



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Noot bij Rb Noord-Holland 28 december 2022, Hendriks / Unibail
Rodamco Nederland Winkels B.V.**

Hins, A.W.

Citation

Hins, A. W. (2023). Noot bij Rb Noord-Holland 28 december 2022, Hendriks / Unibail Rodamco Nederland Winkels B.V. *Mediaforum*, 35(1), 46-51. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3674462>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3674462>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nr. 4 Hendriks/Unibail Rodamco Nederland Winkels B.V.

Rechtbank Noord-Holland 28 december 2022
ECLI:NL:RBNHO:2022:11402

in de zaak van

[eiser],
te [plaats] (gemeente [gemeente]),
eisende partij,
hierna (op eigen verzoek) te noemen: [eiser],
advocaat: mr. R. Brekhoff te Amsterdam,
tegen
UNIBAIL-RODAMCO NEDERLAND WINKELS B.V.,
te Schiphol (gemeente Haarlemmermeer),
gedaagde partij,
hierna te noemen: URW,
advocaat: mr. J.P. van den Brink te Amsterdam.

1 De zaak in het kort

1.1. Dit geschil gaat – kort samengevat – over de vraag of het beleid van URW (en het beroep daarop jegens [eiser]) in de zin van het verbod om zonder toestemming of toezicht met een professionele camera in de Westfield Mall foto's te maken, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar of onrechtmatig is. In aanmerking genomen de recente ontwikkelingen op het vlak van de fotokwaliteit van de camera's in mobiele telefoons, kan naar het oordeel van de rechtbank niet worden gezegd dat het belang van vrije nieuwsgaring door het beleid van URW op onaanvaardbare wijze in het gedrang komt. Mede gelet op het feit dat het om een algemeen verbod voor fotograferen met een professionele camera gaat, dat niet alleen persfotografen raakt, is de rechtbank van oordeel dat het beleid van URW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Handhaving van dat verbod is daarom ook niet onrechtmatig.

2 De procedure

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
– het tussenvonnis van 9 maart 2022;
– de akte eisvermeerdering tevens akte overlegging nadere producties;
– de akte overlegging nadere producties van URW;
– de mondelinge behandeling van 23 september 2022 waarbij partijen gebruik hebben gemaakt van spreek aantekeningen en waarvan voor het overige door de griffier aantekening is bijgehouden;
– een B16 formulier met verzoek wijzen vonnis.

2.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

3 De feiten

3.1. [eiser] is professioneel nieuwsfotograaf en journalist. Hij is lid van de Nederlandse Vereniging van Journalisten (hierna: NVJ) en als zodanig in het bezit van een NVJ-perskaart en politiperskaart.

3.2. URW is exploitant van het winkelcentrum 'Westfield Mall of the Netherlands' in Leidschendam (hierna: Westfield Mall). Westfield Mall is een op 18 maart 2021 geopend winkelcentrum van 117.000 vierkante meter, bestaande uit meer dan 200 winkels, een bioscoop, restaurants, kinderopvang, bowlingbanen en 4.000 parkeerplekken.

3.3. Bij de ingang van Westfield Mall zijn de volgende huisregels bevestigd:

Er geldt een verbod op:

- (...)
- *Zonder toestemming verkopen van goederen, fotograferen en/of filmen*
- (...)

3.4. Op de pagina met veel gestelde vragen op de website van Westfield Mall onder de domeinnaam nl.westfield.com/mallofthenetherlands/ staat vermeld:

Het maken van foto's met een eigen telefoon is toegestaan. Wanneer er beeldmateriaal gemaakt wordt met professionele camera's dient hier vooraf toestemming voor gevraagd te worden bij het Shopping Center Management. Uiteraard vragen wij je om te allen tijde de privacy van onze bezoekers te respecteren.

De hiervoor geciteerde voorwaarde voor het gebruik van professionele camera's wordt hierna het 'toestemmingsvereiste' genoemd.

3.5. [eiser] heeft op 25 maart 2021 per e-mail toestemming gevraagd om in de Westfield Mall te mogen fotograferen (hierna: verzoek 1). Voor zover relevant luidt het verzoek als volgt:

Er is sinds vorig weekend een discussie gaande over de hoeveelheid mensen in de MOTN; en in hoeverre de 1,5 meter corona-veilige afstand gehandhaafd kan worden; zie o.a. <https://www.lv.nl/extra-maatregelen-de-mall-om-druk-te-beheersen>.

Het is redelijk om te verwachten dat in het komende weekend er weer drommen mensen het nieuwe winkelcentrum komen bewonderen. De gemeente I/V heeft haar zorgen uitgesproken, en zij zetten zelfs gemeentelijke handhavers in om te helpen om de corona maatregelen in het winkelcentrum te handhaven.

Daarom wil ik (als beroepsjournalist, professioneel fotograaf en houder van perskaart) toestemming vragen om a.s. zaterdag en zondag in de publieksruimtes van de The Mall journalistieke foto's van de situatie/druk te komen maken. Dat zal geen overlast geven; geen flitslicht of anderszins hinderlijke apparatuur; slechts iemand met een losse camera in de hand.

3.6. Het verzoek is diezelfde dag afgewezen. De e-mail luidt voor zover relevant als volgt:

Helaas geven we momenteel geen toestemming voor fotografie of filmen in onze Mall.

Wanneer de overheidsrichtlijnen versoepeld zijn, zullen we dit opnieuw evalueren.

3.7. Op zijn vraag naar de beweegredenen om geen toestemming te verlenen, heeft [eiser] per e-mail de volgende toelichting ontvangen: *Alle pers moet onder toezicht staan in The Mall. We hebben daarom besloten dat er op dit moment geen persopnames of fotografie in The Mall kan plaatsvinden, zodat onze teams volledig gefocust zijn op de veiligheid van onze klanten en collega's in het winkelcentrum. We vertrouwen op uw begrip.*

Het hiervoor geciteerde vereiste van toezicht wordt hierna het 'toezichtvereiste' genoemd.

3.8. De advocaat van [eiser] heeft op 31 maart 2021 een brief aan URW gestuurd met het verzoek dan wel sommatie om binnen tien dagen na dagtekening van de brief de regels met betrekking tot fotograferen binnen de Westfield Mall te wijzigen op een wijze waarbij de persvrijheid wordt geëerbiedigd en het [eiser] vrij staat zijn journalistieke werkzaamheden (zonder voorafgaande toestemming) te verrichten.

3.9. URW heeft bij brief van 12 april 2021 het verzoek van 31 maart 2021 afgewezen. De brief luidt als volgt:

Zoals wellicht bij u bekend, is Westfield Mall of the Netherlands (the Mall) op 18 maart jl voor het eerst publiek geopend. (...) URW spant zich in samenwerking met de gemeente tot het uiterste in om ervoor te zorgen dat de coronamaatregelen goed worden opgevolgd en de veiligheid voor zowel bezoekers als medewerkers in de Mall zo goed mogelijk gewaarborgd blijft. U zult begrijpen dat de handhaving van deze maatregelen door de inzet van handhavers van de gemeente, beveiligers, gastheren en gastvrouwen van URW veel van onze organisatie vergt.

Zoals in veel winkelcentra in Nederland de gangbare praktijk is, dient op grond van de huisregels een (foto)journalist toestemming te vragen indien hij of zij wenst te fotograferen in de Mall. Indien deze toestemming wordt gegeven, wordt de (foto)journalist begeleid door een medewerker van URW. URW heeft als eigenaar van de Mall een zorgplicht ten aanzien van de (privacy van) bezoekers, huurders en medewerkers en wil derhalve goed monitoren wat voor foto's er worden genomen. URW staat in beginsel welwillend tegenover het toelaten van (foto)journalisten, de Mall is uiteraard ook gebaat bij publiciteit. Rondom de opening van de Mall heeft URW afspraken gemaakt met diverse media en pers ten aanzien van het opnemen van beeldmateriaal en interviews. Het verzoek van uw cliënt paste daar op dat moment niet in.

Daarbij merkt URW op dat de gehele Mall (dus ook de publiek toegankelijke delen zoals de gangpaden) eigendom is van URW danwel de Cooperatieve Vereniging van Eigenaren in het Winkelcentrum Leidsenhage U.A., het is derhalve geen openbaar gebied.

Gelet op het bovenstaande zullen wij niet ingaan op uw verzoek om de huisregels te wijzigen. Mocht uw cliënt in de toekomst nogmaals de wens hebben om te fotograferen in de Mall, dan kan hij daar wederom een verzoek toe indienen. Vervolgens zal URW aan de hand van de dan geldende omstandigheden overwegen of dat op dat moment opportuun is.

3.10. [eiser] heeft op 23 november 2021 per e-mail toestemming gevraagd om in de Westfield Mall de door de politie gesloten vesti-

ging van Soulsistah te mogen fotograferen (hierna: het verzoek II). URW heeft geen toestemming verleend. Per e-mail heeft zij diezelfde dag aan [eiser] bevestigd:

I am afraid that on this occasion we are not able to grant permission.

3.11. [eiser] heeft op 14 december 2021 per e-mail toestemming gevraagd om in de Westfield Mall te mogen fotograferen in verband met een gewond geraakte persoon door vallende kerstversiering (hierna: het verzoek III). URW heeft geen toestemming verleend. Per e-mail heeft zij diezelfde dag aan [eiser] bevestigd:

Thank you for your email.

I am afraid that this is not possible but thank you for the request.

4 Het geschil

4.1. [eiser] vordert om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

I. voor recht te verklaren dat URW met het toestemmingsvereiste onrechtmatig handelt en/of heeft gehandeld jegens [eiser] in zijn hoedanigheid als nieuwsfotograaf;

Subsidiar:

II. voor recht te verklaren dat URW met het toezichtvereiste onrechtmatig handelt en/of heeft gehandeld jegens [eiser];

Meer subsidiar:

III. voor recht te verklaren dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat URW zich jegens [eiser] in zijn hoedanigheid als nieuwsfotograaf beroept op het toestemmingsvereiste en/of toezichtvereiste;

Nog meer subsidiar:

IV. voor recht te verklaren dat URW onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eiser] door het verzoek I, het verzoek II evenals het verzoek III op desbetreffende wijze af te wijzen, althans dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is;

Bij alle vorderingen:

V. URW te veroordelen tot doorhaling van de betreffende voorwaarde (toestemmingsvereiste en/of toezichtvereiste) of zodanige aanpassing hiervan dat fotografie voor journalistieke doeleinden hiervan is uitgesloten, binnen 48 uur na betekening van het vonnis;

VI. URW te veroordelen tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat; en

VII. URW te veroordelen in de kosten van de procedure.

4.2. URW voert verweer. URW concludeert tot niet-ontvankelijkheid van [eiser], dan wel tot afwijzing van de vorderingen van [eiser], met veroordeling van [eiser] in de kosten van deze procedure inclusief de nakosten met de verplichting dat [eiser] wettelijke rente over deze kosten verschuldigd is als hij deze niet binnen veertien dagen na het wijzen van het vonnis heeft betaald.

4.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover nodig, nader ingegaan.

5 De beoordeling

5.1. [eiser] stelt dat URW jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld, omdat zij de vrijheid van nieuwsgaring en persvrijheid zodanig heeft belemmerd dat effectieve uitoefening hiervan door [eiser] onmogelijk was. Hij kon zijn werkzaamheden daardoor namelijk niet verrichten. Het recht op nieuwsgaring wordt door artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (hierna: EVRM) beschermd. Het toestemmingsvereiste, het toezichtvereiste en de afwijzing van het verzoek I, II en III voldoen niet aan de criteria in artikel 10 lid 2 EVRM. Het toestemmingsvereiste is ook in strijd met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het toestemmingsvereiste en het toezichtvereiste vormen daarom een onaanvaardbare beperking van het recht op vrije nieuwsgaring, aldus [eiser]. Subsidiar stelt [eiser] dat URW bij het uitoefenen van haar eigendomsrecht door middel van het toestemmings- en toezichtvereiste niet heeft gehandeld overeenkomstig de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en niet conform hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Zij heeft onvoldoende haar verantwoordelijkheid genomen met betrekking tot de belangen van haar medemensen en in het bijzonder fotojournalisten zoals [eiser], aldus nog steeds [eiser].

5.2. URW voert aan dat het EVRM niet direct van toepassing is op URW. Er is ook geen sprake van een beperking van grondrechten van [eiser]. Artikel 10 EVRM geeft [eiser] geen recht op toegang tot andermans eigendom en het is [eiser] niet 'effectief onmogelijk gemaakt'

om zijn recht uit te oefenen zoals het EHRM vereist voor het opleggen van een zogenaamde positieve verplichting. Ook als artikel 10 EVRM van toepassing zou zijn en dit URW verplichtingen zou opleggen, maakt URW geen ongeoorloofde inbreuk op rechten van [eiser]. Zelfs als URW inbreuk zou maken op rechten van [eiser], dient deze inbreuk te worden afgewogen tegen de inbreuk op de fundamentele rechten van URW en haar klanten en valt die belangenafweging uit in het voordeel van URW, aldus URW.

Voor zover aan inhoudelijke behandeling van de vorderingen wordt toegekomen voert URW aan dat [eiser] geen belang heeft bij de gevorderde verklaringen voor recht omdat deze veel te ruim zijn, onvoldoende is aangetoond welk belang [eiser] daarbij heeft of omdat dit onvoldoende gespecificeerd is. URW heeft de huisregels zorgvuldig toegepast en het toestemmingsvereiste is ook niet onrechtmatig omdat geen sprake was van acute situaties en URW zelfs dan kan snel reageren op een verzoek, aldus nog steeds URW.

Art. 10 EVRM

5.3. De rechtbank stelt voorop dat niet ter discussie staat dat nieuwsgaring onder de vrijheid van meningsuiting valt. Het recht op vrijheid van meningsuiting is een fundamenteel recht in een vrije democratische samenleving. Het is vastgelegd in onze Grondwet en in internationale verdragen, waaronder het EVRM, het Internationaal Verdrag voor de Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De discussie focust zich veelal – en ook in de onderhavige zaak – op art. 10 EVRM:

lid 1:
Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.

lid 2:

Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

5.4. Zoals uit de tekst van lid 1 blijkt ("zonder inmenging van enig openbaar gezag") richt de daarin neergelegde norm zich tot de overheid. Een winkelcentrum als de Westfield Mall is eigendom van een private partij, zodat artikel 10 EVRM geen rechtstreekse werking heeft.

(In)directe horizontale werking?

5.5. [eiser] heeft gesteld dat ook de nationale rechter een (positieve) verplichting kan hebben om zo te beslissen dat in geschillen tussen burgers fundamentele rechten, waaronder de vrijheid van nieuwsgaring, beschermd worden.

5.6. Bij de beoordeling van deze stelling is het uitgangspunt dat het Europees Hof voor de Rechten van de mens (hierna: het Hof) geen directe horizontale werking toekent aan het bepaalde in artikel 10 EVRM, omdat het EVRM primair ziet op bescherming van de burger tegen de overheid, en niet op bescherming van burgers tegen grondrecht aantastingen door andere burgers. Echter, aan het EVRM kan wel een zekere indirecte horizontale werking toekomen doordat het Hof heeft aangenomen dat ook de rechter onderdeel uitmaakt van de staat, en net als de staat gehouden is de bepalingen van het EVRM in acht te nemen. Dat betekent dat ook op de rechter positieve verplichtingen rusten om EVRM-rechten te waarborgen, ook in horizontale verhoudingen. Daarbij moet de rechter terughoudendheid betrachten.

5.7. Vooropgesteld wordt dat de grondrechtelijk beschermde kern van de vrijheid van nieuwsgaring in het teken staat van het grote belang dat in een democratische samenleving wordt gehecht aan de mogelijkheid om te berichten over gebeurtenissen waarvan kennisgeving door de leden van die samenleving met het oog op controle op de macht van belang wordt geacht.

5.8. Bij de beoordeling of in dit specifieke geval sprake is van aantasting van het recht op vrije meningsuiting, zal de rechtbank zich er

rekschap van moeten geven dat dit grondrecht in het onderhavige geval concurreert met de grondrechten waar URW zich op beroept, te weten: de rechten van eigendom en vrijheid van onderneming. Bij die weging verdient aandacht dat het in dit geval gaat om een beperking van de uitingsvrijheid bij nieuwsgaring van objectief gezien nieuwswaardige gebeurtenissen in een recent geopend en voor Nederlandse begrippen groot winkelcentrum dat weliswaar geen openbaar gebied is, maar wel een semipubliek karakter heeft. Dit moet meewegen bij de vaststelling van de vrijheid die URW als eigenaar van de Westfield Mall ter zake moet worden gelaten.

5.9. De beperkingsclausule in artikel 10 lid 2 EVRM kan ook in de verhouding tussen [eiser] als professioneel nieuwsfotograaf / journalist en URW richting geven bij de beantwoording van de vraag welk type belangen beperking van de vrijheid van meningsuiting toelaten. Beperkingen waar de uitoefening van het recht van vrije meningsuiting aan kan worden onderworpen, zijn onder meer de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen en bescherming van de gezondheid. Tegen deze achtergrond moet het beleid van URW inhoudende het verbod om zonder toestemming en toezicht met professionele camera's in de Westfield Mall foto's te maken, worden gewaardeerd.

Is het beleid van URW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar of onrechtmatig?

5.10. In verband met zijn stelling dat URW jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld dan wel niet heeft gehandeld overeenkomstig de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, voert [eiser] het standpunt dat hij geen (objectief) fotoverslag kan doen als er zich in de Westfield Mall een nieuwswaardige gebeurtenis voordoet. Winkelend publiek in de Westfield Mall heeft volgens hem geen hogere privacy-verwachting dan bezoekers van een gemiddelde winkelstraat. Fotograferen in de openbare ruimte is toegestaan en het publiek zal doorgaans niet vreemd opkijken van een fotograferende journalist. Met een professionele camera is het juist duidelijker voor bezoekers dat er wordt gefotografeerd dan wanneer dat met een mobiele telefoon wordt gedaan. Daarom valt ook niet in te zien waarom het maken en publiceren van foto's met een mobiele telefoon een geringere aantasting van de privacy zou zijn dan met een professionele camera, aldus [eiser].

5.11. URW heeft aangevoerd dat fotograferen met een professionele camera zonder toestemming van- en toezicht door URW inbreuk maakt op haar rechten als ondernemer en op de (privacy) rechten van haar klanten en huurders. Zij benadrukt dat het gebruik van een professionele camera veel indringender is dan dat van een mobiele telefoon. Ook speelde bij het eerste verzoek van [eiser] de gezondheid van haar klanten en huurders een rol, aangezien er toen coronamaatregelen golden. Zij had gelet op het handhaven van de coronamaatregelen geen personeel om een fotograaf te begeleiden en toezicht te houden. Zij wijst er op dat niet alleen persfotografen, maar iedereen die met een professionele camera beeldmateriaal in het winkelcentrum wil maken onder het toestemmings- en toezichtvereiste valt. Ook benadrukt zij dat het wel is toegestaan in de Westfield Mall een foto of video te maken, maar niet met een professionele camera.

5.12. De rechtbank begrijpt het standpunt van [eiser] zo dat hij alleen (objectief) fotoverslag kan doen met een professionele camera en dat het toestemmings- en toezichtvereiste hem dat onmogelijk maakt. [eiser] heeft ter zitting toegelicht dat de kwaliteit van foto's van een mobiele telefoon onvoldoende is. Hij heeft gesteld dat bij het aanbieden van foto's aan de media van gebeurtenissen in de Westfield Mall foto's van collega's zijn gekozen die (illegaal) met een professionele camera in het winkelcentrum zijn gemaakt en niet de foto van [eiser] die hij (legaal) van buitenaf had gemaakt. Voor zover [eiser] daarmee heeft willen aantonen dat de kwaliteit van een camera van een mobiele telefoon onvoldoende is om fotoverslag te doen is hij daarin – mede gelet op de betwisting daarvan door URW – niet geslaagd. Het voorval toont immers niet aan dat foto's gemaakt met een professionele camera zijn verkozen boven een foto gemaakt met een mobiele telefoon. Wat hier ook van zij, gelet op het hiervoor onder 5.7 benadrukte belang van vrijheid van nieuwsgaring en de beperkingen waaraan dit recht kan zijn onderworpen, en in aanmerking genomen de recente ontwikkelingen op het vlak van de foto-kwaliteit van de camera's in mobiele telefoons, kan niet worden gezegd dat dit belang door het beleid van URW op onaanvaardbare wijze in het gedrang komt. Ook niet wanneer het semi-publieke karakter van de Westfield Mall in aanmerking wordt genomen. Gelet

hierop en het feit dat het om een algemeen verbod voor fotograferen met een professionele camera gaat dat niet alleen persfotografen raakt, is de rechtbank van oordeel dat het beleid van URW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Ook is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar dat URW zich jegens Hindriks op dit beleid heeft beroepen en de verzoeken van [eiser] heeft afgewezen. Van onrechtmatig handelen van URW door dit beleid te hanteren of zich jegens [eiser] op dit beleid te beroepen en de verzoeken af te wijzen is daarom evenmin sprake.

Tussenconclusie

5.13. Gelet op het vorenstaande zullen de gevorderde verklaringen voor recht worden afgewezen en wordt niet meer toegekomen aan de beoordeling van de vordering tot doorhaling of aanpassing van het toestemmings- en toezichtvereiste in het beleid van URW of van de vordering tot betaling van schadevergoeding.

5.14. Daarbij verdient – en dit wordt ten overvloede opgemerkt – wel aantekening dat URW wat dit betreft “gered” wordt doordat haar beleid een algemene – en dus ook voor professionele fotografen geldende – uitzondering voor fotografie kent met gebruik van een mobiele telefoon. Indien die uitzondering er niet zou zijn, en de beleidsuitvoering van URW uitsluitend wordt gezien van vraag naar toepassing van de huisregel ten aanzien van personen die met doorgaans door professionele fotografen gebruikte apparatuur willen fotograferen, kan de rechtbank niet aan de indruk ontkomen dat het beleid maar op één doel is gericht: voorkomen dat dit gebeurt. Als de situatie tijdens het verzoek bruikbaar lijkende argumenten biedt worden die aan de weigering ten grondslag gelegd en als die argumenten er niet zijn wordt het verzoek onbeargumenteerd geweigerd.

5.15. Tot slot wordt – eveneens ten overvloede – opgemerkt dat het beroep van URW op het arrest NOS/KNVB van de Hoge Raad haar ook niet zou hebben geholpen. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat uitgangspunt moet zijn dat (onder meer) artikel 10 EVRM naar zijn strekking en geschiedenis geen aanknopingspunt biedt voor de opvatting dat degene die aan de nieuws verzamelende media gegevens onthoudt, reeds daardoor in strijd met dat artikel zou handelen. A fortiori kan uit dit arrest ook worden afgeleid dat het van de gronden voor onthouding van nieuwswaardige gegevens afhangt of er reden is tot ingrijpen. Wat dit laatste betreft is, anders dan URW betoogt, in dit geval niet de *Appleby*-maatstaf doorslaggevend. In dat arrest ging het om de vrijheid om een mening te uiten door te demonstreren op privaats terrein (ook een winkelcentrum). Dat is een geheel ander gedrag dan het met gebruik van een professionele camera maken van foto's waarbij de keuze van de locatie in de belangafweging ook een heel andere rol moet spelen. Concreet voor het onderhavige geval: de vraag of de Corona-regels in de Westfield Mall bij/na de opening op 18 maart 2021 handhaafbaar waren, was bij uitstek een nieuwswaardige vraag. Voor de beantwoording daarvan is een fotojournalist op opnames op locatie aangewezen. In een wereld zonder (steeds verder doorontwikkelde) mobiele telefoons zou de mogelijkheid van die nieuwsgaring door het onthouden van toestemming wel degelijk 'effectief onmogelijk' zijn gemaakt.

Proceskosten

5.16. [eiser] is de partij die ongelijk krijgt en hij zal daarom in de proceskosten worden veroordeeld. Tot aan dit vonnis worden de proceskosten aan de zijde van URW als volgt vastgesteld:

– griffierecht	€	667,00	
– salaris advocaat	€	1.126,00	(2,00 punten × € 563,00)
Totaal	€	1.793,00	

te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na deze uitspraak tot de dag van volledige betaling.

5.17. URW vordert daarnaast veroordeling van [eiser] in de nakosten. Volgens vaste rechtspraak (zie HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:853) levert een kostenveroordeling ook voor de nakosten een executoriale titel op. Een veroordeling tot betaling van de proceskosten omvat dus een veroordeling tot betaling van de nakosten. De rechtbank zal daarom de nakosten niet afzonderlijk in de proceskostenveroordeling vermelden.

5.18. De proceskostenveroordeling wordt niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard, omdat URW verzuimd heeft dit te vorderen. De vordering om een proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad te verklaren ligt niet reeds in het algemeen besloten in het verzoek de wederpartij in die kosten te veroordelen.

6 De beslissing

De rechtbank

6.1. wijst de vordering van [eiser] af,

6.2. veroordeelt [eiser] in de proceskosten, aan de zijde van URW tot dit vonnis vastgesteld op € 1.793,00, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over die proceskosten met ingang van de vijftiende dag na deze uitspraak tot de dag van volledige betaling,

Dit vonnis is gewezen door mr. A.H. Schotman en in het openbaar uitgesproken op 28 december 2022.

Noot

Wouter Hins

Prof. dr. A.W. Hins is emeritus hoogleraar Mediarecht aan de Universiteit Leiden.

In hoeverre mag de exploitant van een winkelcentrum een fotografeerverbod handhaven tegenover een persfotograaf die foto's wil maken van een interessante gebeurtenis? Die vraag is de inzet van een bodemprocedure van de freelance fotograaf Hendriks tegen Unibail-Rodamco Nederland Winkels B.V. (URW), die onder meer het winkelcentrum 'Westfield Mall' in Leidschendam exploiteert. De situatie die Hendriks wilde fotograferen betrof de wijze waarop in het winkelcentrum tijdens de coronapandemie de anderhalve meterregel werd nageleefd. Gezien het principiële karakter van de rechtszaak wordt Hendriks financieel gesteund door de stichting Persvrijheidsfonds. Verschillende grondrechten staan namelijk tegenover elkaar: de vrijheid van nieuwsgaring, het eigendomsrecht, de ondernemingsvrijheid en het recht op privacy.

Fotografeerverboden

Het komt regelmatig voor dat de exploitant van een voor het publiek toegankelijke ruimte beperkingen stelt aan het maken van foto's. In het overdekte zwembad waar ik wel eens kom, staat bij de ingang een bord met een doorgestreepte camera. 'No photography please' staat erbij ten behoeve van de vele expats. Zelf heb ik mij nooit aan dat bordje gestoord. Ik vind het wel begrijpelijk dat het zwembad de persoonlijke levenssfeer van de badgasten in bescherming neemt. In het Rijksmuseum, niet ver verwijderd van het zwembad, geldt een beperkter verbod. Particulieren mogen daar in beginsel foto's maken voor eigen gebruik, mits zonder belichting en op voorwaarde dat niemand er last van heeft. Voor professionele fotografen gelden strengere regels. Een fotoproductie van professionele fotografen dient een 'positieve uitstraling' te hebben op 'het merk Rijksmuseum', zo is op de website te lezen.¹ Een museum in het Duitse Mannheim ging een stap verder. Daar was in de algemene voorwaarden het fotograferen van tentoongestelde schilderijen voor iedere bezoeker verboden, ongeacht de vraag of er auteursrecht op rust. Het Bundesgerichtshof achtte deze contractuele bepaling rechtsgeldig. Een particuliere bezoeker die toch foto's van de schilderijen had gemaakt, handelde onrechtmatig door deze gratis aan Wikipedia aan te bieden.² De Duitse zaak doet een beetje denken aan het arrest van onze Hoge Raad in de zaak NOS/KNVB. Ook daar woog het eigendomsrecht van de exploitant, los van het auteursrecht, zwaarder dan de mediavrijheid.³

De Nederlandse Spoorwegen maakt onderscheid tussen journalistieke opnamen, privéopnamen en andere opnamen met een commercieel oogmerk. Particulieren die voor eigen gebruik foto's op een station of in de trein maken, hebben geen toestemming nodig. Wel geldt

het algemene uitgangspunt dat opnamen de bedrijfsvoering van de NS niet mogen verstoren en niet voor onveilige situaties mogen zorgen. Journalisten en commerciële fotografen moeten wel toestemming vragen aan de NS. De eerstgenoemden bij de Afdeling Mediarelaties, de laatstgenoemden bij de Brand Manager. Toestemming wordt niet verleend voor opnames tijdens de ochtendspits en de avondspits. Ook moet de fotograaf een afstand van minimaal 5 meter bewaren tot (rol)trappen, poortjes, paaltjes en liften. In de trein heeft de conducteur het laatste woord. Op de website van NS is te lezen: 'Stel de conducteur ter plekke op de hoogte van je activiteit en toon de toestemming. De conducteur kan bepalen dat het door de actuele situatie niet verantwoord is opnamen te maken, ook al is er eerder toestemming verleend.'⁴

Uit deze voorbeelden blijkt dat een exploitant verschillende doelen kan nastreven bij het verbieden van foto opnamen. Denkbaar is dat de exploitant de privacy van zijn klanten wil beschermen. Dat kan indirect zijn eigen belang dienen, want bezoekers van bijvoorbeeld een zwembad kunnen afgeschrikt worden als vrijelijk foto's worden genomen. Of er ontstaan ruzies, waardoor de badmeester van zijn gewone werk wordt afgeleid. Het beleid kan ook gebaseerd zijn op zuiver commerciële overwegingen. Denk aan een museum dat de inkomsten van de museumwinkel op peil wil houden door niet toe te staan dat er foto's van kunstwerken worden gemaakt. Het voorbeeld van het Rijksmuseum laat zien dat men daar voor privébezoekers betrekkelijk tolerant is, maar streng voor professionele fotografen. Hun foto's zijn, kort gezegd, alleen toegestaan als het museum er beter van wordt. Tenslotte zijn er overwegingen van openbare orde en veiligheid. Dat aspect lijkt bij de Nederlandse Spoorwegen het belangrijkste aspect. Een vlotte doorstroming van reizigers, met name in de spitsuren, mag niet worden gehinderd. Welk doel voor de exploitant van het winkelcentrum in Leidschendam het belangrijkste is wordt uit het bovenstaande vonnis niet duidelijk. In r.o. 5.11 worden verschillende doelen naast elkaar genoemd. Misschien laat URW een keuze bewust in het midden, zodat zij van geval tot geval kan kiezen met welk argument een toestemming het best kan worden geweigerd.

Publieke en private exploitanten

Het maakt verschil of een ruimte geëxploiteerd wordt door de overheid of door een particulier bedrijf. De overheid is te allen tijde verplicht de grondrechten van burgers te respecteren. Bekend is het geval waarin de gemeente Rijssen als eigenaar van het gemeentelijke theater weigerde zaalruimte beschikbaar te stellen voor een hypnoseshow van Rasti Rostelli. De weigering werd gemotiveerd door te wijzen op het onchristelijke karakter van de beoogde voorstelling.⁵ De Hoge Raad oordeelde dat de vrijheid van meningsuiting krachtens artikel 7, derde lid, van de Grondwet zo was geschonden. Tevergeefs deed de gemeente een beroep op de contractsvrijheid. De Hoge Raad verwees met instemming naar een overweging van het Gerechtshof luidende: 'De plicht tot behartiging van het algemeen belang brengt mee dat de overheid, bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten, de beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten van burgers moet respecteren, zodat de overheid bij haar privaatrechtelijk optreden juist minder vrijheid toekomt dan een willekeurige particulier.' Dat betekent niet dat de gemeente Rijssen met iedereen zou moeten contracteren die een voorstelling wil geven in het theater. De strijd met artikel 7, derde lid, van de Grondwet ontstond door de gronden waarop de weigering berustte. De gemeente wilde immers bepaalde uitingen verbieden vanwege hun inhoud. Dat is een gemeentebestuur volgens artikel 7, derde lid, van de Grondwet niet toegestaan.

In de zaak *Rasti Rostelli* ging het om de vrijheid gedachten en gevoelens te openbaren. Het beginsel dat grondrechten onverkort van toepassing zijn op de overheid als privaatrechtelijke rechtspersoon, is echter ook relevant voor de vrijheid van nieuwsgaring. Wat betreft artikel 7 van de Grondwet kan men gezien de bewoordingen nog twijfelen of deze vrijheid eronder valt. Twintig jaar geleden beantwoordde de voorzieningenrechter van de rechtbank te 's-Gravenhage de vraag weliswaar bevestigend, maar dat is te weinig om van een

1 www.rijksmuseum.nl/nl/pers/filmen-en-fotograferen.

2 Bundesgerichtshof 20 december 2018, Nr. 95/2018, I ZR 104/17, ECLI:DE:BGH:2018:201218UIZR104.17.0, www.bundesgerichtshof.de (*Museumfoto's*).

3 HR 23 oktober 1987, NJ 1988/310, m.nt. L. Wichers Hoeth en *Informatierecht/AMI* 1998-2, p. 32-36, m.nt. G.A.I. Schuijt (*NOS/KNVB*).

4 <https://nieuws.ns.nl/filmen-en-fotograferen/>. Via deze website zijn de voorwaarden en veiligheidsvoorschriften 'Fotograferen en filmen bij NS' te downloaden.

5 HR 26 april 1996, NJ 1996/728 en AB 1996/372 (*Gemeente Rijssen/Universal Star Production GmbH*).

vaste jurisprudentie te kunnen spreken.⁶ Dat de vrijheid van nieuwsgaring beschermd wordt door artikel 10 EVRM lijkt echter geen twijfel. Het lijkt mij dan ook zeer de vraag of het Rijksmuseum gerechtigd is persfotografen te verplichten alleen foto's te maken die het museum goed uitkomen. Weliswaar wordt het Rijksmuseum sedert 1995 bestuurd door een stichting, maar de banden met het Rijk zijn zo sterk dat deze stichting bijna als een deel van de overheid kan worden beschouwd.⁷

De exploitant van het winkelcentrum te Leidschendam is een particulier bedrijf, dat los staat van de overheid. De rechtbank overweegt daarom dat artikel 10 EVRM in dit geval geen rechtstreekse werking heeft. Wel komt aan het EVRM 'een zekere indirecte horizontale werking' toe (r.o. 5.6). Reden daarvoor is dat het EHRM heeft aangenomen dat op de rechter positieve verplichtingen rusten om EVRM-rechten te waarborgen, ook in horizontale verhoudingen. Uit het vonnis blijkt dat de rechtbank het geschil vervolgens beslist aan de hand van maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Daarin ligt besloten dat de relatie tussen URW en Hendriks wordt gekwalificeerd als een overeenkomst: u mag ons winkelcentrum betreden, maar dan moet u zich houden aan onze huisregels. Daarmee herinnert de casus aan een eerdere uitspraak van dezelfde rechtbank in een kort geding tegen het sociale mediaplatform LinkedIn. Ook in die uitspraak werden de algemene voorwaarden van het platform krachtens artikel 6:248 BW uitgelegd in het licht van redelijkheid en billijkheid.⁸ Bij de beantwoording van de vraag wat de eisen van redelijkheid en billijkheid precies inhouden, zijn de grondrechten een inspiratiebron. Aan de kant van Hendriks de vrijheid van nieuwsgaring (art. 10 EVRM), aan de kant van URW het recht van eigendom (artikel 1 EP EVRM) en de vrijheid van onderneming (art. 16 EU-Handvest grondrechten). Het is onwaarschijnlijk dat het onderhavige geschil in het toepassingsgebied van het EU-Handvest valt, maar te verdedigen is dat de vrijheid van onderneming tegelijk een onge-schreven rechtsbeginsel is.

Weging van grondrechten

Een belangrijke vraag is welk gewicht de relevante grondrechten hebben bij de toepassing van het begrip 'redelijkheid en billijkheid'. Wat betreft de vrijheid van nieuwsgaring stelt de rechtbank voorop dat de kern van dit grondrecht 'in het teken staat van het grote belang dat in een democratische samenleving wordt gehecht aan de mogelijkheid om te berichten over gebeurtenissen waarvan kennisneming door de leden van die samenleving met het oog op controle op de macht van belang wordt gedacht'. Aangezien Hendriks verslag wilde doen van de wijze waarop corona-maatregelen in het winkelcentrum werden gehandhaafd, volgt daaruit dat het gewicht van de vrijheid van nieuwsgaring groot is. Wat betreft de concurrerende grondrechten van URW, te weten het recht van eigendom en de vrijheid van onderneming, overweegt de rechtbank dat het in casu gaat om een 'voor Nederlandse begrippen groot winkelcentrum dat weliswaar geen openbaar gebied is, maar wel een semipubliek karakter heeft'. Deze omstandigheid doet afbreuk aan de vrijheid die URW als eigenaar van het winkelcentrum moet worden gelaten (r.o. 5.8).

Ik kan nog wel een paar andere factoren bedenken die van invloed zijn op het gewicht van grondrechten in een horizontale verhouding. Heeft degene die zich op een grondrecht beroept uitdrukkelijk met een beperking ingestemd? Beschikt de wederpartij over een monopolie waardoor zij in staat is het genot van het grondrecht praktisch onmogelijk te maken? Worden de bestuursleden van een privaatrechtelijke rechtspersoon geheel of gedeeltelijk benoemd door een overheidsorgaan? Is een contractuele beperking van een grondrecht opgelegd omdat de overheid dit eiste? De laatstgenoemde vraag doet denken aan de maatregelen die de exploitanten van sociale mediaplatforms ten tijde van de coronapandemie namen tegen desinformatie over de gevaren van het virus. Deze maatregelen werden genomen op stevige aandrang van de Europese Commissie. De beperking van de vrijheid van meningsuiting vloeide dus niet zozeer voort uit een vrije keuze van de exploitant van het platform als wel uit het

beleid van de Europese Unie. Het geschil krijgt daarmee verticale kenmerken, omdat de vraag beantwoord moet worden of de Europese Commissie terecht voorrang gaf aan het belang van de volksgezondheid. In de onderhavige casus bestaat er overigens geen aanwijzing dat het fotografieverbod van URW zou zijn uitgevaardigd op aandrang van een publieke autoriteit.

Noodzaak van de beperking

Het EHRM heeft in een aantal arresten onderstreept dat het verschil tussen positieve en negatieve verplichtingen slechts betrekkelijk is. De Grote Kamer overwoog hierover:

*62. While the boundary between the State's positive and negative obligations under the Convention does not lend itself to precise definition, the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State (...).*⁹

In het geciteerde arrest ging het om het ontslag van enkele werknemers door een particulier bedrijf vanwege een beledigende cartoon die zij hadden gepubliceerd over de chef personeelszaken. Het EHRM beoordeelde het geschil in het licht van de positieve verplichtingen bij artikel 10 EVRM, maar behandelde daarbij dezelfde vragen als die welke aan de orde hadden moeten komen bij het ontslag van een ambtenaar door de staat. Zo ging het EHRM na of het ontslag van de werknemers een legitiem doel beoogde en of de sanctie evenredig was om dat doel te verwezenlijken. Toegepast op de casus in het winkelcentrum van Leidschendam betekent dit dat de vraag beantwoord moet worden of het fotografeerverbod een legitiem doel dient en zo ja, of het verbod een proportionele maatregel is om dat doel te bereiken.

Over het doel dat URW beoogt met het fotografeerverbod is de rechtbank kritisch. Zij overweegt in r.o. 5.14 dat het beleid maar op één doel lijkt te zijn gericht: voorkomen dat professionele fotografen in het winkelcentrum foto's maken. Als URW een aangevraagde toestemming kan weigeren op grond van een bruikbaar argument, wordt dat argument gebruikt en als er geen argumenten zijn wordt het verzoek onbeargumenteerd geweigerd. Dat klinkt niet erg naar redelijkheid en billijkheid. URW komt er echter mee weg, omdat zij volgens de rechtbank 'gered' wordt door de uitzondering die URW maakt voor het fotograferen met een mobiele telefoon. Ook een professionele fotograaf mag in het winkelcentrum fotograferen, alleen niet met een professionele camera. Hendriks neemt daar geen genoegen mee, omdat hij als vakman hoogwaardige foto's wil verkopen aan kranten en tijdschriften. Naar zijn mening is het niet redelijk om amateuristische foto's wel toe te staan en professionele foto's niet.

De vraag naar de noodzaak van een beperking kan niet los worden gezien van het doel dat ermee wordt beoogd. Wilde URW vooral de privacy van bezoekers van het winkelcentrum beschermen? Hendriks merkt daarover terecht op dat het bij een professionele camera duidelijker is dat er wordt gefotografeerd dan als dat met een mobiele telefoon wordt gedaan (r.o. 5.10). Het is irrationeel om dan juist professionele camera's ter bescherming van de privacy te verbieden. Als een maatregel niet geschikt is om het beoogde doel te bereiken, kan deze ook niet noodzakelijk zijn. Een tweede doel van URW zou kunnen zijn het voorkomen van ordeverstoringen. Het is goed voorstelbaar dat de exploitant van een winkelcentrum niet wil dat op drukke punten felle schijnwerpers worden geplaatst en kabels worden uitgerold. Dat kan leiden tot ongelukken. Uit de casus blijkt echter dat Hendriks beloofd heeft geen overlast te zullen veroorzaken. Hij zou geen flitslicht of anderszins hinderlijke apparatuur gebruiken, alleen een losse camera in de hand (r.o. 3.5). Door iedere professionele camera te verbieden, ook als er geen overlast wordt veroorzaakt, doet URW aan 'overkill'. URW had het doel ook kunnen bereiken met een verbod dat is toegespitst op hinderlijke apparatuur. Met andere woorden: het verbod voldoet niet aan de eist van subsidiariteit en is om die reden niet noodzakelijk ter voorkoming van wanordelijkheden.

⁶ Rb 's-Gravenhage (vzr.) 6 augustus 2003, LJN AI0834, NJCM-Bulletin 2004-1, p. 39-48, m.nt. G.A.I. Schuijt (*Nederlandse Vereniging van Journalisten en Nederlands Genootschap van Hoofredacteuren/Gemeente Wassenaar*).

⁷ Vgl. de NV Nederlands Congresgebouw, die geweigerd had zaalruimte te verhuren aan de stichting Nederlands Zuid-Afrikaanse Werkgeenschap (NZAW). De NZAW toonde openlijk sympathie voor het apartheidsbeleid in Zuid-Afrika, waardoor de NV Nederlands Congresgebouw vreesde voor gewelddadige tegendemonstraties. De NV werd door de rechter op één lijn

gesteld met de overheid vanwege haar nauwe banden met de gemeente Den Haag. Zie Rb. 's-Gravenhage (pres.) 9 juni 1987, AB 1987, 580 (Stichting NZAW/NV Nederlands Congresgebouw).

⁸ Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8539, *Mediaforum* 2021-6, nr. 17, m.n. A.W. Hins (Van Haga/LinkedIn).

⁹ EHRM (GK) 12 september 2011, nr. 28955/06, ECLI:CE:ECHR:2011:0912, r.o. 62, *Mediaforum* 2012/1, m.nt. D. Griffiths (*Palomo Sánchez e.a./Spanje*).

Misschien speelde voor URW nog een derde overweging. Net zoals het Rijksmuseum wil dat alle professionele fotoproducties in het museum positief 'uitstralen' op zijn reputatie, willen exploitanten van een winkelcentrum natuurlijk het liefst gunstig in het nieuws komen. Het mailbericht van URW, dat geciteerd wordt in r.o. 3.7 van het vonnis, toont een sterke behoefte aan controle: *'Alle pers moet onder toezicht staan in The Mall.'* Zou het zo zijn dat het toestemmingsvereiste en het gewenste toezicht op professionele fotografen tot doel hebben te voorkomen dat er onflatterende beelden van het winkelcentrum worden gepubliceerd? Als dat zo is, rijst de vraag of het verlangen van URW de eigen beeldvorming te sturen zwaarder weegt dan het belang van fotojournalisten verslag te kunnen doen van nieuwswaardige gebeurtenissen. De Duitse jurisprudentie over beperkingen van grondrechten geeft hier een nuttige aanwijzing. Volgens het Bundesverfassungsgericht dient een beperking in de eerste plaats geschikt te zijn om het doel te bereiken (*geeignet*), in de tweede plaats moet de maatregel het minst belastende alternatief vormen (*erforderlich*) en in de derde plaats moet zij proportioneel zijn (*zumutbar*).¹⁰ Zeker nu het hier gaat om een semiopenbare plaats, die uiterlijk niet verschilt van een gewone winkelstraat, is het mijns inziens niet

'zumutbar' de vrijheid van nieuwsgaring op te offeren voor de wens van URW de eigen reputatie te beschermen.

Tenslotte

Hendriks heeft aangekondigd in hoger beroep te zullen gaan. Als dat gebeurt, zal het Gerechtshof de vraag moeten beantwoorden of URW inderdaad 'gered' wordt door de omstandigheid dat Hendriks nog wel foto's mocht maken met een mobiele telefoon. Voor die stelling is misschien wat te zeggen als het eigendomsrecht minstens even zwaar weegt als de vrijheid van nieuwsgaring. Dat is echter niet het geval, nu sprake is van een nieuwswaardige gebeurtenis in een semi-publieke ruimte. De rechtbank overwoog terecht dat de beperkingsclausule van artikel 10, lid 2, EVRM ook in de horizontale verhouding tussen Hendriks en URW 'richting kan geven'. Het is moeilijk uit te leggen waarom het in een democratische samenleving noodzakelijk zou zijn een professionele fotojournalist te verplichten gebruik te maken van een niet-professionele camera. Dit nog afgezien van het feit dat we moeten gissen naar het werkelijke doel van de beperking.

¹⁰ Zie o.a. BVerfG 20 juni 1984, BVerfGE 67, 157 (173).