

**HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473**

HOGE RAAD 21 januari 1994, nr. 15309

(Mrs. Martens, Mijnsen, Korthals Altes, Neleman, Swens-Donner; A-G Vranken; m.nt. DWFV), RvdW 1994, 36

E., te Amsterdam, eiser tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweerder, adv. mr. E. Grabandt,

tegen

Uitgeverij Spaarnestad BV, te Haarlem, verweerster in cassatie, voorwaardelijk incidenteel eiseres, adv. mr. E.J. Dommering.

Hof:

3. De feiten, tevens behandeling van de grieven I en II

(...)

3.2. Met de grieven I en II maakt Spaarnestad bezwaar tegen de vaststelling door de rechtbank (2 sub a), dat de fotografische afbeeldingen van E. in de nummers 7 en 11 van de jaargang 1989 van het weekblad, portretten in de zin van art. 21 van de Auteurswet zouden zijn.

3.3. De grieven kunnen reeds niet slagen omdat het hier een verweer betreft dat, naar E. terecht aanvoert, in dit stadium van de procedure door Spaarnestad niet meer gevoerd kan worden. Immers, bij conclusie van antwoord heeft Spaarnestad uitdrukkelijk laten weten dat zij niet bestrijdt dat de betreffende fotografische afbeeldingen van E. portretten zijn in de zin van art. 21 van de Auteurswet. Met die stellingname heeft Spaarnestad op ondubbelzinnige wijze afstand gedaan van verweer tegen de stelling van E. dat het hier gaat om portretten in de zin van art. 21 van de Auteurswet. Het thans daartegen bij de grieven I en II aangevoerde verweer is derhalve gedekt, zodat deze grieven falen.

3.4. Ten overvloede overweegt het hof dat wel degelijk sprake is van portretten in de zin van art. 21 van de Auteurswet. In beide gevallen gaat het om foto's waarop het gelaat van E., met voldoende individualiseerbare gelaatstrekken, duidelijk zichtbaar is. Dat de gelaatstrekken zoals weergegeven op de desbetreffende foto's niet zouden overeenstemmen met de gelaatstrekken van E., is door Spaarnestad niet gesteld en ook niet aannemelijk, nu ten processe vaststaat dat het gaat om foto's van E. De omstandigheid dat de foto's enigszins wazig zijn doet aan de mogelijkheid tot identificatie niet af, zeker niet nu de beide gepubliceerde foto's zijn voorzien van een bijschrift, waaruit blijkt dat het om een beeltenis van E. gaat. Dat personen die E. niet kennen, hem uit de desbetreffende foto's niet zullen kunnen herkennen, ligt nogal voor de hand. Anders dan Spaarnestad onder grief II betoogt, betekent dit niet dat niet van een portret in de zin van art. 21 van de Auteurswet kan worden gesproken.

3.5. Nu voor het overige geen grieven zijn gericht tegen de wijze waarop de rechtbank de feiten heeft vastgesteld, gelden de in overweging 2 sub a t/m d vastgestelde feiten ook het hof als uitgangspunt.

4. Behandeling van de grieven III t/m XIV

4.1. Deze grieven strekken ertoe het geschil tussen partijen in volle omvang aan het hof voor te leggen. Het hof zal deze grieven gezamenlijk behandelen.

4.2. De grieven stellen de vraag aan de orde of Spaarnestad, door de publikatie van de portretten van E., onrechtmatig jegens E. heeft gehandeld.

4.3. Bij het antwoord op die vraag geldt als uitgangspunt dat Spaarnestad recht heeft op vrijheid van meningsuiting, hetgeen in beginsel impliceert de vrijheid om haar ter beschikking

staand fotomateriaal te publiceren. De uitoefening van dit recht brengt voor Spaarnestad echter ook plichten en verantwoordelijkheden mee. Spaarnestad dient rekening te houden met de rechten en vrijheden van anderen, zoals het recht van personen die op de desbetreffende foto's herkenbaar zijn afgebeeld op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer.

4.4. Door de publikatie van de onderhavige foto's van E. zonder zijn toestemming worden de belangen van E., die heeft laten blijken dat hij tegen publikatie bezwaren heeft, onmiskenbaar geschaad. Dit betekent echter niet, althans niet zonder meer, dat daarmee vaststaat dat E. een redelijk belang heeft om zich tegen publikatie te verzetten. Immers, voor de beantwoording van de vraag of zodanig belang aanwezig is, dienen ook de belangen van Spaarnestad bij uitoefening van haar recht op vrijheid van meningsuiting, waaronder begrepen het recht op het verschaffen van nieuws en informatie, in aanmerking te worden genomen. Pas na afweging van alle betrokken belangen, kan tot een oordeel worden gekomen omtrent de vraag of de openbaarmaking van de foto's van E. in de gegeven omstandigheden onrechtmatig is.

4.5. Het hof stelt voorop dat de beide foto's waar het in dit geding om gaat een neutraal karakter hebben in die zin dat in de aard van de foto's op zichzelf geen grond is gelegen om de publikatie onrechtmatig te achten. Ook de wijze waarop de foto's in het bezit van Spaarnestad zijn geraakt, biedt daartoe geen aanleiding. De stelling van E., dat een foto tijdens een huiszoeking zou zijn ontvreemd, is onvoldoende toegelicht. Door Spaarnestad is onweersproken gesteld dat zij op rechtmatige wijze in het bezit van de foto is gekomen. Over de andere foto heeft Spaarnestad door middel van het ANP de beschikking gekregen. Dat de fotograaf mogelijk onfatsoenlijk ten aanzien van E. en ten aanzien van de justitiële autoriteiten te werk is gegaan bij het vervaardigen van deze foto, kan Spaarnestad niet worden aangerekend. Gesteld noch gebleken is dat Spaarnestad zodanige betrokkenheid bij de wijze van vervaardiging van die foto had, dat dit haar in de gegeven omstandigheden van publikatie had moeten weerhouden.

4.6. Bij de waardering van het belang van E. neemt het hof nog in het bijzonder in aanmerking dat er, ten tijde van de publikatie, kennelijk meerdere foto's van E. in omloop waren. Weliswaar heeft E. betoogd dat hij ook tegen publikatie van zijn portret door anderen dan Spaarnestad protest heeft aangetekend, maar dit neemt niet weg dat er in de loop van 1988 en 1989 her en der foto's van E. in de pers verschenen zijn. Zo heeft Spaarnestad onweersproken gesteld dat de ene foto reeds in april 1988 op de voorpagina van een dagblad is afgedrukt. Voorts heeft de procureur van Spaarnestad bij gelegenheid van een pleidooi in hoger beroep een exemplaar van het weekblad "A" van 23 april 1988 in het geding gebracht. Op de omslag van dit weekblad is een duidelijk identificeerbare foto van E. geplaatst. Door de raadsman van E. is beaamd dat E. niet tegen elke publikatie van zijn portret, bijvoorbeeld niet tegen genoemde publikatie in het weekblad "A", heeft geprotesteerd. Wel staat vast dat Spaarnestad er mee bekend was dat E. bezwaar maakte tegen openbaarmaking van de foto die is afgedrukt in het onderhavige weekblad.

4.7. De omstandigheid dat E. ten tijde van de publikaties gedetineerd was en dat hij naar verwachting nog jarenlang van zijn vrijheid zal zijn beroofd, betekent, anders dan door Spaarnestad is betoogd, niet dat hij in mindere mate aanspraak heeft op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer. Ook het feit dat E. tot tweemaal toe op een openbare terechtzitting is verschenen terzake van verdenking van ernstige strafbare feiten, impliceert niet dat hij geen belang meer heeft bij een verbod tot publikatie van zijn foto door Spaarnestad. Publikatie van een portret in een weekblad met, naar bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep desgevraagd namens Spaarnestad is verklaard, een oplage van 200.000 exemplaren, levert een aanzienlijk grotere inbreuk op de privacy van E. op, dan de openbaarheid van een strafzitting.

4.9. Bij de waardering van het belang van Spaarnestad speelt een rol de omstandigheid dat E. ten tijde van de publikatie van de foto's in de publieke belangstelling stond omdat hij inmiddels onherroepelijk was veroordeeld terzake van een delict dat in sterke mate de

aandacht van het publiek had getrokken. Dit betekent dat het portret van E. ten tijde van de onderhavige publikaties nog steeds, ondanks eerdere publikaties als voormeld, nieuws- en informatiewaarde vertegenwoordigde.

4.10. Uitgaande van bovengenoemde factoren en overwegingen, dient ten aanzien van elke publikatie afzonderlijk te worden beoordeeld of zij, mede gelet op de overige omstandigheden van het geval, in de gegeven context toelaatbaar is.

4.11. Wat betreft de context van de publikatie van het portret van E. in nr. 7 (1989) van het weekblad geldt dat het hier gaat om een illustratie bij een onderzoek naar de achtergronden (van?; red.) een aantal personen die in de periode na de tweede wereldoorlog wegens moord zijn veroordeeld, alsmede naar hun motieven. Onder de titel "Met voorbedachte rade" doet de auteur verslag van zijn bevindingen. Van de zes besproken moordenaars zijn ter illustratie foto's bij het artikel geplaatst. De publikatie van deze foto's vergroot de zeggingskracht van het artikel en de foto's hebben als zodanig een functie bij het verschaffen van nieuws en informatie aan de lezers.

4.13. Daar staat tegenover dat E. er belang bij heeft dat de publikatie van zijn portret in de desbetreffende context ("de zes beruchtste moordenaars") achterwege blijft, omdat daarbij de nadruk wordt gevestigd op zijn eigen strafrechtelijke veroordeling. Op het tijdstip van de publikatie was de veroordeling van E. onherroepelijk. Het hoogtepunt van de publiciteit rond het misdrijf, zijn arrestatie en zijn berechting was voorbij. Aannemelijk is dat E., zoals hij stelt, behoefte had aan rust en stilte rond zijn persoon en dat noch hijzelf noch zijn gezinsleden steeds weer geconfronteerd wensten te worden met de feiten waarvoor hij was veroordeeld. Publikatie van de foto zou zijn resocialisatie kunnen bemoeilijken, nu hij in de toekomst daardoor mogelijk herkenbaar voor het publiek zal zijn.

4.14. Het hof is van oordeel dat, al het voorgaande in aanmerking genomen, afweging van bovengenoemde belangen van Spaarnestad bij publikatie van de desbetreffende foto ter illustratie van de reportage inzake beruchte moordzaken, tegen de op zichzelf gerechtvaardigde belangen van E. bij het achterwege blijven van die publikatie, leidt tot de conclusie dat de belangen van Spaarnestad in de gegeven omstandigheden zwaarder wegen, zodat publikatie van de betreffende foto niet onrechtmatig jegens E. is. Het hof neemt daarbij met name in aanmerking dat het gaat om een publikatie ter illustratie van een artikel met nieuws- en informatiewaarde, waarin ten aanzien van E. louter feitelijke mededelingen en geen onnodig grievende uitlatingen voorkomen.

4.15. De publikatie van het portret van E. in nr. 11 (1989) van het weekblad vond plaats in het kader van een overzicht van de resultaten van de verkiezing van de beste persfoto's van het jaar 1988. Veertien bekroonde foto's zijn in die reportage gepubliceerd, waaronder het portret van E. waarmee de fotograaf de Zilveren Camera en eerste prijs in de categorie "Nieuws" had gewonnen. De begeleidende tekst vermeldt dat de foto is gemaakt bij de reconstructie van de moord op H. E. wordt beschreven als "E. met die glazige blik, die tijdens de reconstructie van de moord op H. een shaggy staat te draaien. Hij lijkt geheel onaangedaan, maar in dat hoofd kan zich van alles afspelen".

4.16. Ook de publikatie van deze foto heeft onmiskenbaar nieuws- en informatiewaarde. Deze is niet zozeer gelegen in het feit dat het gaat om een foto van de pleger van een geruchtmakend delict - de foto was bijna een jaar oud en reeds eerder in de media gepubliceerd -, maar in de omstandigheid dat de maker er de Zilveren Camera voor de beste persfoto van 1988 mee had gewonnen.

4.17. Het belang van E. bij het achterwege blijven van de openbaarmaking is, behalve in bovengenoemde (sub 4.13) genoemde factoren als behoefte aan rust en anonimiteit, naar namens hem bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep is betoogd, ook gelegen in het sub 4.15 weergegeven bijschrift bij de publikatie. In dit betoog kan het hof E. echter niet volgen. Niet valt in te zien dat het desbetreffende bijschrift bijzonder belastend voor E. is,

noch dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die door de publikatie van de foto wordt gemaakt, daarmee is vergroot.

4.18. Afweging van de betrokken belangen leidt ook ten aanzien van de publikatie van de foto van E. in nr. 11 van 1989 tot het oordeel dat deze publikatie in de gegeven omstandigheden, zoals die hierboven zijn uiteengezet, niet onrechtmatig jegens E. is. Ook al was Spaarnestad er mee bekend dat E. tegen de publikatie van juist deze foto ernstig bezwaar maakte, dat behoefde haar, gelet op bovenbeschreven recht op vrije meningsuiting en op vrijheid om het publiek te informeren omtrent de uitslag van de verkiezing van de beste persfoto van 1988, in de gegeven omstandigheden niet van publikatie te weerhouden.

4.19. Het komt er derhalve op neer dat het hof, anders dan de rechtbank, van oordeel is dat door de publikatie van de desbetreffende foto's in de nr. 7 en 11 van 1989 geen onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van E. is gemaakt. Inzoverre slagen de grieven. Hetgeen overigens in de grieven wordt aangevoerd, behoeft geen behandeling nu Spaarnestad daarbij geen belang heeft.

(enz.)

Cassatiemiddel in het principale beroep:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het hof heeft overwogen en beslist als is vervat in het (ten?; red.) deze bestreden arrest, zulks ten onrechte om één of meer van de navolgende, zonodig in onderlinge samenhang te lezen redenen:

3.1 Het hof neemt in r.o. 3.4 bij beantwoording van de vraag of Spaarnestad door de publikatie van de portretten van E. jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld, als uitgangspunt dat Spaarnestad recht heeft op vrijheid van meningsuiting, hetgeen volgens 's hofs beslissing in beginsel impliceert de vrijheid om Spaarnestad ter beschikking staand fotomateriaal te publiceren, waaraan het hof toevoegt dat de uitoefening van dit recht voor Spaarnestad ook plichten en verantwoordelijkheden meebrengt, in die zin dat Spaarnestad rekening dient te houden met rechten en vrijheden van anderen, zoals het recht van personen die op de desbetreffende foto's herkenbaar zijn afgebeeld op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer. Deze beslissing is rechtens onjuist. Het hof miskent dat een ieder recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer en dat daaruit voortvloeit dat reeds indien de openbaarmaking van een portret op dit recht inbreuk maakt er sprake is van een redelijk belang van de geportretteerde dat zich tegen die openbaarmaking verzet in de zin van art. 21 Auteurswet ("Aw") en dat openbaarmaking onder die omstandigheden van een portret in beginsel oplevert een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 OBW c.q. 6:162 BW, en dat alsdan aan die openbaarmaking het onrechtmatig karakter slechts kan worden ontnomen indien sprake is van een uit het geschreven of ongeschreven recht voortvloeiende rechtvaardigingsgrond.

Weliswaar werkt het hof het volgens r.o. 4.3 gekozen uitgangspunt nader uit teneinde aan de hand van bepaalde feiten en omstandigheden vast te stellen of van een redelijk belang van E. om zich tegen publikatie te verzetten sprake is, maar gegeven het onjuiste uitgangspunt van het hof is daarin niet te onderkennen een onderzoek naar de vraag of zich voor de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van E. een rechtvaardigingsgrond voordoet, zodat ook uit dien hoofde 's hofs oordeel rechtens onjuist is, althans en in ieder geval onvoldoende inzicht geeft in de door het hof gevolgde gedachtengang en (mitsdien) niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.

3.2 's Hofs beslissing is voorts onjuist, althans onbegrijpelijk en niet naar de eis der wet met redenen omkleed, waar het hof in r.o. 4.4 en 4.5 tot uitdrukking brengt dat Spaarnestad bij de uitoefening van het aan haar toekomende recht op vrijheid van meningsuiting weliswaar rekening dient te houden met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van E., maar dat de uitoefening van dat recht op vrijheid van meningsuiting in beginsel impliceert de

vrijheid om haar ter beschikking staand fotomateriaal te publiceren. Aldus miskent het hof, dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer de uitdrukking vormt van een rechtsbeginsel waarvan de rechter slechts op grond van een door het hof niet vastgestelde rechtvaardigingsgrond mag afwijken, althans dat bij een botsing van het aan E. toekomende recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, met name voorzover tot uiting komend in de bevoegdheid voortvloeiend uit art. 21 Aw enerzijds, en het aan Spaarnestad toekomende recht op vrijheid van meningsuiting anderzijds het aan E. toekomende recht dient te prevaleren boven het enkele recht op vrijheid van meningsuiting, althans dat een rechtvaardigingsgrond van een inbreuk op het eerstgenoemde recht door de rechter niet kan worden vastgesteld op de wijze als ten deze in 's hofs arrest vervat.

3.3 's Hofs beslissing is onjuist, althans onbegrijpelijk en niet naar de eis der wet met redenen omkleed, in zoverre het hof in r.o. 4.4 enerzijds constateert dat door de publikatie de belangen van E. onmiskenbaar zijn geschaad, maar anderzijds oordeelt dat daarmee nog niet vaststaat dat E. een redelijk belang heeft om zich tegen publikatie te verzetten. Bij de vaststelling dat sprake is van het schaden van de belangen van E. is immers in beginsel gegeven een redelijk belang als bedoeld in art. 21 Aw en staat dientengevolge het onrechtmatig karakter van de publikatie van de onderhavige portretten vast, althans valt niet zonder meer, en zonder nadere motivering, in te zien waarom van een redelijk belang in de zin van evenvermeld wetsartikel ten deze geen sprake zou zijn.

3.4 Het vorenstaande leidt tot de gevolgtrekking dat ook hetgeen het hof in het ten deze bestreden arrest overigens overweegt en beslist, rechtens onjuist is en niet naar de eis der wet met redenen omkleed nu ook die overige beslissingen van het hof uitgaan van het voormelde onjuiste en in de eerdere onderdelen aangevallen uitgangspunt.

3.5 's Hofs beslissing is onjuist, althans onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd, voorzover in 's hofs beslissing moet worden gelezen dat E. zich mede daarom niet met vrucht tegen publikatie kan verzetten omdat hij inmiddels onherroepelijk was veroordeeld terzake van een delict dat in sterke mate de aandacht van het publiek had getrokken (vgl. bijv. r.o. 4.9) nu immers die omstandigheid temeer maakt dat publikatie van de betreffende foto's een inbreuk op de privacy van E. oplevert (zoals het hof in r.o. 4.7 zelf ook overweegt) en aldus die (met name in r.o. 4.9 genoemde) omstandigheid eerder een element is dat pleit voor het door E. ingenomen standpunt dan voor het door Spaarnestad ingenomen standpunt, in ieder geval zonder nadere toelichting welke in 's hofs arrest niet kan worden gevonden niet duidelijk wordt waarom het hof een redelijk belang van E. in eerderevermelde zin hier niet aanwezig acht.

Cassatiemiddel in het voorwaardelijk incidenteel beroep:

Het hof heeft in het arrest van 3 dec. 1992, gewezen tussen Uitgeverij Spaarnestad BV als appellante en E. als geïntimeerde, vormen verzuimd en/of het recht geschonden door te overwegen en te beslissen als in zijn arrest overwogen, om de navolgende redenen. In r.o. 4.7 overweegt het hof dat E. niet in mindere mate aanspraak heeft op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer. In r.o. 4.9 (r.o. 4.8 ontbreekt in het arrest) overweegt het dat bij de waardering van het belang van Spaarnestad een rol speelt dat E. in de publieke belangstelling stond, omdat hij inmiddels onherroepelijk was veroordeeld terzake van een delict dat in sterke mate de publieke aandacht had getrokken, zodat zijn portret nog steeds een nieuws- en informatiewaarde vertegenwoordigde. Voor zover deze overwegingen aldus begrepen moeten worden dat het hof (met impliciete verwerping van grief IX) bij de vaststelling van de concrete inhoud van E.'s privacyrecht niet heeft laten meewegen dat hij ten tijde van de publikatie van de foto een "publiek persoon" was, is die beslissing rechtens onjuist, omdat bij de bepaling wat in het gegeven iemands "persoonlijke levenssfeer" is (en dus voor de vraag wanneer sprake is van een inbreuk op het privacyrecht) een relevante omstandigheid is of iemand (al of niet door eigen toedoen) in de publieke belangstelling staat

(een "publieke persoon" is, naar de letterlijke vertaling van de Engelse term "public figure"). In elk geval heeft het hof ten deze zijn arrest niet naar de eis der wet met redenen omkleed omdat niet duidelijk is hoe het hof enerzijds kan overwegen dat E. niet "in mindere mate" aanspraak heeft op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer en er sprake is van zijn "gerechtvaardigde belangen" te dien aanzien, anderzijds kan overwegen dat zijn portret "nieuws- en informatiewaarde" heeft, hetgeen betekent dat het niet (meer) tot de privésfeer behoort.

Hoge Raad:

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

Eiser tot cassatie - verder te noemen: E. - heeft bij exploit van 31 mei 1989 verweerster in cassatie - verder te noemen: Spaarnestad - gedagvaard voor de Rechtbank te Haarlem en gevorderd:

(a) te verklaren voor recht dat Spaarnestad met de publikaties van E.'s portret onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en dat zij deswege aansprakelijk is;

(b) Spaarnestad te veroordelen tot betaling aan E. van schadevergoeding ter zake, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, en

(c) Spaarnestad te verbieden om E.'s portret - andermaal - openbaar te maken op straffe van verbeurte aan E. van een dwangsom van f 50 000 per overtreding.

Nadat Spaarnestad tegen de vorderingen verweer had gevoerd, heeft de rechtbank bij vonnis van 26 maart 1991 voor recht verklaard dat Spaarnestad met de publikaties van het portret van E. in nr. 7 en 11 van de jaargang 1989 van het door haar uitgegeven weekblad onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en dat zij deswege aansprakelijk is, Spaarnestad veroordeeld tot vergoeding van de deswege door E. geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen als naar de wet, en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft Spaarnestad hoger beroep ingesteld bij het Hof te Amsterdam.

Bij arrest van 3 dec. 1992 heeft het hof het bestreden vonnis vernietigd en de vorderingen van E. afgewezen.

(...)

#### 3. Beoordeling van het principale en het incidentele beroep

3.1. E. is eind 1988 onherroepelijk veroordeeld tot een langdurige gevangenisstraf en terbeschikkingstelling wegens een delict dat in sterke mate de aandacht van het publiek had getrokken.

In een door Spaarnestad uitgegeven weekblad verscheen op 17 febr. 1989, onder de titel "Met voorbedachte rade" een artikel over "De zes beruchtste moordenaars van na de oorlog". In dit artikel deed de auteur verslag van zijn onderzoek naar de achtergronden en motieven van deze veroordeelden. Het artikel was geïllustreerd met een zestal foto's, waaronder een portret van E. In nr. 11 van 17 maart 1989 verscheen in dat weekblad, onder de titel "De jury heeft gesproken", een artikel waarin werd bericht over de toekenning van de Zilveren Camera voor de beste persfoto van 1988; bij dit artikel waren veertien bekroonde foto's geplaatst, waaronder een portret van E., met welk portret de fotograaf de Zilveren Camera en de eerste prijs in de categorie "Nieuws" had gewonnen.

Inzet van het onderhavige geding is de vraag of Spaarnestad door aldus, zonder toestemming van E., diens portretten te publiceren jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld.

3.2. De rechtbank heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Zij baseerde dit antwoord op analogische toepassing van art. 21 AW en ging daarbij ervan uit dat deze bepaling aldus moet worden verstaan dat, wanneer eenmaal is vastgesteld dat een geportretteerde een redelijk belang heeft zich tegen publikatie van zijn portret te verzetten, deze publikatie jegens hem

onrechtmatig is "zonder dat zijn belang nog moet worden afgewogen tegen andere - wellicht ook redelijke - belangen, zoals bijvoorbeeld het belang van de vrije nieuwsgaring".

3.3. Het hof is daarentegen tot een ontkennend antwoord gekomen. De daartoe door het hof gevolgde gedachtengang kan als volgt worden samengevat:

(i) uitgangspunt is dat Spaarnestad aan het haar ingevolge art. 10 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) toekomende recht op vrijheid van meningsuiting in beginsel de vrijheid ontleent haar ter beschikking staand fotomateriaal te publiceren; uitoefening van dit recht brengt voor haar echter ook plichten en verantwoordelijkheden mee; zo dient zij daarbij rekening te houden met de rechten en vrijheden van anderen, zoals het recht van op de desbetreffende foto's herkenbaar afgebeelden op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer (r.o. 4.3);

(ii) door publikatie van de onderhavige portretten van E. - die daartoe geen toestemming heeft verleend, integendeel had laten blijken dat hij daartegen bezwaar had - worden diens belangen onmiskenbaar geschaad; dat betekent echter niet zonder meer dat hij zich overeenkomstig art. 21 AW tegen publikatie kan verzetten; voor de vraag of hij dat kan, dient immers óók voormeld, voor Spaarnestad uit art. 10 EVRM voortvloeiend recht op vrijheid van meningsuiting in aanmerking te worden genomen; daarom kan "pas na afweging van alle betrokken belangen" de vraag worden beantwoord of de publikaties in de gegeven omstandigheden jegens E. onrechtmatig zijn (r.o. 4.4);

(iii) zich tot deze afweging zettend onderzoekt het hof eerst een aantal bij de beoordeling van beide publikaties in aanmerking te nemen factoren (r.o. 4.5-4.9) om daarna aandacht te besteden aan elke publikatie afzonderlijk, waarbij het mede let op de context waarin de desbetreffende foto is geplaatst, de aan de publikatie als geheel genomen toe te kennen "nieuws- en informatiewaarde" en de vraag of de foto als illustratie bij het artikel in kwestie functioneel is (r.o. 4.10-4.18); daarbij komt het college telkens tot de conclusie dat de belangen van Spaarnestad in de gegeven omstandigheden zwaarder wegen dan die van E.

3.4. Het middel in het principaal beroep kant zich vooral tegen de methode welke het hof blijkt het hiervoor onder (i) en (ii) vermelde heeft gevolgd bij zijn onderzoek naar de vraag welke inzet van dit geding is.

Het daartoe in de onderdelen 3.1 t/m 3.4 ontwikkelde betoog komt, mede in het licht van de bij pleidooi gegeven toelichting, op het volgende neer.

Tegen de achtergrond van het recht van een ieder op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, dat naar zijn inhoud mede door art. 8 EVRM wordt bepaald, moet art. 21 AW aldus worden verstaan dat ingeval "een redelijk belang van de geportretteerde" zich tegen openbaarmaking van zijn portret verzet, deze openbaarmaking inbreuk maakt op dat recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en daarmee in beginsel onrechtmatig is, zodat de geportretteerde zich tegen de openbaarmaking kan verzetten. Een en ander behoudens een rechtvaardigingsgrond die aan de openbaarmaking haar onrechtmatig karakter ontnemt. Zulk een rechtvaardigingsgrond kan evenwel niet zonder meer worden gevonden in het in art. 10 EVRM neergelegde en uitgewerkte recht op vrijheid van meningsuiting, omdat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer "een absoluut gewicht heeft dat in beginsel altijd groter is dan dat van andere (grond)rechten", zodat, wil het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer "opzij gezet kunnen worden, (...) het andere recht een extra gewicht" moet "blijken te bezitten", aan welke voorwaarde niet reeds is voldaan indien de publikatie, omdat de geportretteerde in de publieke belangstelling staat, nieuwswaarde heeft (citaten uit de pleitnota van Mr. Laret).

3.5. Dit betoog kan niet als juist worden aanvaard. Weliswaar gaat het terecht ervan uit dat art. 21 AW in samenhang met art. 30 en 35 AW de geportretteerde een bescherming toekent met name tegen inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer (HR 16 okt. 1987, NJ 1988, 850, 30 okt. 1987, NJ 1988, 277 en HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000),

maar het postuleert ten onrechte dat dit recht "een absoluut gewicht heeft" dat in beginsel groter is dan dat van het recht op vrijheid van meningsuiting. Het gaat hier om twee vrijheden die zowel voor de ontplooiing van het individu, als voor een democratische samenleving als zodanig wezenlijk zijn, en er bestaat geen grond tussen deze beide een rangorde te aanvaarden als waarvan het middel uitgaat (vgl. ook HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361).

Evenmin is er een deugdelijke reden om, ingeval het buiten toestemming van de geportretteerde publiceren van diens portret de vrijheid van meningsuiting in conflict brengt met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, ter beoordeling van de vraag aan welk van beide vrijheden in het gegeven geval voorrang toekomt, anders te werk te gaan dan wanneer zodanig conflict zijn grond vindt in een andersoortige publikatie, zoals die van mededelingen (vgl. voor dit laatste: HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801, HR 27 jan. 1984, NJ 1984, 802, HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437 en evengenoemd arrest van 4 maart 1988). Zulk een reden kan noch worden ontleend aan de bewoordingen, noch aan de geschiedenis van art. 21 AW. Bij dit laatste moet worden bedacht dat de bepaling weliswaar is ingegeven door wat heden ten dage zorg voor de persoonlijke levenssfeer zou worden genoemd, maar dat de rechtsontwikkeling met betrekking tot de grondrechten van na het totstandkomen van deze bepaling dateert en eerst deze rechtsontwikkeling heeft geleid tot het inzicht dat die bepaling inderdaad mede strekt ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Anders dan in de toelichting op het middel is betoogd, mag voormeld arrest van 1 juli 1988 niet zo worden begrepen dat daarin zou zijn beslist dat ook in gevallen als het onderhavige voor een nadere afweging als hiervoor bedoeld geen plaats is, omdat het bij art. 21 AW uitsluitend daarop aankomt of het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is geschonden. Deze uitleg van het arrest miskent vooreerst dat daarin ruimte werd gelaten voor een nadere afweging, immers werd overwogen dat indien openbaarmaking van een portret inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in beginsel sprake is van een redelijk belang als bedoeld in art. 21 AW (zie ook vermeld arrest van 16 okt. 1987), en voorts en vooral dat het in dat arrest ging om de grenzen van het redelijk belang in de zin van deze wetsbepaling en niet om de vraag of, eenmaal aangenomen dat die grenzen zijn overschreden, beroep op het recht van vrijheid van meningsuiting tot een nadere afweging kan leiden.

Een en ander betekent dat, ingeval in het kader van een perspublikatie en zonder daartoe strekkende opdracht van de geportretteerde vervaardigd portret buiten diens toestemming openbaar wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden dat deze openbaarmaking een inbreuk vormt op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, het antwoord op de vraag of die openbaarmaking jegens hem onrechtmatig is, slechts kan worden gevonden door een afweging die met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt na te gaan welk van beide fundamentele rechten in dit geval zwaarder weegt (vgl. voormeld arrest van 4 maart 1988, r.o. 3.5 slot).

De methode welke het hof blijkt het in 3.3 onder (i) en (ii) vermelde heeft gevolgd bij zijn onderzoek naar de vraag die inzet van dit geding vormt, is derhalve juist, zodat de onderdelen 3.1 t/m 3.4 van het middel in het principaal beroep falen.

3.6. Onderdeel 3.5 van dit middel keert zich met een rechts- en een motiveringsklacht tegen het in 3.3 onder (iii) weergegeven deel van 's hofs gedachtengang en betoogt met name dat het hof bij zijn afweging onvoldoende rekening heeft gehouden met het feit dat de bestreden publikaties hebben plaatsgevonden nadat E. onherroepelijk was veroordeeld. Ook dit onderdeel is tevergeefs voorgesteld.

Het hof heeft evenbedoeld feit in zijn afweging betrokken. Het heeft onderkend dat, wanneer de dader van een geruchtmakend misdrijf eenmaal onherroepelijk is veroordeeld, diens belang om "alleen te worden gelaten", mede met oog op zijn resocialisatie, steeds zwaarder gaat wegen (r.o. 4.13). Daarbij is het hof kennelijk - en terecht - ervan uitgegaan dat het ogenblik



waarop de veroordeling onherroepelijk wordt, in dit verband niet als een absolute grens kan worden aanvaard in die zin dat nadien elke publikatie over de veroordeelde in beginsel een ongeoorloofde inbreuk oplevert op diens recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Het heeft dan ook klaarblijkelijk laten meewegen dat tussen evenbedoeld tijdstip en de publikaties slechts een betrekkelijk korte tijd lag en uitdrukkelijk vastgesteld dat E., wiens misdrijf in sterke mate de aandacht van het publiek had getrokken, dientengevolge ten tijde van de publikatie nog steeds in de publieke belangstelling stond (r.o. 4.9). Daartegenover heeft het onder meer gewicht toegekend aan de aard van de desbetreffende publikaties en nagegaan of het daarbij als illustratie bezigen van E.'s portret functioneel was (r.o. 4.11 en 4.16). Het gaat hier telkens om in hoge mate feitelijke appreciaties die uit dien hoofde voor rekening van het hof moeten blijven, evenals de uiteindelijke afweging van de belangen van E. tegen die van Spaarnestad. Voor een eigen weging door de cassatierechter is geen plaats. Niet kan worden gezegd dat 's hofs gedachtengang op deze punten blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, noch dat deze gedachtengang onbegrijpelijk is. Evenmin valt het hof te verwijten dat het in zijn motiveringsplicht te kort is geschoten. Met name kan niet worden volgehouden dat het hof zijn uiteindelijke oordeel dat het belang van Spaarnestad bij het publiceren van voormelde artikelen en het daarbij als illustratie bezigen van de portretten van E. zwaarder weegt dan het belang van E. om "alleen te worden gelaten" (r.o. 4.19), nader had moeten motiveren: dergelijke oordelen lenen zich daartoe niet.

3.7. Nu het principale middel moet worden verworpen, is de voorwaarde waaronder het incidenteel beroep is ingesteld, niet vervuld, zodat het daarin voorgestelde middel niet kan worden onderzocht.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principaal beroep;

veroordeelt E. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Spaarnestad begroot op *f* 507,20 aan verschotten en *f* 3000 voor salaris.