

Hoge Raad, 21 januari 1994, Ferdi E**PORTRETRECHT****Feitelijke belangenafweging**

- antwoord op de vraag of openbaarmaking onrechtmatig is, 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 in dit geval zwaarder weegt

Een en ander betekent dat, ingeval in het kader van een perspublicatie 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.

- 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

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 publicatie 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 publicaties slechts een betrekkelijk korte tijd lag en uitdrukkelijk vastgesteld dat E., wiens misdrijf in sterke mate de aandacht van het publiek had getrokken, diengevolge ten tijde van de publicatie nog steeds in de publieke belangstelling stond (r.o. 4.9). Daartegenover heeft het onder meer gewicht toegekend aan de aard van de desbetreffende publicaties 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.

Vindplaatsen: NJ 1994, 473, m.nt. Verkade

Hoge Raad, 21 januari 1994

(Martens, Mijnsen, Korthals Altes, Neleman, Swens-Donner)

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

Uitgeverij Spaarnestad B.V., te Haarlem, verweester in cassatie, voorwaardelijk incidenteel eiseres, adv. mr. E.J. Dommering.

(...).

1. Het geding in feitelijke instanties

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

- (a) te verklaren voor recht dat Spaarnestad met de publicaties 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 Dfl. 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 publicaties 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 beruchte 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 gedachtegang 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 wor-

den 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 informatie-waarde' 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 blijkens 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 waar-

van 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 blijkens 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 aangevaard 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, dienengevolge 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 □ 507,20 aan verschotten en □ 3000 voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal Vranken

Inzet van het geschil in cassatie

1. De zaak betreft de publikatie in een weekblad van een tweetal foto's van de man die wegens moord op H. strafrechtelijk is veroordeeld. Ik duid hem aan als E.

2. De zaak is principieel opgezet. Aan de orde is de omstreden verhouding van het recht in art. 21 Auteurswet (Aw)* [2] op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde tegenover de vrijheid van meningsuiting van een persorgaan.

Feiten en procesverloop

3. De door de rechtbank in r.o. 2 sub a t/m d van haar vonnis als vaststaand vermelde feiten zijn ook door het hof tot uitgangspunt genomen. Ik citeer (met afkorting van de naam van de betrokkene tot E.):

a. Spaarnestad is uitgeefster van een weekblad. In de nummers 7 en 11 van de jaargang 1989 van dit blad zijn fotografische afbeeldingen van E. gepubliceerd, zijnde portretten in de zin van de Auteurswet.

Voor deze publicaties heeft E. geen toestemming gegeven.

b. De in nummer 7 van 1989 gepubliceerde foto illustreerde een artikel over de zes beruchtste moordenaars van na de tweede wereldoorlog.

In nummer 11 van 1989 was een andere foto van E. gepubliceerd ter gelegenheid van het feit dat de fotograaf die deze foto had gemaakt daarmee de Zilveren Camera had gewonnen.

c. Laatstgenoemde foto is op 10 januari 1989 door het NOS-journaal op televisie vertoond. Bij schrijven van 24 januari 1989 heeft mr Sanders namens E. tegen deze vertoning geprotesteerd.

Tevens is deze foto opgenomen in het jaarboek 'Het aanzien van 1988' van uitgeverij Het Spectrum. Bij schrijven van 24 januari 1989 heeft mr Sanders namens E. reeds bij voorbaat bezwaar gemaakt tegen eventuele publicaties van portretten van E. in het jaarboek.

d. Ten tijde van de publicatie van de eerste foto in het weekblad was E. wegens moord op H. door het Gerechtshof te Amsterdam onherroepelijk veroordeeld tot een gevangenisstraf van twintig jaar en TBS.

4. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de publikaties van de foto's jegens E. onrechtmatig waren en Spaarnestad deswege veroordeeld tot schadevergoeding op te maken bij staat. Het gevorderde verbod om foto's van E. andermaal te publiceren heeft zij afgewezen.

5. Spaarnestad heeft in appel 14 grieven tegen het vonnis van de rechtbank aangevoerd. Voorzover relevant in cassatie bestrijden met name de grieven c en d het oordeel van de rechtbank dat indien is vastgesteld dat de geportretteerde een redelijk belang heeft dat zich tegen publikatie verzet, de publikatie onrechtmatig is, zonder dat zijn belangen nog dienen te worden afgewogen tegen andere — wellicht ook redelijke — belangen, zoals bijvoorbeeld het belang van de vrije nieuwsgaring. Art. 21 Aw zou voor een dergelijke belangenafweging geen ruimte bieden, aldus de rechtbank.

6. Het hof gaat als volgt te werk. In r.o. 4.3 neemt het tot uitgangspunt dat Spaarnestad recht heeft op vrijheid van meningsuiting, zij het dat bij de uitoefening hiervan rekening moet worden gehouden met de rechten en

vrijheden van anderen, zoals het recht van herkenbaar afgebeelde personen op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer. Vervolgens overweegt het hof in r.o. 4.4 dat door de publikatie van de foto's E.'s belangen onmiskenbaar worden geschaad, maar dat dit nog niet (zonder meer) betekent dat E. ook een redelijk belang heeft als bedoeld in art. 21 Aw. Immers, aldus het hof, of zodanig redelijk belang aanwezig is, hangt mede af van de belangen van Spaarnestad bij de uitoefening van haar recht op vrijheid van meningsuiting, waaronder begrepen het verschaffen van nieuws en informatie. Mitsdien dienen in de oordeelsvorming over de al of niet onrechtmatigheid van de publikaties alle betrokken belangen te worden afgewogen. Welke dit zijn en hoe zwaar ze in aanmerking worden genomen, is te vinden in r.o. 4.5–4.18. Na afweging oordeelt het hof dat in de gegeven omstandigheden de publikaties van de gewraakte foto's geen onrechtmatige inbreuk hebben gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van E..

7. Het is deze beslissing en vooral de door het hof gevolgde benaderingswijze die E. in cassatie ten principale aanvecht. Het cassatiemiddel bestaat uit 5 onderdelen. Spaarnestad heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Partijen hebben over en weer tot verwerping geconcludeerd. De zaak is mondeling bepleit.

Bespreking van het cassatiemiddel

Onderdeel 3.1 en 3.2

8. In de onderdelen 3.1 en 3.2 betoogt E. dat het hof van een onjuist uitgangspunt is uitgegaan en mitsdien een onjuiste beoordelingsmaatstaf heeft aangelegd. In mijn woorden weergegeven houden de onderdelen in dat aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (privacy), met name voorzover tot uitdrukking komend in de bevoegdheid van art. 21 Aw om zich tegen publikatie te verzetten, prioriteit toekomt boven de vrijheid van meningsuiting. Indien publikatie van een foto inbreuk maakt op de privacy — en dat is in casu zo, aldus E. in onderdeel 3.3 —, levert dit reeds een redelijk belang op als bedoeld in art. 21 Aw. Zonder nadere belangenafweging is dan sprake van een onrechtmatige daad, behalve wanneer een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Het enkele recht op vrijheid van meningsuiting vormt echter niet een zodanige rechtvaardigingsgrond.

9. E. heeft bij de formulering van de onderdelen 3.1 en 3.2 duidelijk en soms letterlijk aansluiting gezocht bij een viertal betrekkelijk recente arresten van de Hoge Raad (zie ook de pleitnota in cassatie onder 4). Achtereenvolgens zijn dit HR 9 jan. 1987, NJ 1987, 928 (Edamse Bijstandsmoeder), HR 30 okt. 1987, NJ 1988, 277 (Naturiste), HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 (kinderen Prinses Irene) en HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000 (Vondelparkfoto) met vervolg in Hof Amsterdam, 27 april 1989, NJ 1990, 370. Ik teken hierbij aan dat alleen in de tweede en in de vierde zaak art. 21 Aw aan de orde was.

10. De arresten worden verschillend geïnterpreteerd. Zij hebben geen einde gemaakt aan de omstreden vraag naar de betekenis van art. 21. Tegenover elkaar staan

nog steeds twee interpretaties. Onrechtmatige Daad (Martens), VI, nr. 23 ad 10 omschrijft deze als volgt:

"Is het zo dat openbaarmaking, als zich daartegen een belang van de geportretteerde verzet dat niet onredelijk is, zonder meer dan wel in beginsel (behoudens rechtvaardigingsgronden) onrechtmatig is? Of is het zo dat eerst van onrechtmatigheid sprake is indien het belang van de geportretteerde dat zich tegen openbaarmaking verzet, zwaarder weegt dan de belangen van anderen bij openbaarmaking?"

In soortgelijke zin Spoor-Verkade, Auteursrecht, 1993, nr. 191:

"Twee lezingen zijn mogelijk. De eerste is dat de aanwezigheid van 'een' (enig) redelijk (niet-onredelijk) belang aan de zijde van de geportretteerde of zijn nabestaanden zonder meer de publicatie ongeoorloofd zou doen zijn; een nadere belangenafweging zou dan niet meer aan de orde zijn. De andere is dat (steeds) de 'redelijkheid' van het belang waarop in het gegeven geval een beroep wordt gedaan, moet worden afgewogen tegen de redelijkheid en zwaarwegendheid van andere waarden en belangen."

(hun curs.)

11. Zowel Martens als Spoor-Verkade wijzen (met bronvermeldingen) op de verdeeldheid in de literatuur. Spoor-Verkade kiezen voor de tweede lezing, evenals, meen ik, E. Polak, *Kop erop of kop eraf? Persfoto's en portretrecht*, in: *Recht in de kijker (Jonge Balie Congres-bundel)*, 1990, p. 101/111. Het is duidelijk dat in de onderhavige zaak het hof dat ook gedaan heeft. Het cassatiemiddel onder 3.1 en 3.2 daarentegen zit op de eerste lijn. Het vindt steun bij o.m. Schuijt, Gerbrandy en recent, zij het niet zonder kritiek, bij Verheij, *Horizontale werking van grondrechten*, in het bijzonder van het recht op privacy, diss. 1992, p. 321 jo. 300/1.

12. De onderhavige zaak leent zich er bij uitstek toe om in dit dispuut positie te kiezen. Zo de onderdelen 3.1 en 3.2 er al niet toe dwingen dat de Hoge Raad zich uitsprekt, is het wel zeer gewenst dat hij dit doet. Welnu, vooropstellende als geldend recht — hetgeen in deze cassatie ook niet is betwist —

a. dat art. 21 Aw ook betrekking heeft op situaties als de onderhavige waarin het niet de auteursgerechtigde, maar een derde is die tot publicatie overgaat. A fortiori zelfs, zoals de Hoge Raad (strafkamer) overwoog in een arrest van 22 november 1966, NJ 1967, 101. Zie voor meer gegevens conclusie A-G Franx voor HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383 ('t Schaep met de Vijf Poten), p. 1222, r.k., alsook Spoor-Verkade, *Auteursrecht*, 1993, nr. 186;

b. dat art. 21 Aw de geportretteerde ook beschermt tegen een inbreuk op diens persoonlijke levenssfeer (Naturiste, r.o. 3.2);

c. dat het recht op bescherming van iemands persoonlijke levenssfeer naar zijn inhoud mede door art. 8 EVRM wordt bepaald (Edamse Bijstandsmoeder, r.o. 4.4 en Vondelparkfoto, r.o. 3.3),

meen ik dat tussen het in art. 21 Aw beschermde recht op privacy en de vrijheid van meningsuiting van een persorgaan niet in abstracto een rangorde bestaat als E. in deze cassatie verdedigt.

13. Een eerste argument voor dit standpunt put ik uit de discussie over de botsing van grondrechten. Hiervan is sprake wanneer de uitoefening van een grondrecht door de één noodzakelijk inbreuk maakt op een grondrecht van een ander, bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting tegenover het recht op bescherming van de privacy of, minder klassiek, maar zeer actueel, gelijkheid (non-discriminatie) tegenover godsdienstvrijheid of de vrijheid van onderwijs. Er is veel literatuur over. Korthedshalve volsta ik met verwijzingen naar Van der Hoeven, *Botsing van grondrechten*, Mededeling KNAW, dl. 46, nr. 7, 1983; Koekkoek, *De onderlinge verhouding van grondrechten*, preadvies Calvinistische Juristen Vereniging, 1985, met een vervolg in TvO 1986, p. 283/291; Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, 1989, p. 139/165 en Akkermans/Koekkoek, *De Grondwet*, 1992, p. 16/19, telkens met veel verdere gegevens.

14. Het algemene beeld dat uit deze literatuur oprijst is dat het niet mogelijk is over de problematiek van botsende grondrechten algemeen geldende uitspraken te doen. Ook de Grondwetgever heeft er zich bij de herziening van de Grondwet in 1983 niet aan gewaagd. Wel waren en zijn in de literatuur pogingen ondernomen om tot een hiërarchie van grondrechten te komen, maar deze kunnen als mislukt worden beschouwd.

Op dezelfde manier, zo voeg ik er aan toe, als het nooit gelukt is en ook nooit zal lukken om in abstracto een hiërarchie van regels vast te stellen omtrent de interpretatie van wetten.

15. Waar het dan op aankomt is een belangenafweging, meer in het bijzonder een afweging van de belangen die in concreto door de grondrechten worden beschermd. Aldus Burkens, 1989, p. 148/155 en 157/159 die spreekt over een op het commune (privaat)recht georiënteerde benaderingswijze (p. 149 en 159). Akkermans/Koekkoek, 1992, p. 16/17 roepen rechter en wetgever op een voorzichtige en genuanceerde koers te varen en waarschuwen voor het gevaar dat wanneer sommige grondrechten van meer waarde worden geacht dan andere, de bescherming van de laatste worden (wordt?; red.) uitgehold. In dezelfde zin en naar aanleiding van hetzelfde grondrecht (de non-discriminatie van art. 1 Grondwet (Gr.w)) Burkens, 1989, p. 151/155.

16. Nog sterker — en dat is mijn tweede argument — wordt belangenafweging als benaderingswijze benadrukt in situaties als de onderhavige, waarin de botsing van grondrechten zich niet voordoet in de relatie overheid en burgers, maar tussen burgers onderling. Over deze zgn. horizontale werking van grondrechten is bij de totstandkoming van de Grondwet van 1983 vrij uitvoerig gediscussieerd, principieel en praktisch. Zie voor een weergave Verheij, 1992, p. 34/42 jo p. 420/1; Akkermans/Koekkoek, 1992, p. 19/28 en Burkens, 1989, p. 166/172.

17. Tegenwoordig gaat de discussie niet zozeer meer over het of (de geoorlooftheid) — al blijft het een probleem, alleen al omdat met name de beperkingsclausules van de grondrechten nu eenmaal niet zijn toegesneden op horizontale verhoudingen: zie

o.m. Burkens, 1989, p. 179/184; Akkermans/Koekkoek, 1992, p. 24/25, alsook Verheij, 1992, p. 135/155 en Van Dijk-Van Hoof, De Europese conventie in theorie en praktijk, 1990, p. 16/22 —, maar over het h \ddot{o} e (de wijze waarop). Onderscheiden wordt tussen de directe en de indirecte werking, dit wil zeggen een werking zonder transformatie via privaatrechtelijke normen en een werking als waardenoriëntatie waaraan in de privaatrechtelijke rechtsvinding grote betekenis toekomt, omdat het gaat om een grondwettelijk beschermd rechtsgoed (Burkens, 1989, p. 176; Verheij, 1992, p. 141/146).

18. Dit theoretische model strookt echter niet helemaal met de jurisprudentiële werkelijkheid, reden waarom Verheij, 1992, p. 422 jo 426/432 en p. 180/188 nog een derde manier onderscheidt: de rechter spreekt zich over (de waarde van) het grondrecht niet uit, maar doet er wel stilzwijgend recht aan. De analyses van de rechtspraak door o.m. Koekkoek, De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht, WPNR 5742–5744 (1985), met name p. 410/412 en 425/434; Biesheuvel, Burgerlijk recht en grondrechten, preadvies Vereniging Burgerlijk Recht, 1986, p. 49/59; Burkens, 1989, p. 184/192 en Akkermans/Koekkoek, 1992, p. 25 (nt. 76) wijzen eveneens op dit verschijnsel. Overigens blijkt daaruit ook dat soms een mogelijke botsing wordt vermeden doordat bij wege van interpretatie bepaalde gevallen buiten de werkingsfeer van het grondrecht worden gehouden. Een recent voorbeeld vormt HR 12 febr. 1993, NJ 1993, 599 inzake art. 84d (oud) Algemene Bijstandswet (ABW).

19. De erkenning van de horizontale werking van grondrechten heeft een toename van het aantal grondrechtscollisies veroorzaakt (Koekkoek, 1985, p. 8; Burkens, 1989, p. 140/1; Akkermans/Koekkoek, 1992, p. 20/1). Toch heeft dit niet geleid tot een scherper 'collissie' recht. Steeds opnieuw wordt in de literatuur de casuïstische, weinig dogmatische benaderingswijze van de rechter met behulp van een afweging van belangen vermeld. Vergeleken met vóór 1983 is in dit opzicht de jurisprudentie niet gewijzigd, aldus o.m. Kortmann, Grondrechten in de Grondwet: vijf jaren toepassing in wetgeving en rechtspraak, in: Begrensd \ddot{e} vrijheid (D. Scheltens-bundel), 1989, p. 235/6. Hij lijkt er niet erg onder gebukt te gaan. Zie ook zijn Constitutioneel recht, 1990, p. 345/348 (346/7). Voor andere auteurs geldt hetzelfde. Ik illustreer dit met enkele citaten:

Akkermans/Koekkoek, 1992, p. 25 (slot paragraaf over de horizontale werking):

"In een dergelijk geval (botsende grondrechten in horizontale verhoudingen-JBMV) zal het vaak niet mogelijk zijn om alle in het geding zijnde grondrechten in volle omvang te respecteren. De vraag is dan hoe de rechter de verschillende grondrechten tegen elkaar zal afwegen. Over de wijze waarop deze afweging zal plaatsvinden zijn geen algemene regels te geven. Het meest voor de hand liggend is dat de rechter zijn oordeel zal laten afhangen van de relevante omstandigheden van het concrete geval. Deze benadering lijkt op dit moment het meest geschikt om dit

probleem tegemoet te treden, omdat een algemene theorie op dit punt ontbreekt."

Burkens, 1989, p. 192 (conclusie van het hoofdstuk over horizontale werking van grondrechten):

"De jurisprudentie gaat zoekend en tastend haar weg. De voornaamste conclusie die vooralsnog uit de jurisprudentie kan worden getrokken is wellicht deze, dat het nog te vroeg is om conclusies te trekken. Duidelijke lijnen laten zich nog niet onderkennen. Aarzeling valt te bespeuren; in sommige uitspraken is de aarzeling echter kennelijk overwonnen. Vermoedelijk valt het wel toe te juichen, dat zich op het onderhavige terrein ius in causa positum ontwikkelt; dat stemt ook overeen met hetgeen de grondwetgever voor ogen stond."

Verheij, 1992, p. 188 (slot van deel A over de horizontale werking in het algemeen):

"Het is niet gemakkelijk om uit de jurisprudentie algemene conclusies te trekken. De rechter is sterk geneigd zijn oordeel te laten afhangen van de feitelijke omstandigheden van het concrete geval. Deze benadering past goed binnen de ontwikkeling van het privaatrecht in algemene zin. In het privaatrecht zijn de op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde open normen gaandeweg een centrale positie gaan innemen. Wat redelijk en billijk is wordt per concreet geval door de rechter bepaald."

Tenslotte Biesheuvel, preadvies 1986, p. 58/9 (conclusie), die zegt geen behoefte te hebben aan nadere theorievorming over grondrechtscollisies en daarvoor de navolgende reden geeft:

"De afwegingsproblematiek die met horizontale werking gepaard gaat, blijkt namelijk, althans vanuit het perspectief van de rechter gezien, niet veel meer dan een door de geleerden buiten proporties opgeblazen schijnprobleem. De vraag naar een rangorde onder de grondrechten is in ieder geval voor de rechter een academische kwestie, wanneer daaronder ten minste een abstracte rangorde wordt verstaan die los van plaats, tijd en omstandigheden gelding zou hebben. De rechter beschikt evenmin over een spoorboekje waarin de rijen vertrektijden van grondrechten op voorhand en overzichtelijk zijn geregistreerd. Zal hij de onderlinge verhouding tussen botsende rechten dus altijd van geval tot geval moeten vaststellen ..."

20. Het voorgaande, dit wil zeggen zowel de wijze waarop grondrechten in horizontale verhoudingen doorwerken als de toename van het aantal botsingen van grondrechten door de erkenning van deze horizontale werking, alsook de 'Güterabwägung' als enige reële mogelijkheid om deze botsingen tot een oplossing te brengen, vindt voorzover ik bij een klein uitstapje heb kunnen vaststellen bevestiging in het Duitse recht. Ik verwijs naar H. Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, 1979, o.m. p. 113/124, die 366 uitspraken van het B.Verf.Ger. hierop heeft geanalyseerd; de bijdrage van Borchardt aan Grabitz (red), Grundrechte in Europa und USA, Bd. I, 1986, p. 160/1 en 172/3 en ook Löf-ler, Presserecht, 1983, p. 166, 320/2 en 338/3.

21. Voor uiteenzettingen in meer algemene zin over de opkomst en verspreiding van het verschijnsel afwe-

gingsjurisdictie in Nederland verwijs ik naar de recente dissertaties van R. de Lange, Publiekrechtelijke rechtsvinding, 1991, o.m. p. 32/37 en 76/80, en naar die van J.M. Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid, 1992, passim. De laatste is zeer kritisch over het verschijnsel. Daarover op zijn beurt kritisch W. Snijders in een bespreking van het proefschrift, NJB 1993, p. 1149/1151, sub nr. 4.

22. Ik keer terug naar het onderhavige geval. Vergeleken met het geschetste gebruikelijke patroon bij botsende grondrechten in horizontale verhoudingen, leidt de uitleg van art. 21 Aw die E. in deze cassatie verdedigt tot een diametraal tegenovergestelde benaderingswijze. Daarvoor moeten, dunkt mij, sterke argumenten aanwezig zijn, zeker nu art. 21 Aw al van 1912 dateert, de internationale verankering van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer niet eerder dan in het EVRM van 1950 gestalte heeft gekregen, maar het desondanks tot begin jaren tachtig heeft geduurd voordat het recht daadwerkelijk (in de rechtspraak) betekenis is gaan krijgen, en het pas in 1983 in de Nederlandse Grondwet is opgenomen* [3].

23. Die sterke argumenten zijn er niet. De wetsgeschiedenis is uiterst beknopt. Art. 21 Aw is bij amendement Drucker zonder discussie in de wet opgenomen. De toelichting bestond uit twee zinnen:

"Ook bij portretten, die niet in opdracht van den geportretteerde zijn vervaardigd, kan openbaarmaking, ook door den maker, in hooge mate onbehoorlijk zijn. Een algemeene regel is in dezen niet te stellen; alles hangt af van de bijzondere omstandigheden van het elk geval"

(geciteerd uit conclusie A-G Rummelink voor HR 21 oktober 1969, NJ 1971, 124, p. 343 r.k., en uit conclusie A-G Franx voor HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383, p. 1221 r.k., waarin ook de vindplaats in de wetsgeschiedenis).

24. Men is het er in het algemeen over eens dat de wetgever 1912 naar alle waarschijnlijkheid bij het 'redelijk belang' van art. 21 Aw uitsluitend gedacht heeft aan niet-financiële belangen van behoorlijkheidsbescherming (zedelijkheid, intimiteit, smaad, laster, eer en goede naam c.q. diskwalificerende context), maar in HR 19 jan. 1979, NJ 1979, 383 ('t Schaep) zijn met een beroep op de ontwikkelingen in de maatschappelijke opvattingen dienaangaande ook commercieel-financiële belangen beschermenswaardig bevonden. Zie het arrest en de conclusie van A-G Franx bij onderdeel 3 van het cassatiemiddel. Ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer als een van de rechtsgronden van art. 21 Aw is de laatste tijd steeds nadrukkelijker in beeld gekomen. Zie o.m. voor lagere rechtspraak Spoor-Verkade, 1993, p. 279/281. Uiteindelijk is zij met zoveel woorden door de Hoge Raad erkend in het Naturiste-arrest. Ik zal niet beweren dat 'privacy' niet veel van de genoemde niet-financiële belangen, die de wetgever in 1912 vermoedelijk ook al voor ogen stonden, overlapt, maar het nieuwe zie ik toch vooral hierin dat door deze erkenning de zwaarte van het privacy-belang in voorkomend geval zal kunnen profiteren van de grondrechtelijke status die nationaal en internatio-

naal aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is toegekend.

25. Uit het voorgaande volgt dan ook dat in de huidige tijd het privacy-belang hoog genoteerd staat. Ik geloof dat daarover weinig twijfel is en meen — verdedig dat in ieder geval — dat bij de interpretatie van de term 'redelijk belang' van art. 21 Aw dit gegeven dient te worden meegewogen. Maar: is de speciale regel van art. 21 Aw wel zo speciaal, met name in vergelijking met de op de voet van art. 6:162 BW te beoordelen andersoortige (vooral geschreven) perspublicaties, die inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van mensen? Over deze laatste categorie zijn literatuur en jurisprudentie vrij duidelijk. Richtinggevend is het arrest van HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (gemeenteraadslid), kort daarna herhaald in twee uitspraken van HR 27 jan. 1984, NJ 1984, 802 (Telegraaf) en NJ 1984, 803 (Vara). Zie ook HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437 (Herrenberg) en voor meer gegevens Onrechtmatige daad IX (Michiels van Kessenich-Hoogendam), nr. 51, 52 sub 6 en 62 e.v.

26. Voorzover hier relevant heeft de Hoge Raad in deze rechtspraak de beide in het geding zijnde grondrechten aangemerkt als hoogwaardige, maatschappelijke belangen en geoordeeld dat het antwoord op de vraag welke van deze twee in een concreet geval de doorslag behoort te geven afhangt van de vaststelling en waardering van de omstandigheden van het geval. Met andere woorden: precies de benaderingswijze die ik hiervoor (nr. 19 en 20) als de algemeen gangbare bij de botsing van grondrechten in horizontale verhoudingen heb aangemerkt. Waarom, zo vraag ik mij af, zou dit bij foto's anders moeten zijn? Uiteraard kunnen foto's indringender zijn. Een beschrijving van iemands intimiteit bijvoorbeeld zal in het algemeen minder zeggingskracht hebben dan een foto. Maar het omgekeerde komt ook voor. Onthullingsjournalistiek bijvoorbeeld kan niet alleen met fotoreportage's worden bedreven. Daar hoort een verhaal bij.

27. Voor de in deze cassatie te beslissen kwestie acht ik geen wezenlijk verschil aanwezig tussen de publicatie van foto's en de publicatie van andersoortig materiaal. Zeker is het verschil niet zodanig dat op die grond moet worden gezegd dat bij publicaties van foto's de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zonder meer voorrang zou moeten hebben boven de vrijheid van meningsuiting van een persorgaan. Een dergelijke voorrangspositie is in het Duitse recht uitdrukkelijk afgewezen. Ik citeer Löffler, 1983, p. 166 (met weglating van verwijzingen en onder aantekening dat de bescherming van het privé-leven in Duitsland uit de Persönlichkeitsschutz wordt afgeleid en als Teilpersönlichkeitsrecht door het leven gaat: Löffler, t.a.p., p. 340/1 met verdere gegevens):

"Im Medienbereich ergibt sich eine spezifische Grundrechte-Kollision zwischen den gleichrangigen Verfassungsgütern der Kommunikationsfreiheit (art. 5 GG) und des durch Art. 2 in Verbindung mit Art. 1 GG gewährleisteten Persönlichkeitschutzes ... Nur eine die besonderen Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Abwägung zwischen den kollidierenden

Grundrechten kann hier zu einer angemessenen Lösung führen ... Die Meinung, das Persönlichkeitsrecht habe grundsätzlich Vorrang vor dem Grundrecht auf Kommunikationsfreiheit, ist verfehlt und wird vom Bundesverfassungsgericht mit Recht abgelehnt."

28. Ook het Recht am eigenen Bilde wordt als een Teilpersönlichkeitsrecht beschouwd (Löffler, 1983, p. 341 jo p. 322/326). Daarin verschilt het van de bevoegdheid van art. 21 Aw. Hierbij komt nog dat het Recht am eigenen Bilde afzonderlijk wettelijk geregeld is in het Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie van 1907, kortweg Kunsturhebergesetz (KUG). In deze wet zijn de in aanmerking komende belangen door de wetgever al afgewogen. Art. 22 KUG eist in het algemeen toestemming voor publikatie van een foto. Daarop maakt art. 23 lid 1 KUG enkele uitzonderingen, welke uitzonderingen evenwel ingevolge lid 2 niet gelden indien een 'berechtigtes Interesse' van de geportretteerde of zijn nazaten zich tegen publikatie verzet. Zie over deze materie o.m. J. Helle, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991. Het 'berechtigtes Interesse' behandelt hij op p. 171/192. De casuïstiek neemt de meeste plaats in (vanaf p. 176). Ik citeer slechts p. 179, waaruit blijkt dat de hierboven onder 10 geschetste tegenstelling bij de uitleg van het begrip 'redelijk belang' ook bestaat ten aanzien van art. 23 lid 2 KUG:

"Allein Eberhard Schmidt vertritt die Ansicht, bei Par. 23 Abs. 2 KUG sei, dem Wortlaut entsprechend, nur das der Bildnispublikation entgegenstehende Interesse des Betroffenen zu prüfen, eine Abwägung dieses Interesse mit den Belangen der Allgemeinheit dürfe nicht stattfinden. Demgegenüber ist es ganz h.M., dasz Par. 23 Abs. 2 KUG einen solche Abwägung erfordere."

29. Ik kom tot een afronding. Kort en goed komt mijn standpunt er op neer dat art. 21 Aw niets meer, maar zeker ook niets minder is dan een bijzondere regel voor de te betrachten zorgvuldigheid bij het publiceren van foto's. Aubel, Persoon en pers, 1968, nr. 28 en nr. 175 e.v. heeft dit al eerder zo gezegd. Inhoudelijk wijkt de regel in niets af van wat naar algemeen recht voor perspublicaties geldt, met name niet wat betreft het principe van de belangenafweging. Alleen zal het zo zijn dat het medium foto kan leiden tot een daarop toegespitste catalogus van omstandigheden die bij de belangenafweging in aanmerking moeten worden genomen, maar ook dat is een normaal verschijnsel. Zoals Helle zegt (1991, p. 176/7) zijn het meestal de begeleidende omstandigheden die de publikatie ontoelaatbaar, want in strijd met het redelijk belang van de betrokkene, maken. Slechts een enkele keer is de foto op zichzelf al voldoende voor een verbod tot publikatie, zoals ongewenste naaktfoto's of een foto die de betrokkene belachelijk maakt. Het Naturiste-arrest en Vondelparkfoto-arrest zouden Nederlandse voorbeelden kunnen zijn van reeds op zichzelf verboden foto's. Dat betekent evenwel dat zij niet maatgevend zijn voor gevallen waarin het aankomt op de begeleidende omstandigheden, zoals in het arrest Kinderen Prinses Irene en in het onderhavige geval. Wellicht dat hierin het verschil in interpretatie van de arresten zijn grondslag

vindt. Wat hiervan zij: in het onderhavige geval heeft het hof terecht niet de foto's op zichzelf, maar in het licht van de begeleidende omstandigheden beoordeeld.

30. De hier verdedigde benaderingswijze levert ook uit een oogpunt van grondrechtelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting en van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in GW en EVRM, geen problemen op. Art. 21 Aw is een met voldoende precisie omschreven wettelijke beperking op zowel het ene als het andere recht en beantwoordt ook overigens aan hetgeen in GW en EVRM wordt geëist. Ik volsta met enkele, min of meer rapsodische verwijzingen: HR 13 febr. 1987, NJ 1987, 899 (Reclame Tandprotheticus); HR 9 jan. 1987, NJ 1987, 928 (Edamse Bijstandsmoeder); HR 5 juni 1987, NJ 1988, 702 en HR 2 febr. 1990, NJ 1991, 289 jo 290/1 (Goree-zaken); HR 22 nov. 1991, NJ 1992, 508 (collectieve acties gezondheidszorg) en, recent, HR 18 juni 1993, RvdW 1993, 136 (NJ 1994, 347; red.) (Aids-verkrachter). Zie voorts J. de Boer, Artikel 8 EVRM, preadvies NJV 1990; Bellekom, Het Hof voor de rechten van de mens en de beperkingsclausules van het EVRM, in: 40 jaar Europees Verdrag voor de rechten van de Mens, Bijzonder Nummer NJCM-bulletin 1990, p. 59/74; Verheij in hetzelfde Bijzondere Nummer van het NJCM-bulletin, De horizontale werking van het EVRM, p. 19/39 (met name p. 30 e.v., 38/9).

Onderdelen 3.3–3.5

31. De ongegrondheid van de onderdelen 3.1 en 3.2 brengt ook de ongegrondheid mee van onderdeel 3.3. Ik vermeld alleen nog het Naturiste-arrest van HR 30 okt. 1987, NJ 1988, 277, waarin in afwijking van hetgeen het onderdeel stelt, maar passend bij wat ik hiervoor heb geschreven, met zoveel woorden is overwogen dat de omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn voor het oordeel of sprake is van een redelijk belang als bedoeld in art. 21 Aw.

33. Onderdeel 3.4 bouwt voort op de voorafgaande onderdelen en faalt mitsdien om dezelfde redenen. Onderdeel 3.5 faalt eveneens. De aangevallen r.o. moet worden gelezen in verband met de afweging van belangen pro en contra publikatie van de foto's. Een van de relevante factoren is de gevangenschap van E., die hem niet minder aanspraak geeft op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer, aldus het hof in r.o. 4.7* [4], maar anderzijds niet afdoet aan het feit dat de gevangenschap de straf is op het plegen van een delict dat sterk de aandacht had getrokken, welke aandacht kenmerkend ten tijde van het publiceren van de foto's nog niet was verdwenen, want het hof stelt — onbestreden in cassatie — vast dat de foto's nog nieuws- en informatie waarde hadden. Dan echter is niet onjuist noch onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd dat het hof het feit dat de publikaties plaatsvonden nadat E. reeds onherroepelijk was veroordeeld, niet zo zwaar heeft laten wegen dat reeds daarom (na afweging) sprake was van een redelijk belang als bedoeld in art. 21 Aw. Voor het overige onttrekt de afweging die het hof hierbij maakt heeft — ik benadruk: samen met andere, ten dele niet in onderdeel 3.5 genoemde factoren en vervolgens

toegespitst op de twee foto's afzonderlijk — zich aan toetsing in cassatie.

Het voorwaardelijk incidentele middel

33. Aangezien het principale middel niet slaagt, behoeft het voorwaardelijk incidenteel middel geen bespreking meer. Het zou naar mijn mening ook feitelijke grondslag missen, omdat het hof niet miskend heeft dat iemand die als gevolg van een sterk de aandacht trekkend misdrijf, publikaties van foto's als waarvan in het onderhavige geval sprake is, zal moeten duiden zolang deze nog nieuws- en informatiewaarde vertegenwoordigen. Het 'moeten dulden' is evenwel niet onbeperkt: het hof heeft in aanmerking genomen dat de foto's een neutraal karakter hebben, dat ten aanzien van E. louter feitelijke mededelingen zijn gedaan en dat er geen onnodig grievende uitlatingen in voorkomen, terwijl voor de foto die de Zilveren Camera heeft gewonnen dat het feit is met nieuws- en informatiewaarde.

34. Ik ben het met deze terughoudende opstelling van het hof eens, veel meer dan met wat Spaarnestad over de positie van 'public figures' of 'Personen der Zeitgeschichte' verdedigt. Wel besef ik dat een preciese grens niet altijd gemakkelijk te trekken zal zijn. Bijvoorbeeld ten aanzien van de herkenbaarheid van de betrokkene. Uit de stukken in de eerste aanleg lijkt te volgen dat het E. vooral daarom te doen was: hij wilde voor zichzelf en voor zijn gezins- en familieleden niet onafgebalkt in de publiciteit. In cassatie speelt deze kwestie evenwel niet (meer). Een antwoord zou ook niet eenvoudig zijn.

De conclusie strekt tot verwerping van het principale beroep.
