

HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661.

HOGE RAAD

2 mei 1997, nr. 16246

(Mrs. Snijders, Mijnsen, Herrmann, Jansen, De Savornin Lohman; A-G De Vries Lentsch-Kostense; m.nt. DWFV)

RvdW 1997, 117

M., te A., eiser tot cassatie, adv. mr. J. Groen,
tegen

Bios Amsterdam BV, te Amsterdam, verweerster in cassatie, niet verschenen.

Hof:

5. Behandeling van het hoger beroep

5.1. De grieven leggen het geschil in volle omvang aan het hof voor en zullen gezamenlijk worden behandeld.

5.2. Het geding betreft de vraag of M. zich op de voet van artikel 21 van de Auteurswet 1912 (Aw) met een beroep op een, in de bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer gelegen, redelijk belang kan verzetten tegen de gewraakte publikatie van zijn portret.

5.3. Als meest verstrekkend verweer heeft Bios zich beroepen op door M. gegeven toestemming tot, dan wel instemming met, publikatie. In dat verband heeft de rechtbank in haar tussenvonnis aan Bios de door grief 1 bestreden bewijsopdracht gegeven, daarbij overwegende dat het leveren van dat bewijs zal moeten leiden tot afwijzing van de vordering "omdat niet kan worden gezegd dat de aard van de foto en/of van de media waarin deze is gepubliceerd zover verwijderd zijn van het optreden in de IT - waarvan M. geacht moet worden te hebben geweten dat deze discotheek zich in niet geringe mate richt op een homopubliek - dat de instemming geacht kan worden geen betrekking te hebben gehad op de publikaties zoals uiteindelijk door Bios gedaan".

5.4. In zijn toelichting op grief 2 wijst M. er, op zichzelf terecht, op dat "instemming" als vermeld in bovengeciteerde overweging van de rechtbank niet in de aan Bios gegeven bewijsopdracht is opgenomen. Volgens M. is de bewijsopdracht niet stringent genoeg en onvoldoende specifiek geformuleerd. Het gaat er, aldus M., immers om of hij heeft laten blijken van zijn toestemming tot althans instemming met publikatie op de reclamefolder en in de Gay-krant.

5.5. Dienaangaande overweegt het hof het volgende.

Uitgangspunt is, dat een beroep op art. 21 Aw niet opgaat indien de geportretteerde toestemming heeft gegeven tot de betreffende publikatie. Die toestemming kan in voorkomend geval ook worden afgeleid uit de omstandigheden, indien deze meebrengen dat de geportretteerde geacht moet worden impliciet te hebben ingestemd met publikatie in een vorm of op een wijze die hij redelijkerwijze heeft kunnen voorzien. In dat licht moet de door de rechtbank gegeven bewijsopdracht worden verstaan.

5.6. Anders dan de rechtbank is het hof echter van oordeel, dat in het voorliggende geval een dergelijke toestemming of instemming van M. niet uit de afgelegde getuigenverklaringen kan worden afgeleid.

5.7. De getuigen W. en S. hebben verklaard, zakelijk, dat aan nieuwe dansers tevoren wordt meegedeeld dat van hun optreden foto's kunnen worden gemaakt die eventueel voor IT-doeleinden gebruikt kunnen worden, zoals bijvoorbeeld plaatsing in de vitrine, en dat ook met M. over foto-opnamen is gesproken. W. weet niet of hij aan M. expliciet heeft genoemd dat eventuele foto's in folders of de Gay-krant terecht konden komen. S. verklaart dat W. aan M. heeft verteld waar de foto's voor konden worden gebruikt, en dat met nieuwe dansers wel werd gesproken over plaatsing van foto's in de vitrine, maar niet altijd over plaatsing van

foto's in tijdschriften. (...) K. verklaart dat aan M. is verteld waar de foto's voor gebruikt konden worden, en dat aan nieuwe dansers altijd werd verteld dat er van de optredens foto's gemaakt konden worden en dat die foto's gebruikt konden worden voor reclamedoelinden van de IT, bijvoorbeeld in tijdschriften, de vitrine en de IT-pagina in de Gay-krant.

5.8. Nu geen van de getuigen omtrent het met M. gevoerde gesprek melding maakt van een expliciete mededeling aan M. inzake gebruik van foto-opnamen voor reclamedoelinden, en de getuigen, zoals het hof die verklaringen verstaat, daarbij slechts, en niet eenduidig, refereren aan wat in het algemeen aan nieuwe dansers pleegt te worden medegedeeld, is zulks onvoldoende om toestemming of instemming van M. als vorenbedoeld aanwezig te achten.

5.9. Dit brengt mee dat thans onderzocht dient te worden of aan M. een beroep toekomt op een redelijk belang als bedoeld in art. 21 Aw.

5.10. In beginsel is zulk een redelijk belang aanwezig indien door de openbaarmaking van het portret inbreuk wordt gemaakt op het recht van M. op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Of van zodanige inbreuk hier sprake is hangt af van de feitelijke omstandigheden waaronder de foto is gemaakt, alsook het karakter van de foto en de context van de publikatie. Daarbij is het redelijk belang dat de geportretteerde inroept te beoordelen in het licht van de concrete omstandigheden waarop hij dat belang baseert. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.

5.11. Het gaat in dit geding om een foto die in augustus 1991 van M. is gemaakt toen hij, tegen betaling, een dansoptreden verzorgde in de discotheek IT. Hij staat hierop alleen afgebeeld, met ontbloot bovenlijf. M., die vaker in de IT optrad, was, naar als onweersproken moet worden aangenomen, ermee bekend dat deze discotheek zich in niet geringe mate richt op een homopubliek. Bios, de exploitant van de discotheek, heeft deze foto gebruikt voor een reclamefolder, waarop de foto is afgedrukt naast een tekstkolom en onder het opschrift "Mooi bloot gezocht voor de Toplessparty". De folder is voorts in zijn geheel afgedrukt op de achterzijde van de GAY-krant van 7 september 1991, welke krant zich afficheert als "het grootste homo- en lesbischeblad van Europa".

5.12. M. voert aan dat Bios op ernstige wijze inbreuk heeft gemaakt op zijn persoonlijke levenssfeer - waaraan hij in een adem tevens de kwalificatie "aantasting van eer en goede naam" verbindt - door het uitdelen van dat reclamemateriaal waarop zijn foto een prominente plaats inneemt, en door publikatie daarvan in de Gay-krant, een medium waarmee hij in het geheel niet geïdentificeerd wil worden. Hij acht zich hierdoor in eer en goede naam geschaad, en beroept zich op artikel 21 Aw.

5.13. Zoals M. de gestelde inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer heeft toegelicht is de kern van het verwijt dat hij aan Bios maakt, dat hij tengevolge van de gewraakte publikatie van de foto in de reclamefolder en in de Gay-krant door bekenden in zijn omgeving geassocieerd wordt met de homo-beweging, een associatie die hij, zelf geen homo zijnde, niet wenst. Hierop baseert hij zijn redelijk belang.

5.14. In dit verwijt is naar het oordeel van het hof, gelet op alle omstandigheden van het geval, geen grond te vinden om de onderhavige openbaarmaking van het portret aan te merken als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van M., die diens beroep op een redelijk belang als bedoeld in artikel 21 Aw kan schragen. Daarbij oordeelt het hof in het bijzonder van betekenis dat M. zelf, door zijn (betaalde) optreden in de bij hem (en ook landelijk) bekende IT-discotheek, zich heeft begeven in een openbare sfeer van erotiek en vrijheid van opvattingen en hij hiermee tot op zekere hoogte een associatie als door hem bedoeld welbewust over zich heeft afgeroepen. Weliswaar richt de publikatie in druk zich naar haar aard en bestemming tot een breder publiek dan de bezoekers van de discotheek, maar de aard van de foto en van de media waarin deze is gepubliceerd, waarbij op niet aanstootgevend te achten wijze - M. stelt dit ook niet - aankondiging wordt gedaan van een

toplessparty in de IT, zijn niet zover verwijderd van M.'s eerdere optreden aldaar, dat omtrent die publikatie en de mogelijk daardoor opgeroepen associaties anders moet worden geoordeeld.

5.15. Onder deze omstandigheden kan niet gezegd worden dat het recht van M. op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer is geschonden noch dat hij in zijn eer en goede naam in de door M. bedoelde zin is geschaad, en komt hem geen beroep toe op een redelijk belang om zich tegen de onderwerpelijke publikatie van zijn portret te verzetten. Overige feiten of omstandigheden die de publikatie onrechtmatig zouden maken zijn gesteld noch gebleken. De vordering is derhalve niet toewijsbaar.
(enz.)

Cassatiemiddel:

I. Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan niet inachtneming nietigheid met zich brengt, meer in het bijzonder schending van het bepaalde in V162/197 van het 6e Boek van het Nederlands Burgerlijk Wetboek en artikel 21 van de Auteurswet, alsmede schending van het bepaalde in artikel 121 van de Grondwet;

Doordien het Gerechtshof in het aangevallen arrest heeft overwogen:

"(...)"

Zulks ten onrechte nu het Hof hier kennelijk blijkt geeft van een onjuiste opvatting onder wat moet worden verstaan onder "redelijk belang" als bedoeld in artikel 21 van de Aw.

Zoals uit de omvangrijke jurisprudentie op deze wetsartikelen al blijkt is er een nauwe samenhang met de persoonlijke levenssfeer van iemand als M. en het redelijk belang als hier bedoeld. M. studeert ballet en verdient de kosten van die studie door te dansen. Blijkens het dossier kreeg hij voor één optreden f 75. Blijkens de stukken is hij geen homosexueel. Hij danste dus gewoon in de discotheek IT, gevestigd in de Amstelstraat in Amsterdam om daarmee zijn studie te kunnen bekostigen.

Voor het publiceren van een foto van hem bestond, zoals thans vast staat, geen toestemming noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend van M.

Anders dan het hof van oordeel is is M. van oordeel dat hij als werkstudent niet hoefde te verwachten dat een foto van hem, die zonder zijn toestemming is genomen, in een reclamefolder van de discotheek IT zou worden opgenomen en nog veel minder dat zijn foto, vergroot op de achterkant van de Gay-krant nr 186 van 7 september 1991, zou worden geplaatst. Het enkele feit dat hij in IT optrad kan onmogelijk met zich brengen dat aldus een inbreuk wordt gemaakt op zijn privé-leven.

Het is onbegrijpelijk hoe het hof dat niet heeft kunnen onderkennen. Daarbij komt nog dat de beloning voor een optreden tijdens het werk toen de onderhavige foto natuurlijk ook gemaakt is slechts f 75 bedraagt en het toch volkomen ondenkbaar is dat men voor een dergelijk luttel bedrag er rekening mee zou moeten houden dat de foto in een reclamefolder komt te staan zonder je toestemming en nog veel erger, op de achterkant van de Gay-krant die zich de grootste homo- en lesbiënekrant in Europa noemt.

In de omstandigheid van dit geval was de publikatie van de foto eenvoudig onrechtmatig en de schending van de persoonlijke levenssfeer van M.

De beslissing en de motivering van het hof op dit punt kunnen de toets der kritiek niet doorstaan. Het hof geeft onvoldoende blijk van respect voor de persoonlijke levenssfeer van M.

Verder lijkt het of het hof niet kennis heeft genomen van de omvangrijke jurisprudentie op dit punt.

Uit die jurisprudentie blijkt bijvoorbeeld dat als er zelfs al toestemming zou bestaan voor het maken van de foto, hetgeen in de onderhavige zaak kennelijk niet het geval is, dit geenszins veronderstelt dat er ook toestemming is om die foto te publiceren in een blad als deze krant.

Aan die jurisprudentie had het hof niet behoren voorbij te gaan. Het hof had het belang van M. zwaarder moeten wegen dan het hof gedaan heeft.

Overigens had het hof wellicht verstandig gedaan om na de beslissing, die te lezen is in de rechtsoverweging 5.1 tot en met 5.8, partijen opnieuw de gelegenheid te geven zich uit te laten over het beroep dat M. deed op een redelijk belang als bedoeld in artikel 21 van de Aw en jurisprudentie omtrent de onrechtmatige daad die door Bios Amsterdam in deze gepleegd is.

Nu is in eerste aanleg en ook in appel, omdat alles zich concentreerde op het bewijsprobleem, wellicht onvoldoende aandacht besteed aan de discussie op het punt van het redelijk belang. Het hof had dat, in verband met de goede procesorde, kunnen voorkomen maar heeft dat niet gedaan.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiser tot cassatie - verder te noemen: M. - heeft bij exploit van 13 december 1991 verweerster in cassatie - verder te noemen: Bios - gedagvaard voor de Rechtbank te Amsterdam en gevorderd Bios te veroordelen om aan M. een schadevergoeding van f 10 000 te betalen. Bios heeft de vordering bestreden.

De Rechtbank heeft bij tussenvonnis van 3 februari 1993 Bios tot bewijslevering toegelaten. Na enquête en contra-enquête heeft de Rechtbank bij eindvonnis van 27 april 1994 de vordering afgewezen.

Tegen beide vonnissen heeft M. hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam. M. heeft daarbij zijn eis aangevuld met de wettelijke rente over de gevorderde schadevergoeding vanaf 13 december 1991.

Bij arrest van 16 november 1995 heeft het Hof beide bestreden vonnissen bekrachtigd.

(...)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Bios exploiteert de discotheek "IT" te Amsterdam, geopend van donderdag- tot en met zondagavond, waarvan de vrijdag- en zaterdagavond de zogenaamde homo-avonden zijn.

(ii) Tijdens de avonden waarop de discotheek geopend is, wordt er door een groep van ongeveer 8 personen (dansend) opgetreden.

(iii) In augustus 1991 heeft M. een dansoptreden verzorgd tegen een honorarium van f 75.

(iv) Van dit optreden is een foto gemaakt die door Bios is gebruikt voor een reclamefolder met het opschrift: "Mooi bloot gezocht voor de Toplessparty".

(v) Bios heeft deze folder voorts in zijn geheel doen afdrukken op de achterzijde van de GAY-krant van 7 september 1991.

3.2. M. vordert in deze procedure een bedrag van f 10 000 als vergoeding van de schade die hij stelt te hebben geleden door onrechtmatig handelen van Bios dat heeft bestaan uit het publiceren van de foto van zijn optreden in de "IT" in de folder en in de GAY-krant waardoor in strijd met art. 21 van de Auteurswet 1912 inbreuk is gemaakt op zijn persoonlijke levenssfeer.

De Rechtbank heeft in haar tussenvonnis Bios toegelaten tot het bewijs van haar stelling dat aan belangstellenden voor deelname aan een dansoptreden en in het bijzonder ook aan M. vooraf werd meegedeeld dat tijdens het optreden foto's worden gemaakt die door haar voor reclamadoeleinden kunnen worden gebruikt. De Rechtbank overwoog daarbij dat, indien Bios in dit bewijs zou slagen, de vordering zou dienen te worden afgewezen, omdat niet kan worden gezegd dat de aard van de foto en/of van de media waarin deze is gepubliceerd zover verwijderd zijn van het optreden in de "IT" dat de instemming geacht kan worden geen betrekking te hebben gehad op de publicaties zoals uiteindelijk door Bios gedaan. In haar

eindvonnis heeft de Rechtbank geoordeeld dat Bios het van haar verlangde bewijs had geleverd, en heeft zij op grond daarvan de vordering van M. afgewezen.

In hoger beroep heeft M. bezwaar gemaakt tegen de bewijsopdracht. Het Hof heeft te dien aanzien overwogen, dat een beroep op art. 21 AW niet opgaat indien de geportretteerde toestemming heeft gegeven tot de betreffende publicatie. Die toestemming kan volgens het Hof in voorkomend geval ook worden afgeleid uit de omstandigheden, indien deze meebrengen dat de geportretteerde geacht moet worden impliciet te hebben ingestemd met publicatie in een vorm of op een wijze die hij redelijkerwijze heeft kunnen voorzien. In dat licht moet naar het oordeel van het Hof de door de Rechtbank gegeven bewijsopdracht worden verstaan.

Anders dan de Rechtbank was het Hof evenwel van oordeel dat in het voorliggende geval een dergelijke toestemming of instemming van M. niet uit de afgelegde getuigenverklaringen kan worden afgeleid.

Het Hof bekrachtigde nochtans de vonnissen van de Rechtbank op andere gronden. Het Hof was van oordeel dat in het bezwaar dat M. tegen de publicaties maakt - t.w. dat hij tengevolge van de gewraakte publicatie van de foto in de reclamefolder en in de GAY-krant door bekenden in zijn omgeving geassocieerd wordt met de homobeweging, een associatie die hij, zelf geen homo zijnde, niet wenst -, gelet op alle omstandigheden van het geval, geen grond is te vinden om de onderhavige openbaarmaking van het portret aan te merken als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van M., die diens beroep op een redelijk belang als bedoeld in art. 21 AW kan schragen. Daarbij oordeelde het Hof in het bijzonder van betekenis "dat M. zelf, door zijn (betaalde) optreden in de bij hem (en ook landelijk) bekende IT-discotheek, zich heeft begeven in een openbare sfeer van erotiek en vrijheid van opvattingen en hij hiermee tot op zekere hoogte een associatie als door hem bedoeld welbewust over zich heeft afgeroepen". Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de publicatie in druk zich weliswaar richt tot een breder publiek dan de bezoekers van de discotheek, maar dat "de aard van de foto en van de media waarin deze is gepubliceerd, waarbij op niet aanstootgevend te achten wijze (...) aankondiging wordt gedaan van een topllessparty in de IT", niet zover waren verwijderd van M.'s eerdere optreden aldaar, dat omtrent die publicatie en de mogelijk daardoor opgeroepen associaties anders moet worden geoordeeld. Tegen deze oordelen richt zich het middel.

3.3. Bij de beoordeling van dit middel moet worden vooropgesteld, dat de bescherming die art. 21 AW in samenhang met art. 30 en 35 AW de geportretteerde toekent met name tegen inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, meebrengt dat de geportretteerde in beginsel steeds een redelijk belang zal hebben om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret als ondersteuning van een commerciële reclame-uiting. De opname van een portret in een reclame voor een produkt of dienst heeft immers tot gevolg dat de geportretteerde door het publiek geassocieerd zal worden met dat produkt of die dienst, waarbij het publiek in het algemeen - en doorgaans terecht - ervan uit zal gaan dat het gebruik van het portret niet zal zijn geschied zonder toestemming van de geportretteerde en de opname van het portret in de reclame-uiting zal opvatten als een blijk van publieke ondersteuning van het produkt of de dienst door de geportretteerde. Op deze gronden is het op een dergelijke wijze gebruiken van een portret in beginsel aan te merken als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde. Dit brengt mee dat in beginsel sprake is van een redelijk belang als bedoeld in art. 21 AW, dat zich tegen die openbaarmaking verzet. De grond waarop het Hof de vordering van M. heeft afgewezen, komt in de kern erop neer dat de aard van de publicaties geen andere was dan de aard van de dienst aan het verrichten waarvan M. incidenteel had meegewerkt, en dat daarom de publicaties geen inbreuk vormden op de persoonlijke levenssfeer van M. Aldus oordelend heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het enkele feit dat de geportretteerde door zijn medewerking aan het voortbrengen van het produkt of het verrichten van de dienst waarop de reclame betrekking

heeft, reeds binnen een bepaalde kring met het produkt of de dienst zal worden geassocieerd, brengt niet mee dat het openbaarmaken van zijn portret in een reclame-uiting en de daaruit resulterende associatie van de geportretteerde met het produkt of de dienst bij een ruimer publiek niet kan worden beschouwd als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of dat geen redelijk belang van de geportretteerde zich meer tegen de inbreuk verzet. Het is derhalve voor de vraag of in strijd is gehandeld met art. 21 AW, niet van belang of de aard van de publicatie overeenstemt met de aard van het produkt of de dienst.

Van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is in het bijzonder sprake, als de reclame-uitingen, zoals het Hof in het onderhavige geval heeft vastgesteld, de geportretteerde brengen in "een openbare sfeer van erotiek en vrijheid van opvattingen". In hetgeen Bios in de feitelijke instanties heeft gesteld is geen beroep te lezen op enige omstandigheid die zou kunnen meebrengen dat het gebruik van M.'s portret niettemin inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer vormt of dat het belang van M. dat zich tegen de onderhavige publicatie verzet niet als redelijk kan worden beschouwd. Evenmin heeft Bios een belang aan de orde gesteld dat bij afweging tegen voormeld belang van M. de inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer zou kunnen rechtvaardigen. Het commerciële belang van Bios om voor de door haar aangeboden diensten reclame te maken, hoezeer het ook mede onder de bescherming van art. 10 EVRM valt, weegt hiervoor immers niet zwaar genoeg.

3.4. Het middel slaagt derhalve. De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat Bios door de openbaarmaking van het portret van M. op de hiervoor in 3.1 onder (iv) en (v) vermelde wijzen in strijd heeft gehandeld met art. 21 AW. De zaak moet echter naar een Hof worden verwezen voor de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding waarop M. aanspraak heeft.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 16 november 1995;

verwijst het geding naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Bios in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van M. begroot op f 4037,56, op de voet van art. 57b Rv. te betalen aan de Griffier.

Conclusie A-G mr. De Vries Lentsch-Kostense:

Inzet van het geding

1. Inzet van het onderhavige geding is de publicatie van de foto die in augustus 1991 van thans eiser tot cassatie, M., buiten diens medeweten is gemaakt toen hij een dansoptreden verzorgde in de discotheek "IT" te Amsterdam, een discotheek die zich in niet geringe mate richt op een homo-publiek. De foto waarop M. - met ontbloot bovenlijf - "prominent" staat afgebeeld, is door thans verweerster in cassatie Bios, de exploitant van genoemde discotheek, zonder M.'s instemming gebruikt voor een reclamefolder waarop de foto is afgedrukt met een tekstkolom en met het onderschrift "Mooi bloot gezocht voor de Toplessparty". De folder is voorts in zijn geheel afgedrukt op de achterzijde van de GAY-krant van 7 september 1991, welke krant zich afficheert als "het grootste homo- en lesbischeblad van Europa".

M. vordert in deze procedure een schadevergoeding van f 10 000 met een beroep op art. 21 Auteurswet 1912 (AW), welke bepaling in samenhang met art. 30 en 35 AW inhoudt dat een zonder opdracht van de geportretteerde vervaardigd "portret" door de maker van het portret noch door derden mag worden openbaar gemaakt voor zover "een redelijk belang" van de geportretteerde zich daartegen verzet. M. voert in dat verband aan - kort gezegd - dat zijn redelijk belang zich tegen genoemde publicaties verzet omdat hij tengevolge van de gewraakte publicaties van de foto (portret in de zin van art. 21 AW) door bekenden in zijn

omgeving geassocieerd wordt met de homo-beweging, een associatie die hij, zelf geen homo, bepaald niet wenst.

2. M. doet in dit geding aldus een beroep op de "klassieke" rechtsgrond van art. 21 AW, op het aan een ieder toekomende recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Wordt in het algemeen aangenomen dat de wetgever van 1912 met name heeft gedacht aan een "behoorlijheidsbescherming" (zedelijkheid, intimiteit, smaad, laster, eer en goede naam), met name de rechtsontwikkeling met betrekking tot de grondrechten heeft geleid tot het inzicht dat deze bepaling mede strekt ter bescherming van wat in art. 10 Grw wordt aangeduid als de persoonlijke levenssfeer en in art. 8 EVRM als het privé-leven. Ik verwijs hier naar Uw arrest van 30 oktober 1987, NJ 1988, 277, m.nt. LWH (de Naturiste), AMI 1988, p. 58, m.nt. Bunschoten, waarin bescherming van de persoonlijke levenssfeer door Uw Raad voor het eerst met zoveel woorden als rechtsgrond wordt genoemd; zie voorts Uw arresten van 1 juli 1988, NJ 1988, 1000, m.nt. LWH (Vondelpark), AMI 1988, p. 125, m.nt. Cohen Jehoram, en van 21 januari 1994, NJ 1994, 473, m.nt. DWFV (Ferdie E.), AMI 1994, p. 93, m.nt. Schuijt. Vgl. ook Uw arrest van 6 januari 1995, NJ 1995, 422, m.nt. EJD (Het Parool/G.), waarin het met name gaat om het recht "alleen te worden gelaten". Zie voorts de losbladige editie Onrechtmatige Daad, Schuijt, Hoofdstuk VII, (Aantasting eer en goede naam en andere aantasting van de persoon), m.n. nrs. 101 e.v. Zie ook Spoor-Verkade, Auteursrecht, 1993, Hoofdstuk VI, m.n. nrs. 190-193. In zijn conclusie voor Uw hier genoemde arrest van 21 januari 1994 (Ferdie E.) wijst mijn ambtgenoot Vranken erop dat de zwaarte van het privacy-belang mede wordt bepaald door de grondrechtelijke status die nationaal en internationaal aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is toegekend.

Maakt de openbaarmaking van een portret inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, dan is in beginsel sprake van een redelijk belang van de geportretteerde als bedoeld in art. 21 AW dat zich tegen die openbaarmaking verzet. Of van een zodanige inbreuk sprake is hangt af van de feitelijke omstandigheden, waaronder 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 publicatie van belang kunnen zijn. Zie hieromtrent met name Uw arrest van 1 juli 1988 (Vondelparkarrest). Zie voorts Onrechtmatige Daad, Schuijt, nrs. 126-134 met veel verwijzingen naar rechtspraak en literatuur en Spoor-Verkade, t.a.p.

Aantekening verdient dat overigens publicaties waarbij een portret is afgebeeld niet wezenlijk anders benaderd dienen te worden dan publicaties zonder portret waarbij het gaat om de algemene zorgvuldigheidstoets van art. 6:162 BW (art. 1401 (oud) BW). Zie in dit verband Uw hiervoor genoemde arrest van 6 januari 1995 (Het Parool/G.).

3. In deze zaak gaat het uitsluitend om de vraag of - alle omstandigheden in aanmerking genomen - sprake is van een inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In casu is niet aan de orde de vraag of, eenmaal aangenomen dat sprake is van een zodanige inbreuk, deze inbreuk niettemin wordt gerechtvaardigd door het recht op vrijheid van meningsuiting; het antwoord op deze laatste vraag kan slechts 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 zwaarder weegt. Dat overigens een afweging moet worden gemaakt tussen de twee genoemde fundamentele rechten - voor zover daarop een beroep wordt gedaan - is door Uw Raad uitgemaakt bij het hiervoor reeds genoemde arrest van 21 januari 1994 (Ferdie E.); in de NJ-annotatie bij dit arrest wordt terecht aandacht gevraagd voor de "fraaie schets van en stellingname in" de tot dan toe bestaande controverse die is te vinden in de conclusie (met vele verwijzingen) van mijn ambtgenoot Vranken. Zie in dit verband ook weer Uw arrest van 6 januari 1995 (Het Parool/G.), eveneens

met conclusie van Vranken. In casu is door Bios geen beroep op de vrijheid van meningsuiting gedaan; zij heeft de gewraakte publicaties slechts voor reclamedoeleinden voor een Toplessparty gebruikt.

4. Terzijde merk ik op dat in deze zaak ook niet aan de orde is de vorm van "prestatiebescherming" die in de rechtspraak als tweede grond van art. 21 AW is aanvaard; het gaat daarbij om bescherming van commercieel-financiële belangen in gevallen waarin de populariteit van geportretteerden van dien aard is dat een commerciële exploitatie van die populariteit door enigerlei wijze van openbaarmaking van hun portretten mogelijk wordt. Ik volsta hier met een verwijzing naar Uw arrest van 19 januari 1979, NJ 1979, 383 ("t Schaep met de vijf pooten"), m.nt. LWH, en naar Onrechtmatige Daad, Schuijt, nr. 135 en Spoor-Verkade, a.w., nr. 194.

5. M.'s stelling dat de gewraakte publicaties inbreuk maken op zijn recht op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer is door het Hof - gezien hetgeen M. ter ondersteuning van deze stelling heeft aangevoerd - verworpen: naar 's Hofs oordeel is gelet op alle omstandigheden van het onderhavige geval geen sprake van de door M. gestelde inbreuk. Tegen dat oordeel richt zich het door M. ingestelde cassatiemiddel. Voordat ik dit middel bespreek geef ik een - korte - weergave van de feiten en het verloop van het geding.

Feiten en het verloop van het geding

6. De Rechtbank en het Hof zijn van de volgende feiten uitgegaan (ik citeer uit het tussenvonnis in eerste aanleg):

- a. Bios exploiteert de discotheek "IT" te Amsterdam, geopend van donderdag- tot en met zondagavond, waarvan de vrijdag- en zaterdagavond de zogenaamde homo-avonden zijn;
- b. tijdens de openingsavonden wordt er door een groep van ongeveer 8 personen (dansend) opgetreden;
- c. in augustus 1991 heeft M. een dansoptreden verzorgd tegen een honorarium van f 75;
- d. van dit optreden is een foto gemaakt die door Bios is gebruikt voor een reclamefolder met het opschrift: "Mooi bloot gezocht voor de Toplessparty";
- e. deze folder is in zijn geheel afgedrukt op de achterzijde van de GAY-krant van 7 september 1991, welke krant zichzelf afficheert als "het grootste homo- en lesbischeblad van Europa".

7. M.'s vordering tot schadevergoeding wordt door de Rechtbank - na een tussenvonnis - afgewezen bij eindvonnis van 27 april 1994. De Rechtbank acht door de verklaringen van de voorgebrachte getuigen bewezen dat aan belangstellenden voor deelname aan een dansoptreden en met name ook aan M. vooraf werd medegedeeld dat tijdens het optreden foto's worden gemaakt die door Bios voor reclamedoeleinden kunnen worden gebezigd. M.'s beroep op art. 21 Aw wordt dan ook verworpen op de grond dat door hem toestemming is verleend voor de gewraakte publicaties.

8. In appel oordeelt het Hof - anders dan de Rechtbank - dat de getuigen slechts refereren aan wat in het algemeen aan nieuwe dansers pleegt te worden medegedeeld, zodat niet kan worden aangenomen dat ook M. toestemming heeft gegeven voor de gewraakte publicaties. Daarop onderzoekt het Hof of M.'s beroep op een redelijk belang als bedoeld in art. 21 AW opgaat:

- In rechtsoverweging 5.10 wordt expliciet aangesloten bij Uw hiervoor genoemde arrest van 1 juli 1988 (Vondelpark). Voorop wordt immers gesteld dat een redelijk belang als bedoeld in art. 21 AW in beginsel aanwezig is indien door de openbaarmaking inbreuk wordt gemaakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer alsmede dat het antwoord op de vraag of van zodanige inbreuk hier sprake is afhangt van de feitelijke omstandigheden waaronder de foto is gemaakt alsook het karakter van die foto en de context van de publicatie; tevens wordt overwogen dat het redelijk belang dat de geportretteerde inroept moet worden beoordeeld in het licht van de concrete omstandigheden waarop hij dit belang baseert.

- Vervolgens wordt - in rechtsoverweging 5.11 - overwogen dat het in casu gaat om een foto die van M. is gemaakt toen hij tegen betaling een dansoptreden verzorgde in de discotheek IT terwijl hij - naar als onweersproken moet worden aangenomen - ermee bekend was dat deze discotheek zich in niet geringe mate richt op homo-publiek. Uitdrukkelijk wordt vastgesteld - in rechtsoverweging 5.13 - dat M. zijn redelijk belang daarop baseert dat hij Bios verwijt dat een inbreuk is gemaakt op zijn persoonlijke levenssfeer omdat hij tengevolge van de gewraakte publicaties door bekenden in zijn omgeving geassocieerd wordt met de homo-beweging, een associatie die hij, zelf geen homo, niet wenst.

- In de rechtsoverwegingen 5.14 en 5.15 komt het Hof tot de slotsom dat onder de omstandigheden van het onderhavige geval niet kan worden gezegd dat het recht van M. op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer is geschonden noch dat hij in zijn eer en goede naam in de door hem bedoelde zin is geschaad zodat hem geen redelijk belang toekomt om zich tegen de gewraakte publicaties van zijn portret te verzetten. Overwogen wordt in dat verband, ik citeer:

"Daarbij oordeelt het hof in het bijzonder van betekenis dat M. zelf, door zijn (betaalde) optreden in de bij hem (en ook landelijk) bekende IT-discotheek, zich heeft begeven in een openbare sfeer van erotiek en vrijheid van opvattingen en hij hiermee tot op zekere hoogte een associatie als door hem bedoeld welbewust over zich heeft afgeroepen. Weliswaar richt de publikatie in druk zich naar haar aard en bestemming tot een breder publiek dan de bezoekers van de discotheek, maar de aard van de foto en van de media waarin deze is gepubliceerd, waarbij op niet aanstootgevend te achten wijze - M. stelt dit ook niet - aankondiging wordt gedaan van een topllessparty in de IT, zijn niet zover verwijderd van M.'s eerdere optreden aldaar, dat omtrent die publikatie en de mogelijk daardoor opgeroepen associaties anders moet worden geoordeeld."

M.'s vordering wordt afgewezen bij arrest van 16 november 1995.

9. M. stelt tijdig cassatieberoep in. Bios is in cassatie niet verschenen.

Het cassatiemiddel

10. Het middel klaagt dat het Hof in zijn hiervoor weergegeven overwegingen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting omtrent hetgeen moet worden verstaan onder het begrip "redelijk belang" als bedoeld in art. 21 AW. In dat verband wordt betoogd dat M., als werkstudent tegen betaling optredend in de discotheek IT, niet behoefde te verwachten dat een zonder zijn toestemming tijdens dat optreden van hem gemaakte foto in een reclamefolder van de discotheek zou worden opgenomen en nog veel minder dat deze foto, vergroot, op de achterkant van de GAY-krant zou worden geplaatst; tevens wordt betoogd dat 's Hof's beslissing en motivering onvoldoende blijk geven van respect voor de persoonlijke levenssfeer van M.

Voorts wordt nog betoogd dat het Hof "er wellicht verstandig aan zou hebben gedaan" - in verband met de eisen van de goede procesorde - om partijen gelegenheid te geven zich opnieuw uit te laten omtrent M.'s beroep op het redelijk belang als bedoeld in art. 21 AW nu in eerste aanleg en ook in appel wellicht onvoldoende aandacht is besteed aan de discussie op dat punt.

11. Het Hof heeft - aansluiting zoekend bij het bovengenoemde Vondelparkarrest - de juiste maatstaf aangelegd bij de beoordeling van de vraag of in casu inbreuk is gemaakt op het aan M. toekomende recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het Hof heeft immers kennelijk aansluiting gezocht bij het door Uw Raad met name in dat arrest ontwikkelde criterium. Voorop is gesteld dat het antwoord op bedoelde vraag afhangt van de feitelijke omstandigheden waaronder de foto is gemaakt, in het bijzonder van het karakter van de foto en de context van de publicatie terwijl tevens is benadrukt dat in aanmerking moet worden genomen op welke concrete omstandigheden de gestelde inbreuk op de persoonlijke

levenssfeer wordt gebaseerd. Bedoelde omstandigheden zijn in 's Hofs arrest expliciet aan de orde gekomen en tegen elkaar afgewogen.

Bedoelde afweging betreft appreciaties van feitelijke aard die uit dien hoofde ook aan het Hof zijn voorbehouden; voor een eigen weging door de cassatierechter is geen plaats. 's Hofs oordeel moet wel op begrijpelijkheid worden getoetst terwijl bovendien onder ogen moet worden gezien of 's Hofs gedachtengang op een bepaald punt toch niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

12. Het Hof is - alles afwegende - tot de slotsom gekomen dat M. Bios niet kan verwijten dat hij door de gewraakte publicaties wordt geassocieerd met de homo-beweging omdat hijzelf door zijn optreden in de IT-discotheek tot op zekere hoogte een dergelijke associatie in het leven heeft geroepen - "door zich te begeven in een openbare sfeer van erotiek en vrijheid van opvattingen" - en hetzelfde moet worden gezegd van de gewraakte op zichzelf niet aanstootgevende - publicaties waarin aankondiging wordt gedaan van een toplessparty in de IT aangezien deze publicaties niet liggen in een zover verwijderd verband van M.'s eerdere optreden dat op dit punt anders moet worden geoordeeld.

Naar de kern genomen komt 's Hofs door het middel bestreden oordeel erop neer dat M. zich de gewraakte publicaties en de daarvan uitgaande associaties - associaties die door hem als storend worden ervaren - moet laten welgevalen omdat hij die associaties tot op zekere hoogte zelf over zich heeft afgeroepen doordat hij welbewust als danser is opgetreden in een openbare sfeer van erotiek en vrijheid van opvattingen en de gewraakte publicaties - gezien haar inhoud - met dat optreden in voldoende nauw verband staan.

Ik meen dat het Hof aldus miskent dat de omstandigheid dat men door zijn optreden in "een openbare sfeer van erotiek en vrijheid van opvattingen" bepaalde, als storend ervaren, associaties over zichzelf afroept, niet althans niet zonder meer kan meebrengen dat niet van een inbreuk op de privacy kan worden gesproken ingeval dergelijke associaties ook nog eens worden gewekt - en dan in een bredere kring - door advertenties die verband houden met dat optreden. Het komt mij voor dat het Hof hier ten onrechte een vorm van "eigen schuld" introduceert bij de beantwoording van de vraag of M. een redelijk belang heeft dat zich tegen publicatie verzet. Ik verwijs in dit verband naar het arrest van het Amsterdamse Hof van 27 april 1989, NJ 1990, 370 (Vondelpark II), AMI 1989, p. 125, m.nt. Cohen Jehoram, waarin - na verwijzing - een genuanceerde nadere afweging plaatsvindt in de zaak van het Vondelparkarrest; het Amsterdamse Hof overweegt in dat arrest dat voor een verwijt van "eigen schuld" geen plaats meer is wanneer openbaarmaking van de foto inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

Daarbij komt nog dat Bios zelf kennelijk ook ervan uitgaat dat publicaties als de onderhavige niet zonder daartoe vooraf verkregen toestemming behoren plaats te vinden getuige haar stelling dat zij steeds met nieuwe dansers bespreekt dat tijdens optredens foto's gemaakt konden worden voor reclame-doeleinden.

13. Het voorgaande leidt mij tot de conclusie dat het middel slaagt voor zover het erover klaagt dat door het Hof is miskend dat M. niet behoefde te verwachten dat een zonder zijn toestemming tijdens een optreden van hem gemaakte foto in een reclamefolder van de discotheek zou worden opgenomen en nog veel minder dat deze foto, vergroot, op de achterkant van de GAY-krant zou worden geplaatst; in deze klacht ligt besloten - althans zo meen ik te mogen begrijpen - dat het enkele feit dat in de meergenoemde discotheek werd opgetreden niet althans niet zonder meer kan meebrengen dat moet worden geduld dat de hier gewraakte associaties (ook) worden gewekt door de zonder toestemming verrichte publicaties van een foto van dat optreden.

14. Het middel strekt voorts kennelijk nog ten betoge dat het Hof partijen in de gelegenheid had moeten stellen zich nader over het redelijk belang als bedoeld in art. 21 AW uit te laten. Dat betoog faalt. Niet kan worden gesteld dat partijen in casu onvoldoende in de gelegenheid

zijn geweest hun standpunten ter zake nader toe te lichten; er is geen sprake van een verrassingsuitspraak die zou kunnen nopen tot de conclusie dat partijen zich nader zouden moeten kunnen uitlaten.

Conclusie

Nu ik het middel voor een deel gegrond acht, concludeer ik tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing ter verdere behandeling en beslissing.