having regard to its findings in paragraph 40 above, the Court considers that the applicant's complaint about the actions of the publishing company is incompatible *ratione personae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4.

46. Having regard to its findings in paragraphs 41 and 44 above, the Court considers that the applicant's complaint about the domestic authorities' failure to protect her and her son's rights to respect for their private and family life is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

## B. Merits

### 1. The parties' submissions

47. The Government considered that there had been no violation of the rights of the applicant and her son to respect for their private and family life.

48. They submitted that in the case of *Peck v. the United Kingdom* (no. 44647/98, §§ 61-63, ECHR 2003-I) the Court had identified the following criteria to be applied in order to decide whether the publication of a photograph should be regarded as an interference with private life: whether the photograph related to private or public matters, and whether the material thus obtained was envisaged for a limited use or was likely to be made available to the general public. Applying those criteria to the present case, the Government submitted that the photograph did not relate to any private matter concerning the applicant – it did not show any scene from her private and everyday life and it had been taken in a public place with the applicant’s permission. Moreover, it had not been widely disseminated and its publication had had no impact on the applicant’s relationship with others. Referring to the case of *Friedl v. Austria* (31 January 1995, §§ 50-51, Series A no. 305 B), the Government also pointed out that the booklet did not contain any information as to the identity of the applicant’s son and no action had been taken to identify the boy from the photograph. The publication of the photograph also served a noble purpose, namely to find adoptive families for orphans.

49. The Government further submitted that even assuming that the State’s positive obligations in respect of the private and family life of the applicant and her son were engaged in the present case, Russia had complied with its positive obligations. The domestic courts had examined the applicant’s claims under Article 152 of the Civil Code and had come to the conclusion that the information contained in the booklet had not adversely affected the applicant’s honour, dignity and reputation.

50. The applicant maintained her complaint.

## 2. The Court’s assessment

### (a) General principles

51. The “notion” of private life within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which extends to a number aspects relating to personal identity, such as a person’s name or image, and furthermore includes a person’s physical and psychological integrity; (see *Von Hannover v. Germany* (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 95, ECHR 2012, with further references). The Court has also accepted that a person’s reputation (see *Pfeifer v. Austria*, no. 12556/03, § 35, 15 November 2007) and honour (see *Sanchez Cardenas v. Norway*, no. 12148/03, § 38, 4 October 2007) form part of his or her personal identity and psychological integrity and therefore also fall within the scope of his or her “private” life. In order for Article 8 to come into play, the attack on personal reputation must attain a certain level of seriousness and must have been carried out in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life (see *A. v. Norway*, no. 28070/06, § 64, 9 April 2009 and *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012).

52. Regarding photographs, the Court has stated that a person’s image constitutes one of the chief attributes of his or her personality, as it reveals the person’s unique characteristics and distinguishes the person from his or her peers. The right to the 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. It mainly presupposes the individual’s right to control the use of that image, including the right to refuse publication thereof (see *Reklos and Davourlis v. Greece*, no. 1234/05, § 40, 15 January 2009).

53. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in effective respect for private and family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of relations of individuals between themselves. That also applies to the protection of a person's picture against abuse by others (see *Von Hannover (no. 2)*, cited above, § 98, with further references).

## **(b) Application of those principles to the present case**

54. It is common ground between the parties that the photograph published in the booklet was a photograph of the applicant's son taken when the boy had been on holiday, and that 200 copies of the booklet with the photograph of the boy were published and a number of them were distributed in the Usolskiy District of the Perm region. Furthermore, it was not disputed that the publication of the photograph was not accompanied by any information or comments concerning the applicant herself. Nevertheless, the Court considers that the effect of the publication of the photograph on the applicant's reputation can be accepted to have attained a certain level of seriousness and prejudiced the applicant's enjoyment of her right to respect for her private life. Having regard to the above, the Court considers that the publication of the photograph falls within the scope of the applicant's and her son's "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention.

55. The main issue in the present case is whether the domestic courts afforded the applicant and her son sufficient protection of their private life.

56. The Court observes that in taking their decision to dismiss the applicant's claims, the domestic courts established that the photograph had been taken with the applicant's authorisation and that the applicant had not placed any restrictions or conditions on its use. However, they failed to examine whether she had given her consent to the publication of the photograph.

57. The Court further notes that the present case concerns the publication of a photograph which, at least by inference, can be seen to suggest that the applicant's son was an orphan. Consequently, the impugned publication could have given its readers the false impression that the applicant's son had no parents or that his parents had abandoned him. Any of these or other similar false impressions could prejudice the public perception of the family bond and relations between the applicant and her son.

58. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there has been a violation of Article 8 of the Convention.

## **III. Application of Article 41 of the Convention**

59. 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**

60. The applicant claimed 5,200 Russian roubles (RUB) in compensation for the sums recovered from her in favour of the Centre by the decision of 20 January 2009. She also claimed RUB 300,000 in respect of non-pecuniary damage.

61. The Government contested those claims.

62. The Court awards the applicant 130 euros (EUR) in respect of pecuniary damage and EUR 7,500 in respect of non-pecuniary damage.

## **B. Costs and expenses**

63. The applicant also claimed RUB 11,200 for the costs and expenses incurred before the domestic courts.

64. The Government submitted that the applicant had not provided any documents to confirm that those expenses had been incurred.

65. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award the sum of EUR 100 covering costs under all heads.

## **C. Default interest**

66. The Court considers it appropriate that the default interest rate 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. *Declares* the complaints concerning the domestic authorities' failure to protect the applicant's and her son's rights to respect for their private and family life admissible and the remainder of the application inadmissible;

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

3. *Holds*

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement:

(i) EUR 130 (one hundred and thirty euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of pecuniary damage;

(ii) EUR 7,500 (seven thousand five hundred euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(iii) EUR 100 (one hundred euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;

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

4. *Dismisses* the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

## NOOT

1. De uitspraken van het EHRM worden steeds korter. Steeds vaker zijn zaken slechts een toepassing van reeds ontwikkelde principes of worden principiële vragen onbeantwoord gelaten en ontweken. Door de toename in zaken die het Hof moet behandelen, het feit dat sommige landen stelselmatig de meest basale rechtsbeginselen ondermijnen en door de keuze van het EHRM voor een 'case-by-case'-benadering worden zaken steeds vaker op hun eigen merites beoordeeld, al naar gelang de omstandigheden van het geval. Dit heeft ten gevolge dat uitspraken steeds minder zeggingskracht hebben en minder algemene rechtsprincipes ontwikkelen, zodat elke volgende uitspraak weer opnieuw op zijn eigen merites moet worden beoordeeld, omdat er weinig algemene rechtsregels zijn. Dit leidt dan weer tot een toenemend aantal rechtszaken voor het EHRM, zodat de vicieuze cirkel een feit is.

2. Op het eerste gezicht is de onderhavige zaak een voorbeeld van de zojuist beschreven ontwikkeling. De zaak is goed beschouwd geen rechterlijke uitspraak, met enige vorm van juridische analyse; het is een kort salvo aan feitelijke constatering en niet-onderbouwde conclusies van het Hof. De inhoudelijke behandeling van de zaak bestaat uit nog geen 350 woorden. Daarin valt slechts te lezen dat er van mevrouw Bogomolova's kind een foto is genomen die voor een folder voor weeskinderen is gebruikt, zonder haar medeweten en toestemming. De Russische rechter heeft het recht op privacy niet goed meegenomen in zijn oordeel, zodat de uitspraak in de nationale procedure, waarin mevrouw in het ongelijk werd gesteld, in strijd wordt geacht met art. 8 EVRM.

3. Op het tweede gezicht is er ook wat verstrekkendere interpretatie mogelijk van deze uitspraak en speelt er een aantal vrij fundamentele punten. Is het zo dat portretrecht nu ook door het recht op de bescherming van het privéleven wordt beschermd en onder de reikwijdte van art. 8 EVRM valt? Volgt uit deze uitspraak dat Bogomolova niet alleen namens haar kind mag opkomen, van wie een foto is gemaakt, maar ook zelf aanmerkelijk getroffen is door de publicatie? Waar bestaat de schade eigenlijk precies uit en kan het EHRM het feitenonderzoek van de Russische rechter waaruit blijkt dat mevrouw geen schade heeft geleden zonder nader onderzoek verwerpen? Blijkt nu eigenlijk uit deze uitspraak van het EHRM dat een rechtsregel onder het EVRM is dat er voorafgaande toestemming moet zijn voor de publicatie van een foto, zelfs als de foto is genomen in de openbare ruimte en wordt gebruikt voor het nastreven van een algemeen belang? Zelfs als het niet mogelijk blijkt de identiteit van de persoon op de foto te achterhalen, zelfs als de moeder aanvankelijk toestemming heeft gegeven voor het nemen van de foto en zelfs als het gaat om een folder met een zeer kleine oplage? Omdat het zo'n korte uitspraak betreft, is het niet mogelijk een eenduidig antwoord te geven op deze vragen. Wel is het volgende duidelijk.

4. Het meest interessante aan deze uitspraak is misschien nog het feitelijk relaas; het leest als een kleine whodunit. Op een gegeven moment worden er folders verspreid, 200 stuks in totaal, door het Centre for Psychological, Medical and Social Support of the Usolskiy District,



Perm regio. De folder met de titel “Children need a family”, wordt onder andere verspreid in het gebied waar de klaagster en haar zoon leven. In de folder staat informatie over het adopteren of in huis nemen en verzorgen van een kind dat wees is of ouderlijke verzorging ontbeert. Op de voorkant van de folder prijkt de foto van de zoon van de klaagster. Het centrum krijgt een aantal telefoontjes van mensen die het kind op de voorkant wel willen adopteren. De klaagster is verrast en stapt naar de autoriteiten. Die geven aan dat er geen strafrechtelijk onderzoek zal worden ingesteld, maar dat het haar vrij staat een civiele procedure te starten. Ze klaagt vervolgens het centrum aan. Dat stelt echter dat hen niets te verwijten valt, aangezien de folder is opgemaakt door een apart ingehuurde opmaker. Het centrum heeft wel een aantal foto's aangeleverd, maar deze niet. Het bedrijf dat de opmaak verzorgde stelt vervolgens dat het niet verantwoordelijk was voor de opmaak, maar ene meneer P., die op tijdelijke basis was ingehuurd voor deze klus. Meneer P. geeft echter aan dat de foto's zijn genomen door ene meneer Sh. Sh. zou aan mevrouw Bogomolova toestemming hebben gevraagd om de foto te nemen, waarbij zij geen restricties stelde aan het gebruik van de foto's. Meneer P. had de foto's al een tijd in bezit en heeft ze uiteindelijk gebruikt voor de folder.

5. In de nationale rechtsgang worden een aantal verweren aangevoerd door het bedrijf dat de opmaak verzorgde en door meneer P. Meneer Sh. blijft buiten beeld, ook al stellen beiden dat deze meneer de hoofdverantwoordelijke is. Ten eerste zou mevrouw toestemming hebben gegeven voor het nemen van de foto. Ten tweede zou mevrouw niet hebben aangegeven dat de foto niet voor doeleinden als in de onderhavige zaak verwezenlijkte zou mogen worden gebruikt. Ten derde bevat de Russische wet een uitzondering voor het vereiste van voorafgaand toestemming voor het gebruik van foto's in het geval dit gebruik een algemeen en publiek belang dient. De Russische rechter wijst de claim van Bogomolova af, met name omdat er geen schade is aangetoond: “The court has established that the honour, dignity and professional reputation of the plaintiff were not affected by the publication of the booklet with the photograph of the plaintiff's son. Thus, all witnesses submitted that they did not have any hostile feelings towards Mrs Bogomolova, the attitude [towards Mrs Bogomolova] of all those questioned [in the court hearing] remained the same: friendly, amicable; they were not aware of any instances of insults, reproaches in respect of the plaintiff. In the subjective view of the witnesses, the booklet in itself had a positive scope. The plaintiff's professional reputation was not affected by the publication of the booklet in any way, since the plaintiff had provided the court with positive references from her workplace, where her pedagogical competences were highly appreciated. The content of the booklet had a positive scope aimed at providing information, did not contain any defamatory details; the photograph on the booklet did not have any defects, and the text in the booklet did not contain any defamatory details either. None of the information in the booklet indicated that defamatory information had been disseminated; it did not diminish the honour, dignity and reputation of Mrs Bogomolova or of her minor son. Therefore, the evidence submitted [to the court] has demonstrated [that the booklet had] a strictly value character, and did not contain any defamatory details, diminishing the plaintiff's and her son's honour, dignity and reputation in the public's opinion and the opinion of certain individuals” (Bogomolova, par. 23). Ook nam de rechter mee dat mevrouw toestemming had gegeven voor het maken van de foto en daaraan geen voorwaarden had gekoppeld. De claim werd derhalve afgewezen.

6. Mevrouw Bogomolova stelt hoger beroep in en stelt met name dat haar claim is afgewezen op basis van art. 152 van het Russische Burgerlijk Wetboek: “1. Every citizen shall have the right to claim through a court that material discrediting his honour, dignity or professional reputation be rebutted, unless the person who has disseminated such information can prove that it has a connection with reality. ... If the said material is contained in a document issued

by an organisation, that document shall be liable to exchange or recall. In other cases, the procedure for rebuttal or correction shall be ruled on by the court. ... 5. Every citizen with respect to whom material discrediting his honour, dignity or professional reputation has been disseminated shall have the right, in addition to rebuttal or correction of the given information, also to claim compensation for loss and for non-pecuniary damage caused by the dissemination of that material ...". Echter, zij wilde ook een beroep doen op art. 152.1 BW, waaruit volgt dat de publicatie van een foto niet is toegestaan zonder (ouderlijke) toestemming: "The publication and further use of a citizen's image (including his photographs, audio records or works of fine art in which he is depicted) are admissible only with his consent. ... Such consent is not required in cases where: 1) the image is used in the interests of the State, or in social or other public interests; 2) the citizen's image is obtained when shooting a film in a place open to the public or during a public event (meeting, congress, conference, concert, performance, sports competition and similar event), with the exception of cases where such an image is the principal object of use; 3) the citizen has posed in return for payment". Het Russische gerechtshof stelt echter dat de rechter in eerste aanleg de claim onder het eerste artikel heeft behandeld en dat mevrouw in eerste aanleg geen beroep heeft gedaan op het tweede artikel. Het betreft dit dan ook niet in zijn oordeel en bekijkt niet of er legitieme toestemming is verkregen en, indien dat niet het geval zou zijn, of één van de uitzonderingsgronden van toepassing zou kunnen zijn. Het stelt dat het oordeel van de rechter onder het eerste artikel helder en duidelijk gemotiveerd is en derhalve in stand moet worden gelaten. In een zaak aangespannen door het centrum wordt mevrouw Bogomolova tot overmaat van ramp ook nog veroordeeld tot het betalen van de juridische kosten door het centrum, namelijk 5.200 roebel, wat naar de huidige koers niet veel meer dan 75 euro bedraagt. Mevrouw stelt vervolgens een klacht in voor het EHRM onder art. 8 EVRM, oftewel het recht op privacy. Daarbij zijn met name negen voorvragen interessant.

7. Ten eerste stelt mevrouw Bogomolova twee klachten in: "The applicant complained under Article 8 of the Convention, on her behalf and on behalf of her minor son, that the unauthorised publication of her son's photograph in a booklet produced for the Municipal Child Protection Centre had infringed their private and family life. She further complained that the domestic courts had failed to protect her and her son's rights to respect for their private and family life" (par. 32). Ten aanzien van de eerste klacht stelt Rusland dat het hier in feite gaat om een horizontale relatie, dat wil zeggen tussen burgers onderling, en niet om een verticale relatie, dat wil zeggen tussen burger en staat. Het EVRM staat alleen klachten toe tegen staten. Het EHRM kent dit verweer toe, aangezien het geen aanwijzing heeft dat één van de betrokken partijen een overheidsinstantie zou zijn of in dienst of in opdracht van de Russische staat zou werken (par. 40).

8. Ten tweede gaat het bijgevolg om de vraag of de Russische staat in dit geval een positieve verplichting had om bescherming te bieden tegen inmenging in de privésfeer door andere burgers of bedrijven en zo ja, wat deze behelst. Het is altijd lastig om te bepalen hoever een dergelijke plicht strekt. Moet de staat optreden om dergelijke inmengingen te voorkomen, dient het zelf actief op te treden in reactie op een onrechtmatige inmenging of dient het slechts een juridische procedure te bieden waarbinnen de klager zijn beklag kan doen? In dit geval lijkt het EHRM het afdoende te vinden dat er een juridische procedure openstond voor mevrouw Bogomolova, maar kan het zich niet vinden in de uitkomst daarvan, of althans, de wijze van behandeling. Dat werpt de vraag op in hoeverre staten een beoordelingsruimte (*margin of appreciation*) toekomt wanneer nationale rechters een inhoudelijk oordeel vormen over een zaak en tot op welk niveau het EHRM zich inhoudelijk in rechterlijke procedures en de uitkomst daarvan kan mengen. Op deze materie gaat het EHRM in deze zaak niet expliciet in. Het stelt simpelweg dat de Russische rechters het bij het verkeerde eind hadden en acht het

oordeel in laatste instantie in strijd met het recht op privacy. Hiermee wordt het EHRM steeds meer een hof in vierde instantie, iets wat uitdrukkelijk niet zijn taak is (zie ook de Interlaken Declaration).

9. Ten derde is de vraag of mevrouw Bogomolova wel alle nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput. De Russische staat wijst er op dat zij in eerste aanleg geen beroep heeft gedaan op art. 152.1 Russisch BW en haar zaak slechts is beoordeeld onder art. 152 Russisch BW. Aangezien haar nog een beroep openstond ten aanzien van het eerstgenoemde artikel moet volgens de Russische staat worden geconcludeerd dat zij niet alle rechtsmiddelen heeft uitgeput. Derhalve moet haar klacht onder het EVRM niet-ontvankelijk worden verklaard. Het EHRM meent echter dat alhoewel mevrouw in eerste instantie geen expliciet beroep heeft gedaan op art. 152.1 Russisch BW, zij dat in hoger beroep wel deed. Ook had de rechter in eerste instantie moeten begrijpen dat zij in feite een beroep wilde doen op deze bepaling en die derhalve in het oordeel moeten betrekken. Daarom moet deze klacht wel ontvankelijk worden verklaard (par. 43). Hierdoor ontstaat de opmerkelijke situatie dat de Russische rechters het artikel niet hebben betrokken in hun oordeel, maar dat het EHRM desalniettemin aanvaardt dat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.

10. Ten vierde is de vraag of de partijen die betrokken waren bij de publicatie van de foto (het centrum, de opmaker, meneer P. en/of meneer Sh.) een beroep zouden kunnen doen op de vrijheid van meningsuiting onder art. 10 EVRM. Doorgaans, als het EHRM een zaak beoordeelt die draait om een in essentie horizontaal conflict, bekijkt het of er van een botsing van mensenrechten sprake is, waarbij als uitgangspunt geldt dat er geen hiërarchie is tussen art. 10 EVRM en art. 8 EVRM en dat deze twee belangen moeten worden afgewogen in de concrete zaak, met medeneming van de omstandigheden van het geval. Hier doet het Hof dat niet. Waarom blijft onduidelijk. Toch is juist het publieke belang dat met de folder gemoeid zou zijn voor de Russische rechters van belang. Het Hof beoordeelt de zaak echter slechts onder art. 8 EVRM.

11. Ten vijfde moet worden opgemerkt dat voor lange tijd het recht op bescherming van een goede naam en van reputatie niet onder art. 8 EVRM viel. Het was door de verdragsopstellers vermeld in lid 2 van art. 10 EVRM en dus geen subjectief recht van het individu, maar een grond op basis waarvan een staat het recht op vrijheid van meningsuiting kan (en niet moet) beperken. Deze keuze is pas zo tussen 2007-2009 door het EHRM verworpen toen het expliciet aannam dat het recht op de bescherming van reputatie ook onder de materiële reikwijdte van art. 8 EVRM valt. Het is niet geheel duidelijk op welke grond het EHRM besluit de klacht in deze zaak *ratione materiae* toe te staan. Aan de ene kant ziet de klacht op de inmenging van “private and family life” (par. 33), en lijkt als zodanig betrekking te hebben op het privéleven van de klaagster en haar zoon en hun familieband. Het Hof verklaart de klacht dan ook ontvankelijk “concerning the alleged violation of her and her son’s right to respect for their private and family life” (par. 41). De klacht werd door de Russische rechters echter met name betrokken op het recht op reputatie en ook het EHRM lijkt zich met name te richten op het recht op de bescherming van de reputatie (pars. 51-53).

12. Ten zesde is de vraag wat nu eigenlijk de juridische rechtsvraag is. Heeft die betrekking op het feit dat mevrouw en/of haar zoon in hun reputatie zijn geraakt of is dat het feit dat zij simpelweg geen controle hebben gehad over de vraag of en hoe de foto werd gebruikt (ongeacht de vraag of er nu schade aan reputatie is geweest)? Het EHRM lijkt hier op twee gedachtes te hinken. Enerzijds wijst het op de serieuze inmenging op het privéleven van de klagers en het feit dat hun reputatie en persoonlijkheidsrecht door de affaire is ondermijnd. Anderzijds wijst het ook op het feit dat het recht op reputatie onder het EVRM “presupposes

the right to control the use of that image. It mainly presupposes the individual's right to control the use of that image, including the right to refuse publication thereof" (par. 52) en dat deze vorm van controle in de onderhavige zaak ontbrak: "it was not disputed that the publication of the photograph was not accompanied by any information or comments concerning the applicant herself" (par. 54). Het is op zich al problematisch dat het EHRM hier conceptuele onhelderheid over laat ontstaan – het is des te problematischer omdat dit nu juist precies het verschil is tussen art. 152 en art. 152.1 Russisch BW. Is het enkele feit dat iemand geen zeggenschap heeft gehad over de publicatie van een foto genoeg om een schending van art. 8 EVRM op te leveren? Als dat laatste het geval zou zijn, dan lijken de implicaties van deze rechtszaak enorm, gezien de enorme hoeveelheid foto's die op bijvoorbeeld Facebook wordt gedeeld, zonder dat voor alle foto's voorafgaande toestemming zal zijn verkregen.

13. Ten zevende zou dit weer een verdere verbreding betekenen van de toch al ruime reikwijdte van het recht op privéleven. Het EHRM is in feite steeds meer een algemeen Europees Hof geworden – het behandelt vrijwel alle zaken die op nationaal niveau spelen, of het nu gaat om bouwfraude, pesten op het werk, geluidsoverlast of naamsveranderingen, het EHRM vindt altijd wel een haakje om een zaak onder het EVRM te kunnen behandelen. Waar het EVRM ooit was vervaardigd om grootschalige mensenrechtenschendingen door staten tegen te gaan, daar valt nu vrijwel ieder futiel persoonlijk belang onder de noemer 'mensenrecht'. Het gaat in deze zaak om een foldertje met een oplage van 200 stuks, waarop de foto van een kind staat afgebeeld en de klacht van de moeder is dat onterecht in de folder wordt gesuggereerd dat haar kind een wees is. Waar de opstellers van het EVRM voor ogen hadden het tegengaan van misdaden als de Jodenvervolging, gedwongen medische experimenten en eugenetica en de uitholling van de democratische rechtstaat als zodanig, daar is het EVRM nu verworpen tot een verdrag dat allerhande klein leed aanpakt.

14. Ten achtste is de vraag wiens klacht het hier betreft. Van de moeder, van de zoon of van de moeder en de zoon. Is hun beider recht op reputatie geschonden en zo ja, bestaat daar nog verschil tussen? Heeft de moeder *standing* om zelf een klacht in te dienen onder art. 8 EVRM of kan zij slechts een klacht indienen namens haar zoon? Het EHRM gaat niet in op deze vragen en stelt slechts dat hierover geen discussie bestaat tussen partijen: "The Government did not dispute that the applicant had standing to lodge the present application not only on her own behalf but also on behalf of her son. The Court sees no reason to find otherwise and therefore accepts that the applicant has standing to lodge the present application on her own behalf and also on behalf of her minor son" (par. 32). Het lijkt erop dat het Hof de zaak ontvankelijk verklaart voor wat betreft zowel de klacht van de moeder als van de zoon aangaande de schending van hun reputatie. Heeft de moeder een afgeleid recht op reputatie?

15. Ten negende is de vraag of de inbreuk op hun reputatie ernstig genoeg is om als schending van een mensenrecht te worden gezien. Niet elke inperking valt immers onder de bescherming van het EVRM. Het moet gaan om een inmenging waaruit daadwerkelijke en substantiële schade is ontstaan. Dit is door een verdragswijziging ook vastgelegd in art. 35 lid 3 sub b EVRM, de zogenoemde *de minimis*-regel, waaruit volgt dat zaken in principe niet ontvankelijk moeten worden verklaard als 'de verzoeker geen wezenlijk nadeel heeft geleden'. Omdat de verdragsopstellers er expliciet voor hadden gekozen om het recht op reputatie geen subjectief recht te laten zijn, omdat het recht op reputatie zeer breed en veelomvattend is, omdat het vaak met name speelt in horizontale verhoudingen (bijvoorbeeld via de pers of middels sociale media op het web) en omdat het voornamelijk gaat om de positieve verplichting van staten om in horizontale verhoudingen de mensenrechten te waarborgen, heeft het EHRM gesteld dat ten aanzien van het nieuw aangenomen recht op bescherming van reputatie, eer en goede naam een extra drempel geldt: "The Court has also

accepted that a person's reputation and honour form part of his or her personal identity and psychological integrity and therefore also fall within the scope of his or her "private" life. In order for Article 8 to come into play, the attack on personal reputation must attain a certain level of seriousness and must have been carried out in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life" (par. 51). De Russische rechter wees er nu juist op dat er geen echte schade was voor mevrouw. De kennissen van Bogomolova die waren geïnterviewd door de rechter waren niet anders over mevrouw en haar zoon gaan denken en benaderde hen nog steeds positief. Ook al stelde mevrouw dat zij negatief werd bejegend en ook al heeft zij op een gegeven moment ontslag genomen van haar werk, de Russische rechter vond het niet aannemelijk dat zij substantiële schade had geleden. Dit is een interessant punt omdat het bij het recht op privacy vrijwel altijd moeilijk is om concrete schade aan te tonen. Welke schade ondervindt een persoon wiens telefoon is afgetapt als de informatie direct daarna wordt vernietigd; wat is het probleem als iemand zonder toestemming het huis binnentreedt, maar geen objecten meeneemt of informatie aan derde doorspeelt over de inrichting van het huis? De Russische rechter heeft in dit geval onderzoek hiernaar gedaan en heeft geconstateerd dat er geen echte schade is ontstaan door de publicatie van de foto. Het EHRM wil hier niet aan, maar waarom wordt helaas niet toegelicht. De volledige overweging die hieraan wordt gewijd is: "It is common ground between the parties that the photograph published in the booklet was a photograph of the applicant's son taken when the boy had been on holiday, and that 200 copies of the booklet with the photograph of the boy were published and a number of them were distributed in the Usolskiy District of the Perm region. Furthermore, it was not disputed that the publication of the photograph was not accompanied by any information or comments concerning the applicant herself. Nevertheless, the Court considers that the effect of the publication of the photograph on the applicant's reputation can be accepted to have attained a certain level of seriousness and prejudiced the applicant's enjoyment of her right to respect for her private life. Having regard to the above, the Court considers that the publication of the photograph falls within the scope of the applicant's and her son's "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention" (par. 54). Waarom dit zo zou zijn, waarom er hier sprake is van een ernstige inmenging in het privéleven, waar de schade *in casu* nu uit bestaat, blijft echter onduidelijk. Dit is te meer een reden om te vermoeden dat wat hier in feite centraal staat het gebrek aan toestemming is en dat deze zaak in feite een vorm van portretrecht onder art. 8 EVRM schaart.

16. Dan de inhoudelijke beoordeling van de zaak. Die bestaat uit welgeteld vijf zinnen die al zijn weer gegeven in het bovenstaande cursiefje. Het EHRM concludeert in die zinnen tot een schending van art. 8 EVRM. Wellicht zal het EHRM binnenkort zijn zaken in 140 tekens kunnen wijzen. Het is lastig een dergelijke uitspraak te annoteren, anders dan er op te wijzen dat veel van de gestelde vragen en opgeworpen argumenten door de verschillende partijen niet worden beantwoord of besproken. Zegt het EVRM nu dat als er geen voorafgaande toestemming is voor de publicatie van een foto, dit in principe als onrechtmatig heeft te gelden; is dit alleen zo als de foto ook valse suggesties wekt; of is het punt dat de Russische rechter volgens het EHRM niet afdoende heeft bekeken in hoeverre de Russische wet op dit punt was nageleefd of niet? Tot slot nog drie punten.

17. Ten eerste geeft het EHRM een interpretatie ten aanzien van twee vraagstukken die spelen in het gegevensbeschermingsrecht. Enerzijds hanteert de Russische rechter een zogenoemde opt-out benadering (waarbij er bijvoorbeeld persoonsgegevens mogen worden verzameld, cookies op computers mogen worden geplaatst of, zoals in dit geval, de foto mag worden gebruikt in een folder, tenzij hier bezwaar tegen wordt gemaakt), terwijl het EHRM uitgaat van een zogenoemde opt-in benadering (waarbij een inmengingen in het privéleven slechts is geoorloofd als er vooraf uitdrukkelijke toestemming is verkregen). Anderzijds gaat het om

hergebruik voor nieuwe of onbekende doeleinden. Waar de Russische rechter er op wijst dat mevrouw Bogomolova toestemming heeft gegeven voor het nemen van de foto en daarbij geen restricties heeft geplaatst ten aanzien van het gebruik van de foto voor nieuwe doeleinden, waardoor het ervan uitgaat dat dit hergebruik rechtmatig is, lijkt het EHRM er van uit te gaan dat ook voor het hergebruik van de foto voor nieuwe, niet expliciet gemelde doeleinden uitdrukkelijke toestemming moet worden verkregen.

18. Ten tweede wordt er vaak een onderscheid gemaakt tussen de Amerikaanse en Europese privacybenadering. Waar in de Verenigde Staten privacy met name in horizontale verhoudingen wordt beschermd, daar ziet Europese privacybescherming juist op verticale verhoudingen. Waar de Amerikanen privacy met name beschermen door middel van onrechtmatige-daadsacties, daar is in Europa privacy een mensenrecht. Dit onderscheid lijkt al langer verwaterd en misschien was het altijd al een misplaatst onderscheid, maar opvallend is hoe veel deze zaak lijkt op de klassieke privacybenadering in de Verenigde Staten. In de VS zijn in 1960 door William Prosser vier klassieke onrechtmatige-daadsacties met betrekking tot privacy onderscheiden: “(1) Intrusion upon the plaintiff’s seclusion or solitude, or into his private affairs. (2) Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff. (3) Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye. (4) Appropriation, for the defendant’s advantage, of the plaintiff’s name or likeness”. In feite gaat de zaak Bogomolova om de laatste twee *torts*. Het EHRM vindt het enerzijds problematisch dat de foto van de zoon van mevrouw Bogomolova is gebruikt en toegeëigend zonder haar medeweten en toestemming en anderzijds dat door de folder mevrouw en haar zoon in een kwaad en vals daglicht zijn geplaatst. Het is goed om te weten dat deze onrechtmatige-daadsacties in Europa nu tot mensenrecht zijn verheven.

19. Ten derde en tot slot is de vraag welke gevolgen deze uitspraak van het EHRM zal hebben voor de praktijk in de nationale lidstaten. Op Facebook worden miljoenen foto’s geüpload zonder voorafgaande toestemming van de personen die daarop staan afgebeeld en in veel nationale rechtstelsels is het publiceren van foto’s gemaakt in de publieke ruimte niet op voorhand verboden. Zo is er in Nederland een rechtszaak geweest van een vrouw die op de voorkant van een folder van de Consumentenbond was verschenen. De vrouw was gefotografeerd in strakke sportkleding. Deze foto was opgenomen in een database van een commercieel bedrijf. De Consumentenbond had de foto via dit bedrijf aangeschaft. Toen de vrouw bezwaar maakte tegen dit gebruik werd haar beroep op portretrecht afgewezen ([ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3726](#)). De vraag is hoe deze uitspraak zich verhoudt tot de uitspraak van het EHRM in Bogomolova.

mr. drs. B. van <der> <Sloot, Senior Researcher, Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT), Tilburg University