

HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000 (Vondelpark)

HOGE RAAD 1 juli 1988, nr. 13282

(Mrs. Ras, Martens, Hermans, Bloembergen, Boekman; A-G Mok)

L. te Amsterdam, eiseres tot cassatie, adv. Mr. E. van Staden ten Brink,

tegen

De Geïllustreerde Pers BV, te Amsterdam, verweerster in cassatie, adv. Mr. A.H. Vermeulen.

Rechtbank:

Nieuwe Revu heeft slechts belang bij grief 4 voor zover daarmee de vraag aan de orde wordt gesteld welke betekenis in het stelsel van art. 21 Auteurswet (Aw) toekomt aan (de bescherming van) de persoonlijke levenssfeer.

In dit verband stelt de Rb. voorop dat in beginsel iedere niet tevoren door de geportretteerde goedgekeurde publikatie van zijn portret inbreuk maakt op diens persoonlijke levenssfeer, in zoverre hij daardoor wordt blootgesteld aan een "oneindig veel grotere openbaarheid". Zou nu aangenomen worden dat reeds een niet nader toegelichte, globale wens van de geportretteerde om in zijn persoonlijke levenssfeer beschermd te worden een "redelijk belang" oplevert als bedoeld in art. 21 Aw, dan zou het vereiste van het "redelijk belang" inhoudsloos worden, althans gereduceerd worden tot een toestemmingsvereiste. Dit nu kan niet worden aanvaard, mede gezien het onderscheid tussen de regelingen van art. 21 resp. art. 20 Aw.

3. Het voorgaande brengt mee dat bij de beantwoording van de vraag of een redelijk belang van L. zich verzet tegen publikatie van de onderhavige foto (een vraag die blijkens de daarop gegeven toelichting door grief 6 opnieuw aan de orde wordt gesteld) slechts betekenis toekomt aan de concrete (mogelijk met haar prive-leven samenhangende) bezwaren die L. daartegen heeft aangevoerd, maar geen, althans geen zelfstandige betekenis aan de omstandigheid dat de publikatie - als elke publikatie van een portret - inbreuk maakt op haar persoonlijke levenssfeer.

4. Kern van L.'s bezwaar is dat - mede als gevolg van het feit dat de relatie tussen haar en haar medegeportretteerde reeds was beëindigd toen de foto gepubliceerd werd - die publikatie ernstige onlustgevoelens (angst, schaamte en verdriet) heeft gewekt bij haarzelf, zowel direct als ook doordat zij daarop werd aangesproken door personen uit haar naaste omgeving.

5. Dit bezwaar vormt niet een redelijk belang als bedoeld in art. 21 Aw.

Dat de publikatie van een foto van voormalige geliefden een reactie teweeg brengt als door L. beschreven is immers uitzonderlijk in het licht van de zedelijke opvattingen die heersen onder (en ten aanzien van) jongelui van de leeftijd van L. die in de tachtiger jaren in het Vondelpark te Amsterdam wandelden op de wijze als afgebeeld op de onderhavige foto.

Het belang van L. om gespaard te worden voor bedoelde uitzonderlijke reactie voldoet niet aan het geobjectiveerde criterium van art. 21 Aw.

6. In verband met het onder 2 overwogene merkt de Rb. nog op dat publikatie van een portret geheel los van art. 21 Aw onrechtmatig kan zijn indien bij de vervaardiging van dat portret inbreuk is gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde, bijv. door de wijze waarop of de omstandigheden waaronder het portret is vervaardigd.

Dat dit geval zich voordoet is echter niet gesteld of gebleken; de omstandigheid dat de onderhavige foto is gemaakt in het publiek toegankelijke Vondelpark wijst veeleer op het tegendeel.

7. Reeds het voorgaande leidt tot vernietiging van het beroepen vonnis, en afwijzing van L.'s vordering, zodat de overige grieven in het principaal appel geen bespreking behoeven.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan niet-inachtneming nietigheid medebrengt, doordat de Rb. bij het bestreden vonnis d.d. 11 juni 1986 het vonnis van de Ktr. te Amsterdam op 11 febr. 1985 onder rolnr. 3957/84 tussen pp. gewezen heeft vernietigd en, opnieuw beslissende, de vordering van L. heeft afgewezen en haar in de kosten van geding in beide instanties heeft verwezen, zulks in voege als in het dictum van der Rb. vonnis bepaald, zulks op gronden, gelijk vervat in der Rb. overwegingen, welk dictum en welke overwegingen hier als herhaald en ingelast zijn te beschouwen, zulks ten onrechte om een of meer van de navolgende, zonedig in onderling verband en samenhang te beschouwen, redenen:

1. De Rb. stelt voorop, dat in beginsel iedere niet tevoren door de geportretteerde goedgekeurde publikatie van zijn portret inbreuk maakt op diens persoonlijke levenssfeer, in zoverre hij daardoor

wordt blootgesteld aan een "oneindig veel grotere openbaarheid" en dat - in verband daarmee en kort gezegd - niet kan worden aanvaard dat reeds een niet nader toegelichte wens van de geportretteerde om in zijn persoonlijke levenssfeer beschermd te worden een "redelijk belang" zou vormen als bedoeld in art. 21 Aw.

Dit oordeel is op zichzelf juist: er zijn stellig omstandigheden denkbaar (en ook, bijv. bij publikatie van nieuws- c.q. gelegenheidsfoto's zeer frequent voorkomend) waaronder het enkele feit dat een geportretteerde in de zin van art. 21 Aw uit hoofde van zijn wens zijn privacy te behouden tegen publikatie van zijn portret opponeert ongenoegzaam is die wens (hoe respectabel op zich ook) in vervulling te doen gaan; in het compromis dat een wets- c.q. rechtsregel nu eenmaal doorgaans vormt tussen - in beginsel onverzoeerbare - belangen moet het belang van de geportretteerde zijn privacy te behouden het kennelijk afleggen tegen het (eveneens eminente) belang van een vrije (foto-)journalistiek.

De door de Rb. vooropgestelde regel kan echter in beginsel niet worden aanvaard in zoverre als de geportretteerde wordt afgebeeld in een, naar de kantonrechter vaststelde (welke vaststelling door de Rb. is overgenomen, althans waarvan in cassatie kan worden uitgegaan nu de Rb. het tegendeel niet heeft vastgesteld) zekere mate van intimiteit, doordat eiseres en haar toenmalige vriend elkaar wandelend in het zogenaamde Vondelpark te Amsterdam innig omarmd hielden.

2. Denkt men daarover, zoals de Rb., anders, dan verwaarloost men de wezenlijke norm, dat men het prive leven van de medemens dient te eerbiedigen, zoals onder meer neergelegd in art. 8 Verdrag van Rome: het moet toch twee, zoals de Rb. vaststelt, geliefden, vrijstaan zich ook in het openbaar in een zekere mate van intimiteit te begeven, zonder bevreesd te (hoeven) zijn voor (al dan niet in het struweel van het Vondelpark verborgen) persfotografen, die er op uit zijn een foto te schieten van die intimiteit en, door deze te publiceren in een - veel gelezen - weekblad, lezers van die periodiek in die intimiteit te laten delen. Aldus is - afgezien van de gevolgen voor L. persoonlijk - een redelijk belang tegen publikatie reeds gelegen in de vaststaande omstandigheid (althans: de omstandigheid waarvan in cassatie moet worden uitgegaan) dat L. en haar toenmalige vriend zijn gefotografeerd gedurende "een zekere mate van intimiteit" en een redelijk belang tegen openbaarmaking van een portret in de zin van art. 21 Aw is aldus reeds gelegen in de (begrijpelijke en geenszins uitzonderlijke) wens die intimiteit te reserveren voor diegene voor wie zij is bedoeld (waarbij de omstandigheid dat een persfotograaf onverhoeds van die intimiteit een foto heeft weten te maken, zelfs al zou men daaruit afleiden dat ook toevallige passanten in die intimiteit zouden hebben kunnen delen, geenszins afdoet aan het redelijk belang van eiseres tot cassatie in ieder geval niet een - naar eiseres tot cassatie in feitelijke instantie onweersproken heeft gesteld - tweehonderdduizendkoppig lezers- resp. kijkerspubliek in die intimiteit te laten delen).

Althans geldt, dat, onder die omstandigheden, een redelijk belang zich in beginsel tegen openbaarmaking verzet, behoudens bijzondere omstandigheden, waarvan de Rb. in dit geval niet is uitgegaan.

3. Mogelijk dat op het hiervoor ontwikkeld criterium een correctie past, in die zin, dat het belang van de geportretteerde om zich niet in intieme situaties in de pers gepubliceerd te zien worden soms dient te worden afgewogen tegen de nieuwswaarde c.q. de artistieke waarde die met publikatie ook gemeoid kan zijn. Het eerste kan bijv. met name spelen indien zogenaamde bekende persoonlijkheden zich in een zekere intimiteit in het openbaar vertonen.

Wat dan rechtens past kan onbesproken blijven omdat de Rb. haar beslissing niet heeft gebaseerd op een dergelijke afweging, maar ervan is uitgegaan dat eiseres tot cassatie, hoewel in een zekere intimiteit gefotografeerd, er so wie so geen redelijk belang bij heeft zich tegen openbaarmaking te verzetten.

4. Als grondslag voor der Rb. oordeel (in r.o. 5) als zou het bezwaar van L. geen redelijk belang opleveren bezigt de Rb. de overweging:

"dat de publikatie van een foto van voormalige geliefden een reactie (naar der Rb. weergave in r.o. 4: onlustgevoelens (angst, schaamte en verdriet) teweeg brengt als door L. beschreven is immers uitzonderlijk in het licht van de zedelijke opvattingen die heersen onder (en ten aanzien van) jongelui van de leeftijd van L. die in de tachtiger jaren in het Vondelpark te Amsterdam wandelen op de wijze als afgebeeld op de onderhavige foto. Het belang van L. om gespaard te worden voor bedoelde uitzonderlijke reactie voldoet niet aan het geobjectiveerde criterium van art. 21 Aw."

Dusdoende heeft de Rb. echter een onjuiste maatstaf aangelegd, respectievelijk haar vonnis niet genoegzaam naar de eis der wet met redenen omkleed.

(...)

b. De Rb. heeft bovendien ten onrechte de vraag of L. een redelijk belang had in de zin van art. 21 Aw zich tegen openbaarmaking te verzetten geheel geabstraheerd van de bijzonderheden van dit geval.

De Rb. stelt (feitelijk) vast dat de reactie van L. ("onlustgevoelens") uitzonderlijk is in het licht van de zedelijke opvattingen die heersen onder (en ten aanzien van) jongelui van de leeftijd van L. die in de tachtiger jaren in het Vondelpark te Amsterdam wandelen op de wijze als afgebeeld op de onderhavige foto en dat het belang van L. om gespaard te worden voor bedoelde uitzonderlijke reactie niet voldoet aan het geobjectiveerde criterium van art. 21 Aw.

Dat het criterium van art. 21 Aw in zoverre geobjectiveerd is, dat het de rechter is die bepaalt of sprake is van een redelijk belang in de zin van art. 21 Aw is duidelijk.

Maar onjuist is der Rb. oordeel dat de vraag of er in dit geval sprake is van een dergelijk redelijk belang geheel behoort te worden losgekoppeld van de bijzonderheden van dit geval en de achtergrond van de eisende partij. In zoverre gaat de Rb. ten onrechte uit van een volledig en al te zeer geobjectiveerd begrip.

Van belang is namelijk niet (alleen) de vraag of voor wat betreft een gemiddeld lid van de bevolkingsgroep, door de Rb. omschreven als jongelui van de leeftijd van L., die in de tachtiger jaren in het Vondelpark te Amsterdam wandelen op de wijze als afgebeeld op de onderhavige foto, redelijk belang bestaat zich tegen publikatie (een jaar na dato) te verzetten; van belang is (in ieder geval mede) de vraag of L., in de gegeven omstandigheden en met de achtergronden gelijk door haar gesteld (als niet door de Geïllustreerde Pers betwist, of: wel betwist doch door de Rb. in het midden gelaten) een redelijk belang had om zich tegen publikatie te verzetten.

L. heeft (zie m.n. repliek, p. 1/2, welke passages hier als herhaald en ingelast dienen te worden beschouwd) gesteld dat en waarom voor haar onder de geschetste omstandigheden en tegen de geschetste achtergrond een redelijk belang bestond zich tegen publikatie te verzetten.

De Rb. had dan ook dienen te oordelen of L. met inachtneming van L's bijzondere motieven, en achtergronden, in de gegeven omstandigheden een redelijk belang had zich tegen publikatie te verzetten en niet of de gemiddelde jongere een dergelijk redelijk belang zou kunnen geldend maken.

5. Tenslotte voert L. aan, dat zij uitdrukkelijk heeft gesteld, dat niet alleen de foto zelf van belang is maar ook "de context van het gehele artikel dat rondom de foto is geplaatst en dat artikel weer als onderdeel van de editie", welk artikel door L. diffamerend werd geacht (vgl. het gestelde sub 8 en 9 van de conclusie van antwoord in hoger beroep, hier als herhaald en ingelast te beschouwen).

De Rb. heeft ten onrechte nagelaten op deze stellingen van L. in te gaan. Het is echter evident dat een redelijk belang publikatie van een portret te voorkomen ook gelegen kan zijn in de context waarin die publikatie plaatsvindt, respectievelijk dat een op zich niet onrechtmatige publikatie, een foto, onrechtmatig kan zijn door de context waarin die foto wordt gepubliceerd. Door op deze argumenten van L. niet te responderen heeft de Rb. aldus haar vonnis niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie - verder te noemen L. - heeft bij exploit van 2 april 1984 verweerster in cassatie - verder aan te duiden met GP - gedagvaard voor de Ktr. te Amsterdam en gevorderd dat de Ktr. bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, GP zal veroordelen om aan L. een bedrag van f 3000, althans een zodanig bedrag dat de Ktr. ex aequo et bono zal vaststellen, te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de inleidende dagvaarding.

Nadat GP tegen die vordering verweer had gevoerd, heeft de Ktr. bij vonnis van 11 februari 1985 de vordering toegewezen.

Tegen dit vonnis heeft GP hoger beroep ingesteld bij de Rb. te Amsterdam, waarna L. incidenteel hoger beroep heeft ingesteld, daarbij haar eis vermeerderende tot f 5000.

Bij vonnis van 11 juni 1986 heeft de Rb. het vonnis van de Ktr. vernietigd en de vordering alsnog afgewezen.

Het vonnis van de Rb. is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het vonnis van de Rb. heeft L. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

GP heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor pp. toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de A-G Mok strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot verwijzing van de zaak naar het Hof te Amsterdam.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

In de zomer van 1982 is door een fotograaf in opdracht van GP een serie foto's gemaakt in het Vondelpark te Amsterdam. Tot die serie behoort een foto die L. toont "terwijl zij met haar (toenmalige) verloofde wandelt in het Vondelpark, waarbij zij en haar (toenmalige) verloofde elkaar innig omarmd houden, zodat die foto L. en haar (toenmalige) verloofde toont in een zekere mate van intimiteit" (citaat uit het vonnis van de Ktr.). De foto die - naar ligt besloten in de overwegingen van Ktr. en Rb. - een portret is als bedoeld in art. 21 Auteurswet (Aw), is door GP openbaar gemaakt in de aflevering van 24 juni 1984 van het door haar uitgegeven weekblad Nieuwe Revu.

3.2 L. heeft haar vordering tot vergoeding van "immateriele schade" primair gebaseerd op art. 21 Aw en daartoe gesteld dat haar redelijk belang zich tegen openbaarmaking van die foto verzet omdat deze openbaarmaking inbreuk maakt op haar recht op de bescherming van haar persoonlijke levenssfeer. Deze stelling is door de Ktr. juist bevonden, maar door de Rb. verworpen. Tegen dit laatste oordeel richt zich het middel met vijf onderdelen.

3.3 De onderdelen 1 en 2 richten zich tegen het oordeel van de Rb. (in r.o. 2) dat niet kan worden aanvaard "dat reeds een niet nader toegelichte, globale wens van de geportretteerde om in zijn persoonlijke levenssfeer beschermd te worden een "redelijk belang" oplevert als bedoeld in art. 21 Aw".

De beide onderdelen zijn in zoverre gegrond dat dit oordeel in zijn algemeenheid te ver gaat. De Rb. heeft aldus oordelend miskend dat uit het recht van een ieder op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, dat naar zijn inhoud mede door art. 8 EVRM wordt bepaald, voortvloeit dat indien de openbaarmaking van een portret op dit recht inbreuk maakt, in beginsel sprake is van een redelijk belang van de geportretteerde als bedoeld in art. 21 Aw dat zich tegen die openbaarmaking verzet. Of van zodanige inbreuk sprake is hangt af van de feitelijke omstandigheden, met name de aard en mate van intimiteit waarin de geportretteerde is afgebeeld, terwijl ook het karakter van de foto en de context van de publikatie van belang kunnen zijn.

Onderdeel 3 behoeft in het licht van het vorenstaande geen behandeling.

3.4. Onderdeel 4 richt zich tegen het oordeel van de Rb. dat de concrete bezwaren van L. niet een redelijk belang als bedoeld in art. 21 opleveren omdat de door L. als zodanig aangevoerde reactie op de publikatie van de foto "uitzonderlijk" is "in het licht van de zedelijke opvattingen die heersen onder (en ten aanzien van) jongelui van de leeftijd van L. die in de tachtiger jaren in het Vondelpark wandelen op de wijze als afgebeeld op de onderhavige foto" (r.o. 5). Het onderdeel klaagt er in subonderdeel b terecht over dat de Rb. aldus oordelend miskent dat de vraag of L. een redelijk belang heeft, moet worden beoordeeld in het licht van haar concrete omstandigheden en haar achtergrond en dat daarbij niet relevant is of dezelfde bezwaren zich bij anderen zouden voordoen. Onderdeel a behoeft geen bespreking meer.

3.5. Uit hetgeen hiervoor onder 3.3 is overwogen vloeit voort dat ook onderdeel 5 slaagt.

4. Beslissing

De HR:

vernietigt het vonnis van 11 juni 1986 van de Rb. te Amsterdam;

verwijst de zaak naar het Hof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt GP in de kosten van het geding in cassatie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van L. begroot op f 3433,75, op de voet van art. 57b Rv te voldoen aan de griffier.

Conclusie A-G Mr. Mok:

1. Feiten

In de zomer van 1982 heeft een medewerker van het weekblad "Nieuwe Revu", uitgave van verweerster in cassatie, de Geïllustreerde Pers (hierna te noemen: GP), een foto gemaakt waarop eiseres van cassatie, L., voorkomt. Deze foto, gemaakt in het Vondelpark te Amsterdam, stelt L. voor in een innige omarming met een man die, naar gebleken is, haar toenmalige verloofde was. Deze foto is, zonder toestemming van L., openbaar gemaakt in de Nieuwe Revu van 24 juni 1983. Ten tijde van de openbaarmaking van de foto was de verlovings tussen L. en de man met wie zij op de foto voorkwam verbroken. L. was inmiddels een relatie met een andere man aangegaan.

2. Verloop procedure

L. heeft zich op het standpunt gesteld dat GP door de openbaarmaking van de foto zoals boven aangeduid, jegens L. een onrechtmatige daad heeft gepleegd tengevolge waarvan L., door de schuld van GP, (immateriele) schade heeft geleden.

In verband hiermede heeft L. GP gedagvaard voor de Ktr. te Amsterdam en een schadevergoeding ten bedrage van f 3000 (vermeerderd met rente en met veroordeling van GP in de kosten van het geding) gevorderd.

Bij vonnis van 11 febr. 1985 heeft de Ktr. de vordering van L. toegewezen. De Ktr. achtte de publikatie zowel in strijd met geschreven recht (art. 21 Auteurswet 1912), als in strijd met ongeschreven recht (de zorgvuldigheid welke GP in het maatschappelijk verkeer jegens L. betaamde, waaraan niet kan afdoen dat de foto op zichzelf voor L. niet diffamerend was).

Op door GP ingesteld hoger beroep heeft de Rb. te Amsterdam (slechts een deel van de door GP voorgedragen grieven onderzoekend) het vonnis van de Ktr. vernietigd en de vordering van L. afgewezen.

Het door L. ingestelde voorwaardelijk hoger beroep heeft de Rb. verworpen, omdat dit in de visie van de Rb. steunde op een onjuist bevonden veronderstelling.

Tegen laatstgenoemd vonnis, uitgesproken op 11 juli 1986, heeft L. (tijdig) beroep in cassatie ingesteld, onder aanvoering van een in een aantal onderdelen onderscheiden middel.

3. Publikatie van foto's van personen en inbreuk op de persoonlijke levenssfeer

De HR heeft kort geleden enige malen moeten beslissen in zaken waarin het eveneens ging om de rechtmatigheid van de publikatie van foto's van personen in verband met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van die personen.

Ik noem HR 30 okt. 1987, NJ 1988, 277 (naaktfoto) en HR 4 maart 1988, RvdW 1988, 53 (kinderen Bourbon-Parma).

Met name in het eerstgenoemde arrest komen kwesties aan de orde, die ook in de onderhavige zaak een rol spelen:

- bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde en het redelijk belang van de geportretteerde daarbij;

- vergoeding van immateriele schade in dit verband.

Ik zou in het bijzonder willen verwijzen naar de conclusie van mijn ambtgenote Biegman-Hartogh bij dit arrest-naaktfoto; zie vooral nr. 9 over het begrip "redelijk belang" en nrs. 11-14 over vergoeding van immateriele schade.

4. Vonnis Rb. en bezwaren daartegen

4.1. De Rb. heeft de zaak uitsluitend beoordeeld in het licht van de art. 20 en 21 Auteurswet, speciaal in het licht van het begrip "redelijk belang" in art. 21. Dat de publikatie van de foto in de Nieuwe Revu tevens in strijd zou zijn met de zorgvuldigheid die GP in acht diende te nemen jegens de persoon van L., zoals de Ktr. mede had overwogen, is in hoger beroep buiten beschouwing gebleven, afgezien van een bijzonder aspect (r.o. 6), waarop ik hierna, nr. 4.6, inga.

Voor wat de hoofdzaak betreft is deze kwestie in cassatie niet aan de orde gesteld.

4.2. De Rb. stelt voorop dat in beginsel iedere niet tevoren door de geportretteerde goedgekeurde publikatie van zijn portret inbreuk maakt op diens persoonlijke levenssfeer, in zoverre hij daardoor wordt blootgesteld aan een (zoals de Ktr. had overwogen) "oneindig veel grotere openbaarheid". De globale wens van een geportretteerde om in zijn persoonlijke levenssfeer beschermd te worden tegen een dergelijke openbaarheid kan volgens de Rb. geen redelijk belang opleveren als bedoeld in art. 21 Auteurswet, mede gezien het onderscheid tussen de regelingen van art. 21 en art. 20 van die Wet. Waar het derhalve om gaat zijn de concrete bezwaren (mogelijk met haar prive-leven samenhangend) die L. tegen de publikatie van de foto heeft aangevoerd. De kern van dit bezwaar heeft de Rb. als volgt samengevat:

"Dat - mede als gevolg van het feit dat de relatie tussen haar (L.) en haar mede-geportretteerde reeds was beëindigd toen de foto gepubliceerd werd - die publikatie ernstige onlustgevoelens (angst, schaamte en verdriet) heeft gewekt bij haarzelf, zowel direct alsook doordat zij daarop werd aangesproken door personen uit haar naaste omgeving."

4.3. Het aldus samengevatte bezwaar vormt volgens de Rb. geen redelijk belang als bedoeld in art. 21 Auteurswet.

Dat oordeel baseert de Rb. op de volgende feitelijke omstandigheid:

"Dat de publikatie van een foto van voormalige geliefden een reactie teweeg brengt als door L. beschreven is immers uitzonderlijk in het licht van de zedelijke opvattingen die heersen onder (en ten aanzien van) jongelui van de leeftijd van L. die in de tachtiger jaren in het Vondelpark wandelen op de wijze als afgebeeld op de onderhavige foto."

4.4. De Rb. laat geheel in het midden waar zij haar feitelijke overweging over de zedelijke opvattingen die heersen onder en ten aanzien van in het Vondelpark wandelende jongelui op baseert. Denkbaar is dat de Rb. dit een omstandigheid van algemene bekendheid heeft geacht, denkbaar is ook dat een onderzoek zou zijn gedaan naar de zedelijke opvattingen van de in het Vondelpark wandelende jongelui, terwijl wellicht ook van eigen wetenschap sprake zou kunnen zijn.

Afgezien daarvan dat de basis van de vaststelling niet blijkt is deze voor meer dan een uitleg vatbaar:

a. het gaat om de zedelijke opvattingen die heersen onder (en ten aanzien van) de meerderheid van de in het Vondelpark wandelende jongelui;

b. het gaat om de opvattingen van in beginsel alle in het Vondelpark wandelende jongelui, echter met uitzondering van L. en haar kennissen (vgl. de uitdrukking "uitzonderlijke reactie" in de laatste alinea van r.o. 5).

De in onderdeel 4, aanhef, van het middel aangevoerde motiveringsklacht tegen de feitelijke vaststelling waar r.o. 5 op steunt, treft m.i. doel.

4.5. Overigens is ook niet in te zien waarom, zoals de Rb. in de laatste alinea van r.o. 5 overweegt, het belang van L. om gespaard te worden voor gevoelens van angst, schaamte en verdriet en voor reacties uit haar omgeving (waarbij men natuurlijk in het bijzonder moet denken aan haar nieuwe partner) niet zouden voldoen aan het geobjectiveerde criterium van art. 21 Auteurswet (Over "redelijk belang": P.J.W. de Brauw, preadv. NJV 1965, 49 e.v.; C.P. Aubel, Persoon en pers, 1968, p. 25 e.v. en 136 e.v.; N. van Lingen, Auteursrecht in hoofdlijnen, 1984, p. 124 e.v.; S. Gerbrandy, Kort commentaar op de auteurswet 1912, 1988, aant. 4 op art. 21, p. 275 e.v.) omdat zulke reacties uitzonderlijk zouden zijn. Aantasting van de privesfeer is een begrip dat in hoge mate samenhangt met de individuele omstandigheden van de belanghebbende. Het lijkt mij niet juist om te oordelen dat iemand geen redelijk belang heeft bij handhaving van zijn privesfeer, omdat de omstandigheden bij vele anderen uit de groep waartoe hij behoort, anders zouden zijn.

Denkbaar is wel dat de reacties bij L. en haar omgeving zo uitzonderlijk zouden zijn dat GP die redelijkerwijs niet had behoeven te verwachten. Dat is echter een zaak die niet samenhangt met het redelijk belang van L., maar met de schuld van GP en dat laatste aspect heeft de Rb. niet besproken. Ten overvloede voeg ik hieraan toe dat ik in het gegeven geval dit aspect ook niet van grote betekenis acht. Feitelijk staat vast dat het om een foto van een intieme situatie ging. Er zijn allerlei redenen denkbaar waarom de betrokkenen, al is de foto in een openbaar park gemaakt, gegronde bezwaren konden hebben tegen publikatie in een door honderdduizenden gelezen (ook dit staat feitelijk vast) weekblad. Ik zou menen dat de kans op een onrechtmatig te achten inbreuk op de persoonlijke levenssfeer hier zo groot was, dat uitgangspunt moest zijn dat publikatie zonder toestemming van de betrokkenen niet behoorde plaats te hebben. Die redenering geldt in versterkte mate nu de publikatie eerst een jaar nadat de foto gemaakt was plaatsvond. Naar mijn opvatting zou het zuiverder zijn geweest indien de zaak uitsluitend als onrechtmatige daad zou zijn behandeld (Vgl. C.P. Aubel, Persoon en pers, 1968, p. 25 en het aldaar gegeven citaat van E.D. Hirsch Ballin (uit WPNR 4059)). Ook onderdeel 4, onder b, van het middel slaagt m.i.

4.6. In r.o. 6 overweegt de Rb. dat publikatie van een portret geheel los van art. 21 Auteurswet onrechtmatig kan zijn indien bij de vervaardiging van dat portret inbreuk is gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde, bijv. door de wijze waarop of de omstandigheden waaronder het portret is vervaardigd. Daaraan voegt de Rb. toe dat niet gesteld of gebleken is dat dit geval zich voordoet.

Evenwel heeft de Rb. in r.o. 1, laatste alinea, overwogen dat de feitelijke vaststellingen van de Ktr. (behoudens voor wat betreft de relatie tussen L. en haar partner ten tijde van de publikatie) in hoger beroep niet bestreden zijn, zodat deze ook de Rb. tot uitgangspunt dienen. Tot de feitelijke vaststellingen van de Ktr. behoort dat de foto in de zomer van 1982 is gemaakt en in juni 1983 is gepubliceerd.

Met deze feitelijke vaststelling lijkt mij de overweging van de Rb. dat niet zou zijn gesteld of gebleken dat sprake is van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van L., door de wijze waarop of de omstandigheden waaronder het portret is vervaardigd, in strijd. Vaststaat immers dat het portret een jaar voor de publikatie daarvan is vervaardigd. Wellicht is dat eerder een bijzondere omstandigheid die betrekking heeft op de publikatie dan op de vervaardiging van de foto, maar dat maakt in dit verband geen verschil.

Dat betekent dat r.o. 6 in strijd is met de feitelijke vaststellingen die de Rb. tot uitgangspunt hebben gediend. Ook onderdeel 4 onder a van het middel is derhalve terecht voorgesteld.

4.7. Gezien het bovenstaande behoeven de overige onderdelen van het cassatiemiddel, die overigens op onderdeel 4 preluderen en daar nauw mee samenhangen, geen bespreking.

5. Afdoening

Na vernietiging zal verwijzing moeten volgen, aangezien in hoger beroep niet alle door GP tegen het vonnis van de Ktr. aangevoerde grieven zijn onderzocht.

6. Conclusie

De conclusie luidt tot vernietiging van het bestreden vonnis, tot verwijzing van de zaak naar het Hof te Amsterdam en tot veroordeling van GP in de kosten van het geding in cassatie.