

17/06094
11 januari 2019

mr. G.R.B. van Peurseem
Conclusie

in de zaak van:

D
(hierna: D),
eiser tot cassatie,
adv. mr. T. Cohen Jehoram,

tegen

De 4 Jaargetijden B.V.,
(hierna: de 4 Jaargetijden),
verweerster in cassatie,
adv. mr. A.M. van Aerde.

D, een bekende architect en voormalig rijksbouwmeester, is de ontwerper van een kantooruitbreiding van een historisch complex van het toenmalig bestuurscentrum van het Hoogheemraadschap te Edam. De 4 Jaargetijden is nu eigenaar van dit complex waarvan het werk van D deel uitmaakt en wil de kantoorbebouwing na jaren leegstand ombouwen tot starterswoningen. D verzet zich hiertegen op grond van zijn persoonlijkheidsrecht (art. 25 lid 1 sub c en d Aw, art. 6bis lid 1 Berner Conventie (BC)). Rechtbank en hof wijzen deze vorderingen in dit kort geding af. In cassatie klaagt D met name over de hier aan te leggen beoordelingsmaatstaven. Die zijn door een ondoorzichtige aanpassing van de Auteurswet aan de Berner Conventiebepaling op dit punt ook bepaald niet eenvoudig te doorgronden. Ik zie de cassatiepoging niet opgaan.

1. Feiten¹ en procesverloop

1.1 De 4 Jaargetijden is sinds 2015 eigenaar van het voormalig bestuurscentrum van het Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier aan de Schepenmakersdijk te Edam (hierna: het kantoorpand). [Het kantoorpand staat op een perceel dat is gelegen in het beschermd

¹ Ontleend aan rov. 3.1.1.-3.1.12 van het bestreden arrest: Hof Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4431. Voor een zo compleet mogelijk beeld is tussen vierkante haken - en met in een voetnoot de exacte vindplaats - een aantal aanvullingen overgenomen afkomstig uit de parallelle zaak uit de bestuursrechtelijke kolom over de omgevingsvergunning voor de verbouwing van hetzelfde gebouw, waarin hangende de cassatieprocedure in onze zaak einduitspraak is gedaan inmiddels: ABRvS 14 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:521 (hierna: de RvS-uitspraak). Op deze uitspraak is ten pleidooie in cassatie mede beroep gedaan (vgl. plta cass De 4 Jaargetijden 1.6 en vt. 15). De bestuursrechtelijke kwestie gaat over de omgevingsvergunning voor (onder meer) de voorgenomen aanpassingen aan het werk van D

stadsgezicht van Edam².] Het kantoorpand heeft voor de aankoop een aantal jaren leeg gestaan.

1.2 Het kantoorpand maakt deel uit van een complex, oorspronkelijk bestaande uit een drietal gebouwen rond een binnenhof [namelijk “de timmerloods”, “de architectenwoning” en het Gemeenlandshuis³], dat sinds het begin van de 18^e eeuw heeft gediend als bestuurscentrum van de Noord-Hollandse waterschappen. Dit oorspronkelijk complex is in 1967 onder nummer 14385 als Schepenmakersdijk 16 ingeschreven in het monumentenregister.

1.3 D heeft in 1973 opdracht gekregen het complex uit te breiden met kantoorbebouwing langs de Schepenmakersdijk, aansluitend aan de historische “architectenwoning” en een vergadercentrum aansluitend aan het historische “Gemeentelandshuis”, aan de zijde van de Zuidervesting. Deze uitbreiding is opgeleverd in 1978, vanaf welk moment het vergadergedeelte als vergadercentrum in (mede)gebruik is bij de gemeente Edam-Volendam (hierna: de gemeente). Het vergadercentrum werd ten tijde van het arrest van het hof door de gemeente nog gehoord van De 4 Jaargetijden. [De uitbreidingen zijn niet aangewezen als beschermd monument of als onderdeel van het al bestaande monument⁴.]

1.4 Het kantoorpand is een bouwwerk dat valt onder de bescherming van de Auteurswet (Aw) (art. 10 lid 1, aanhef en onder 6° Aw). D is als architect rechthebbende op de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten in de zin van art. 25 Aw met betrekking tot dit werk.

1.5 De 4 Jaargetijden is een projectontwikkelaar en heeft voorbereidingen getroffen voor de verbouwing van het kantoorpand aan de Schepenmakersdijk tot een achttal appartementen: drie op de begane grond, drie op de eerste etage en twee L-vormige appartementen op de zolderverdieping (hierna: het bouwplan). [Ter uitvoering van het bouwplan worden onder meer de noord- en zuidgevel van het pand gewijzigd, waarbij de meest ingrijpende wijziging plaatsvindt aan de zuidgevel. De zuidgevel is, gezien vanaf de Schepenmakersdijk, gelegen aan de achterzijde van het pand. In het bouwplan bevat de zuidgevel de entrees naar de appartementen. De zuidgevel ligt aan een binnenterrein en wordt omsloten door meerdere gebouwen, waaronder een vergadercomplex. Het binnenterrein dient mede ter ontsluiting van die gebouwen⁵.] De appartementen zijn inmiddels verkocht onder de gemeenschappelijke naam “De Heemraadshof”. Voor het

² Vgl. de RvS-uitspraak 1, 3^e alinea, 1^e zin.

³ RvS-uitspraak 3.1.

⁴ Idem.

⁵ RvS-uitspraak 1, 3^e alinea en 6.2.

bouwplan zijn op 20 en 21 januari 2016 omgevingsvergunningen verleend voor de gedeeltelijke sloop en het gedeeltelijk vervangen van het kantoorpand.

1.6 Bij brief van 7 december 2015 heeft prof. ir. [naam] (hierna: C [naam]) zijn bezorgdheid uitgesproken over het bouwplan, waartoe hij in zijn brief het volgende aanvoert:

“(…)

Het voorliggende gebouwencomplex is een zeldzaam mooi Hollands Ensemble bij gratie van haar geprononceerde ligging te midden van het buitengewoon mooie historische stadsgezicht van Edam maar ook door de uitmuntende toevoegingen van de zichtbaar klassiek geschoolde architecten [naam] en prof. ir. [naam] ID [naam] in 1974 resp. 1979.

D [naam] analyseerde en begreep bij aanvang van zijn opdracht de bijzondere kwaliteiten van de voorliggende historische context en klassieke panden ter plekke. Vervolgens slaagde hij er op voortreffelijke wijze in om door middel van genereuze stedenbouwkundige en architectonische principes (t.w. routing, schaal, proportie, kleur, lichtinval etc.) met zijn nieuw ontworpen bouwdelen een knap geheel te midden van de bestaande context te smeden en zodoende een memorabel en klassiek ensemble te componeren.

Betreurenswaardig zijn in dat verband de genomen besluiten omtrent verkoop en op handen zijnde functiewijziging. De voorliggende verbouwingsvoorstellen doen op het eerste gezicht onschuldig aan maar blijken bij nauwkeuriger bestudering ter plekke een ongemeen dominante impact voor het monumentale karakter te impliceren.

Allereerst dreigt de prachtige sequentie van openbare plekken en hoven met één brutale beweging t.b.v. een aanlokkelijke privatisering onderuit gehaald te worden en blijkt het hoofdprincipe van ontsluiting - de basis onder het hele plan - in de toekomst niet langer te bestaan.

Vervolgens worden bij het doorvoeren van de functionele wijzigingen extra architectonische ingrepen voorgesteld die het geheel ondubbelzinnig zullen aantasten - zelfs verminken. De onontkoombare gevolgen van de beslissingen zijn reeds heden met de in gang gezette verbouwingen aan de oostzijde van het complex zichtbaar. Zij spreken daarnaast ook duidelijk uit de ingediende plannen, met name die voor de zuidgevel van de woningen aan de zijde van de tweede binnenplaats. D [naam]'s fijnzinnige en rijke detailleringen worden zonder enige noodzaak brutaal gesloopt en voetstoots geacht te kunnen worden door hedendaagse no-nonsense standaardoplossingen.

(…)”

1.7 Op 14 juni 2016 heeft D [naam] De 4 Jaargetijden gesommeerd om uiterlijk 21 juli 2016 te bevestigen dat zij geen inbreuk zal maken op de persoonlijkheidsrechten van D [naam] op zijn ontwerp van het complex en in het bijzonder het ontwerp van het kantoorpand.

1.8 De “Welstand- en monumentencommissie Edam-Volendam” heeft in haar brief van 25 juli 2016, met daarin haar positieve advies ten aanzien van het project, mede in reactie op de brief van C [naam], het volgende overwogen:

“(…)

De status van beschermd stadsgezicht heeft met zich gebracht dat de commissie veel aandacht heeft besteed aan de reconstructie van de voorgevel, zodat zo veel mogelijk recht is gedaan aan de huidige karakteristiek. Dat wordt door C [naam] in zijn second opinion onderkend.

De commissie heeft geoordeeld dat de aanpassingen aan de achtergevel inderdaad ingrijpend zijn, zoals door de heer C . aangegeven, maar op basis van de welstandsnota en gezien de ligging in de binnenstad acceptabel zijn. Hoewel de commissie de renovatie van het blok graag in de context had gezien van een totale visie op het complex, acht zij de beschutte achterafligging van de achtergevel dermate informeel dat een incidentele aanpak op deze schaal geen inbreuk hoeft te vormen op het complex als geheel.

De commissie sprak haar waardering uit over de verandering in het ontwerp van de voorgevel die inhield dat de voordeuren in de achtergevel (de zuidgevel) werden geplaatst. Naar de mening van de commissie nam hierdoor, door de directe betrokkenheid van de woningen op het binnengebied, de kwaliteit van de binnentuin toe. Tevens is naar aanleiding van het advies van de commissie de uitbouw op de begane grond aan de achterzijde verkleind en meer in de baksteenarchitectuur opgenomen, waarin ook de dakterrassen meer zijn weggewerkt. Het plantmateriaal aan de achterzijde is daarmee komen te vervallen waardoor de gevel een hoogwaardige uitstraling kreeg. Deze gevel wijkt nu inderdaad af van de andere gevels in het binnengebied maar niet in die mate dat de commissie het een onacceptabele stijlbreuk vindt.

(...)”

1.9 Tegen de verleende omgevingsvergunningen is onder meer door D . bezwaar en vervolgens beroep ingesteld. In het kader van de daartegen geëntameerde voorlopige voorziening procedure is voor wat betreft de noordgevel aan de Schepenmakersdijk namens D . aangevoerd dat is voldaan aan de eis van de welstandscommissie om de bestaande architectuur te respecteren, maar dat de zuidgevel op dat punt ongewijzigd is gebleven.

1.10 Op 6 oktober 2016 heeft D . bij verzoekschrift ex art. 1019e Rv de voorzieningenrechter (samengevat en voor zover van belang) verzocht aan De 4 Jaargetijden een auteursrecht- respectievelijk persoonlijkheidsrechtinbreukverbod op te leggen in de vorm van een verbod van aanvang/uitvoering of staking van de gedeeltelijke sloop van gevels van het kantoorpand Schepenmakersdijk 16, versterkt met dwangsom.

Bij beschikking van 7 oktober 2016 heeft de voorzieningenrechter dit verzoek toegewezen (hierna: het *ex parte* bevel).

1.11 Bij vonnis van de rechtbank Noord-Holland, sector bestuursrecht, van 29 september 2016 zijn de bestreden omgevingsvergunningen in stand gelaten. Tegen deze uitspraak is hoger beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State. In die bestuursrechtelijke procedure was ten tijde van de zitting in hoger beroep in deze zaak nog geen uitspraak gedaan. [Inmiddels wel, als gezegd op 14 februari 2018; in de RvS-uitspraak is de uitspraak van de bestuursrechter van de rechtbank Noord-Holland bevestigd.]

1.12 Bij brief van 14 november 2016 heeft C . het college van burgemeester en wethouders van de gemeente in reactie op de verleende omgevingsvergunningen als volgt bericht:

“(…)”

Inmiddels heb ik kennis genomen van de brief van de Welstand- en monumentencommissie d.d. 25 juli 2016 waarin de commissie aangeeft dat de bedoelde aanpassingen inderdaad ingrijpend, maar gezien de ligging in het binnengebied naar zijn mening wel acceptabel zijn. "Hoewel de commissie de renovatie van het blok graag in de context had gezien van een totale visie op complex, acht zij de beschutte achterafligging van de achtergevel dermate informeel dat een incidentele aanpak op deze schaal geen inbreuk hoeft te vormen op het complex als geheel."

De commissie gaat er hierbij ten onrechte aan voorbij dat het bij de zuidgevel niet gaat om een "achtergevel in een beschutte achterafligging" maar - sinds de spiegeling van de oorspronkelijke plannen - om de entreegevel tot een complex met acht appartementen, gelegen aan een openbaar toegankelijk gebied dat tevens dient ter ontsluiting van een naastgelegen vergadercomplex met publieke tribune en dat een belangrijke rol vervult in het brengen van samenhang in dit monumentale complex als geheel. Ik ben daarom van mening dat de commissie u geheel ten onrechte heeft geadviseerd om de voorgestelde verbouwingen toe te staan.

(...)"

1.13 In deze kort geding procedure op tegenspraak vordert D. [naam] kort samengevat De 4 Jaargetijden te verbieden om inbreuk te maken op de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten van D. [naam] door uitvoering van het bouwplan, of door uitvoering van daarmee zodanig overeenstemmende plannen dat nog steeds sprake is van de schending van de rechten die D. [naam] met betrekking tot zijn werk kan ontlenen aan art. 25 lid 1 onder c en d Aw, op straffe van een dwangsom.

1.14 In reconventie heeft De 4 Jaargetijden onder meer gevorderd het *ex parte* bevel op te heffen.

1.15 Bij vonnis van 30 november 2016 heeft de rechtbank de vorderingen in conventie afgewezen en de reconventionele vordering tot opheffing van het *ex parte* bevel toegewezen. Daartoe overweegt de rechtbank dat ten aanzien van de noordgevel sprake is van een wijziging in de zin van art. 25 lid 1 onder c Aw en dat het verzet van D. [naam] tegen die wijziging voorshands in strijd moet worden geoordeeld met de redelijkheid. De wijzigingen zijn volgens de voorzieningenrechter ingegeven door de gewijzigde functie van het gebouw en in die context niet onredelijk. Daarnaast weegt de voorzieningenrechter mee dat in de bestuursrechtelijke procedure namens D. [naam] is bevestigd dat met het bouwplan aan de noordgevel is voldaan aan de eis van de welstandscommissie om de bestaande architectuur te respecteren (rov. 5.8).

Over de zuidgevel overweegt de rechtbank dat voorshands moet worden geoordeeld dat weliswaar sprake is van een aantasting in de zin van art. 25 lid 1 onder d Aw – omdat in vergaande mate afbreuk wordt gedaan aan het eigen, persoonlijk karakter van die gevel – (rov. 5.12), maar dat vervolgens moet worden beoordeeld of die aantasting nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of naam van de maker of aan zijn waarde in die hoedanigheid. Dat criterium is niet absoluut, maar impliceert een afweging van belangen (rov. 5.13). Op grond van de omstandigheden van dit geval komt de voorzieningenrechter

tot het voorlopige oordeel dat de aantasting geen nadeel zal kunnen toebrengen aan de eer of de naam van D. als maker van het kantoorpand of aan zijn waarde in deze hoedanigheid (rov. 5.16).

1.16 D. heeft hoger beroep ingesteld en daarin vordert hij ook een bevel tot het staken van de sloopwerkzaamheden en voor zover de sloopwerkzaamheden betrekking hebben op de gevels, deze terug te brengen in de oorspronkelijke toestand. Het hoger beroep richt zich niet tegen de toewijzing van de reconventionele vordering.

Hof Amsterdam heeft in zijn in cassatie bestreden arrest van 31 oktober 2017 het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd. Daartoe heeft het hof onder meer dit overwogen:

“3.4 Grief II van D. ziet op de wijzigingen aan de noordgevel, waarin de ramen op de begane grond worden vervangen door openslaande deuren en op de bovenste verdieping een raam wordt geplaatst. Volgens D. heeft de voorzieningenrechter in rov 5.8 ten onrechte overwogen dat de redenen voor deze wijzigingen zijn te vinden in de gewijzigde gebruikseisen en deze positief moeten worden gewaardeerd waar het zou gaan om het ontstaan van meer contact met de straat en de mogelijkheid om op de bovenste verdieping op ooghoogte naar buiten te kunnen kijken, terwijl de voorgestelde wijzigingen zodanig beperkt zouden zijn dat het basisidee van D. intact blijft. Voorts heeft de voorzieningenrechter in rov 5.9 ten onrechte overwogen dat het verzet van D. in strijd is met de redelijkheid, mede (rov 5.8) omdat hij zijn recht in dat opzicht zou hebben verwerkt door eerder in de bestuursrechtelijke procedure te bevestigen dat met het bouwplan aan de noordgevel voldaan is aan de eis van de ‘Welstand- en monumentencommissie Edam-Volendam’ om de bestaande architectuur te respecteren, aldus nog steeds D.

3.4.1 In aanvulling op hetgeen hij in eerste aanleg heeft aangevoerd, waaronder de opinie van C., verwijst D. naar het oordeel van de Commissie Ruimtelijke Kwaliteit van de gemeente Amsterdam van 11 januari 2017, die de voorgestelde openslaande deuren typologisch geen voor de hand liggende keuze acht en de gewijzigde raamopeningen op de bovenste verdieping nog onvoldoende in goede verhouding met het gehele geveloppervlak. Voorts benadrukt D. dat de door hem voorgestelde hoogte van het raam op de tweede verdieping ruim voldoende is voor goed uitzicht. Ten slotte voert D. aan dat van rechtsverwerking niet kan worden gesproken, nu hij enkele dagen na 5 juli 2016 (datum verzoekschrift voorlopige voorziening in de bestuursrechtelijk procedure als vermeld in rov 5.8, hof) op 14 juli 2016 De Vier Jaargetijden heeft gesommeerd de voorgenomen wijziging van de noordgevel achterwege te laten, aldus D.

3.4.2 Het hof is met de voorzieningenrechter van oordeel dat de wijzigingen in de noordgevel dermate beperkt zijn dat daarmee het basisidee van het ontwerp van D. ten aanzien van de gevelindeling blijft gehandhaafd. Ook heeft de voorzieningenrechter terecht geconstateerd dat deze wijzigingen zijn ingegeven door de gewijzigde functie van het gebouw, van kantoorpand naar woonbestemming c.q. appartementen voor starters. Het op de begane grond aanbrengen van openslaande deuren leidt tot meer contact met de straat, terwijl het vergroten van de hoogte van het raam in de nok zowel ervoor zorgt dat de bewoners op ooghoogte naar buiten kunnen kijken als ook van belang is voor de lichtinval op die verdieping. Aangezien D. onvoldoende onderbouwd heeft toegelicht waarom hij in de bestuursrechtelijke procedures geen bezwaar heeft gemaakt tegen de voorgenomen wijzigingen in de noordgevel en zelfs heeft bevestigd dat voor de noordgevel is voldaan aan zijn eis om de bestaande architectuur te respecteren maar zich daartegen in de voorliggende

civielrechtelijke kort gedingprocedure wel verzet, deelt het hof het oordeel van de voorzieningenrechter dat het verzet van D. [naam] tegen de wijzigingen in de noordgevel in strijd is met de redelijkheid. De grief faalt.

3.5 Ten aanzien van de zuidgevel heeft de voorzieningenrechter in rov 5.13 als voorlopig oordeel gegeven dat hoe dan ook sprake is van een andere aantasting in de zin van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Aw, waartegen de Auteurswet bescherming beoogt te bieden indien deze aantasting nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in die hoedanigheid. Dit criterium is, aldus de voorzieningenrechter, evenwel niet absoluut en impliceert een afweging van belangen. Vervolgens heeft de voorzieningenrechter in rov 5.16 de omstandigheden vermeld op grond waarvan hij voorshands in rov 5.17 tot het oordeel is gekomen dat weliswaar sprake is van een aantasting als hiervoor bedoeld maar dat die geen nadeel zal kunnen toebrengen aan de eer of de naam van D. [naam] als maker van het kantoorpand of aan zijn waarde in die hoedanigheid. Hiertegen komt D. [naam] op met zijn grieven III tot en met V, die het hof hierna achtereenvolgens zal behandelen.

3.5.1 Met grief III voert D. [naam], onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur aan - samengevat - dat het criterium van artikel 25 lid 1 sub d Aw niet voorziet in een belangenafweging en dat het belang van de architect het in beginsel wint van het belang van de eigenaar indien naast de eis aan de aard van de wijziging is voldaan aan de nadere voorwaarde van aantasting van de eer of de naam van de maker (hierna ook: de reputatietoets).

3.5.1.1 Ook indien het hof er veronderstellenderwijs vanuit gaat dat met betrekking tot de zuidgevel sprake is van een aantasting en niet, zoals De Vier Jaargetijden als primair verweer voert, van een 'gewone' wijziging als bedoeld in artikel 25 lid 1 sub c, kan D. [naam] niet in zijn betoog worden gevolgd. Uit de rechtsoverwegingen die volgen na rov 5.13 valt op te maken dat de voorzieningenrechter het beroep op artikel 25 lid 1 sub d Aw niet heeft afgewezen op grond van een belangenafweging maar omdat niet is voldaan aan de voorwaarde dat de aantasting nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van D. [naam], of aan zijn waarde in zijn hoedanigheid van architect van het kantoorpand. De grief heeft dan ook geen succes.

3.5.2 Met grief IV betoogt D. [naam], dat de voorzieningenrechter de reputatietoets onjuist heeft uitgevoerd in de vorm van een afweging van belangen, terwijl deze objectief dient te geschieden. Dit betekent dat bij een aantasting van het werk de mogelijkheid van reputatieschade gegeven is. Aan de reputatietoets komt geen zelfstandige betekenis toe maar de uitkomst wordt bepaald door het gewicht dat men toekent aan de ernst van de aantasting van het werk, aldus het primaire standpunt van D. [naam]. Zou aan de reputatietoets wel zelfstandige betekenis toekomen, dan moet er een geldige reden bestaan die de aantasting zou kunnen rechtvaardigen. Volgens D. [naam] bestaat voor de voorgenomen wijzigingen geen noodzaak, zijn deze vanuit de functiewijziging van kantoor naar woning zelfs onwenselijk, zijn er alternatieven aanwezig, is er bereidheid tot overleg, moet hij, D. [naam] worden gerekend tot de top van de Nederlandse architecten, is het ontwerp van D. [naam] exemplarisch voor zijn scheppend vermogen, zijn de voorgenomen veranderingen ingrijpend en is de architectonische kwaliteit van het plan van De Vier Jaargetijden onvoldoende.

3.5.2.1 Het hof verwerpt het primaire standpunt van D. [naam] dat in geval van aantasting de mogelijkheid van reputatieschade reeds gegeven is. Ook indien sprake is van aantasting dient de rechter op objectieve wijze na te gaan of aanneemelijk is dat de maker van het aangetaste werk daardoor reputatieschade zal lijden.

Evenals de voorzieningenrechter komt het hof tot het voorlopig oordeel dat dit niet het geval is en de aantasting geen nadeel zal kunnen toebrengen aan de eer of naam van D. als maker van het kantoorpand of aan zijn waarde in die hoedanigheid. Zoals de voorzieningenrechter op goede gronden heeft overwogen, die het hof overneemt en tot de zijne maakt, moet een maker van een gebouw zoals D. er rekening mee houden dat er in de loop van de tijd in verband met functionele wijzigingen van de bestemming veranderingen nodig zijn die zelfs tot (gedeeltelijke) aantasting van het werk kunnen leiden. Het gebouw is een kantoorpand dat bijna veertig jaar ongewijzigd is gebleven, ruim zeven jaar leeg heeft gestaan en thans op verzoek van de gemeente gaat voorzien in de behoefte aan woonruimte c.q. starterswoningen. De aantasting is niet lichtvaardig tot stand gekomen en De Vier Jaargetijden heeft aannemelijk gemaakt dat de aanpassingen aan de niet veraf de openbare weg zichtbare zuidgevel/achtergevel, bestaande uit grote(re) ramen, nieuwe entrees en balkons op de eerste etage, uitsluitend zijn gemaakt in het kader van de nieuwe woonfunctie. In dat licht was De Vier Jaargetijden dan ook niet gehouden de door D. voorgestelde alternatieven voor de zuidgevel te volgen. Evenmin heeft D. weersproken dat zijn werk goed is gedocumenteerd. De grief faalt.

3.5.3 Volgens grief V heeft de voorzieningenrechter de belangenafweging in rov 5.16 onjuist uitgevoerd en in rov 5.17 ten onrechte geoordeeld dat weliswaar sprake is van een aantasting maar dat die geen nadeel zal kunnen toebrengen aan de eer of naam van D. als maker.

3.5.3.1 Hetgeen deze grief aan de orde stelt, is reeds in de voorgaande grief behandeld en verworpen, waarin het hof overweegt dat de voorzieningenrechter op basis van een objectieve toets terecht en op goede gronden tot het voorlopig oordeel is gekomen dat gevaar voor reputatieschade zich niet voordoet."

1.17 D. heeft tijdig cassatieberoep ingesteld, waarop een verweerschrift tot verwerping is gevolgd van De 4 Jaargetijden. Op verzoek van C. heeft er op 26 juni 2018 een mondeling pleidooi plaatsgevonden en daarnaast hebben partijen hun standpunten gedeeltelijk ook schriftelijk laten toelichten, waarna is gerepliceerd en gedupliceerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 In cassatie dient tot uitgangspunt dat bij uitvoering van de plannen van De 4 Jaargetijden met betrekking tot de zuidgevel voorshands sprake is van een aantasting in de zin van art. 25 lid 1 onder d Aw (hierna ook, in navolging van (ook) beide partijen kortheidshalve "sub d" genoemd) en met betrekking tot de noordgevel voorshands van een wijziging volgens art. 25 lid 1 onder c Aw (in het vervolg ook kortweg "sub c" genoemd). Waar het in de kern op aankomt in deze zaak, is of D. zich hiertegen naar voorlopig oordeel op grond van zijn persoonlijkheidsrechten kan verzetten. Volgens rechtbank en hof niet.

2.2 Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen.

Het eerste ziet op het oordeel over de zuidgevel in rov. 3.5.2.1, het tweede op dat over de noordgevel in rov. 3.4.2. D... stelt in cassatie principieel aan de orde welke maatstaven gelden voor een op persoonlijkheidsrecht ("droit au respect") gestoeld verzet tegen wijzigingen "sub c" en aantastingen "sub d".

Daartoe richt subonderdeel 1.2 een rechtsklacht tegen rov. 3.5.2.1, nu bij aantasting "sub d" de mogelijkheid van reputatieschade is gegeven, hetgeen het hof verwerpt.

Volgens subonderdeel 1.3 heeft het hof in rov. 3.5.2.1 uitsluitend een redelijkheidstoets aangelegd, maar is niet meegewogen of getoetst of de aantasting van de zuidgevel reputatieschade voor D... als maker teweeg brengt, althans is niet begrijpelijk gemotiveerd waarom die aantasting niet zo'n reputatieschade teweeg kan brengen.

Als hier wel een juiste toets is aangelegd, dan is volgens subonderdeel 1.4 sprake van onjuistheid of onbegrijpelijkheid, omdat bij de beoordeling van de redelijkheid van D...'s verzet moet worden meegewogen of hij zich redelijk opstelt en of alternatieven voor de wijziging zijn aangedragen.

Het oordeel over de noordgevel in rov. 3.4.2 is volgens subonderdeel 2.1 in strijd met zowel de "sub c" als de "sub d"-bepaling, omdat daarbij als enige criterium geldt of een wijziging of aantasting reputatieschade kan toebrengen en niet alleen of verzet in strijd is met de redelijkheid – althans is volgens de vervolklacht niet voldoende kenbaar of de juiste toets is toegepast.

Voor zover in rov. 3.4.2 wel een juiste toets is aangelegd, richt subonderdeel 2.2 klachten tegen de dragende redenering dat de wijzigingen (i) voortvloeien uit de functiewijziging van het gebouw, (ii) deze voordelen meebrengen en (iii) D... onvoldoende heeft toegelicht waarom hij in de bestuursrechtelijke procedures geen bezwaar heeft gemaakt tegen wijzigingen van de noordgevel. Voor de redelijkheidstoets van D...'s verzet had volgens de klacht moeten worden meegewogen of de maker zich redelijk opstelt en of alternatieven zijn aangedragen voor de voorgestelde wijzigingen, elementen die niet in het oordeel zijn betrokken, althans waaraan ten onrechte is voorbijgegaan, althans is op dit punt sprake van een motiveringsgebrek.

Subonderdeel 2.3 besluit met de motiveringsklacht tegen rov. 3.4.2 over D...'s onvoldoende toelichting waarom hij in de bestuursrechtelijke procedures geen bezwaar heeft gemaakt tegen wijzigingen van de noordgevel. Hier verwacht het hof volgens de klacht de observatie in de bestuursrechtelijke kolom dat voldaan is aan de welstandeis om de bestaande architectuur te respecteren met door D... zelf (en dus niet de welstandscommissie) kenbaar gemaakte bezwaren tegen wijzigingen aan de noordgevel, waarbij van belang is dat hij in alle zienswijzen zijn alternatief voor de noordegevel heeft bepleit.

Subonderdeel 2.4 is een louter voortbouwende klacht zonder zelfstandige betekenis tegen rov. 3.5.3-3.7 en het dictum van het bestreden arrest.

2.3 Bezien wij eerst de achtergrond waartegen deze klachten moeten worden beoordeeld. Na bespreking van de totstandkomingsgeschiedenis en een analyse van het

normenstelsel kom ik tot een duiding hoe de elementen “sub c” en “sub d” begrepen zouden kunnen worden. Daarna kunnen de klachten inhoudelijk worden onderzocht.

Totstandkomingsgeschiedenis art. 25 Aw

2.4 Art. 25 leden 1 en 3 Aw luiden zo⁶:

“1. De maker van een werk heeft, zelfs nadat hij zijn auteursrecht heeft overgedragen, de volgende rechten:

a. het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking van het werk zonder vermelding van zijn naam of andere aanduiding als maker, tenzij het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;

b. het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking van het werk onder een andere naam dan de zijne, alsmede tegen het aanbrengen van enige wijziging in de benaming van het werk of in de aanduiding van de maker, voor zover deze op of in het werk voorkomen, dan wel in verband daarmee zijn openbaar gemaakt;

c. het recht zich te verzetten tegen elke andere wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;

d. het recht zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere aantasting van het werk, welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid.

(...)

3. (...) Van de rechten onder b en c genoemd kan afstand worden gedaan voor zover het wijzigingen in het werk of in de benaming daarvan betreft.”

2.5 Dit is wetgeving, in de woorden van het handboek Spoor/Verkade/Visser⁷, “die geen schoonheidsprijs verdient”. Het is door de getrapte totstandkoming van onze huidige wettelijke regeling wel te verklaren, al kost dat de nodige moeite, zoals we zullen zien. De wetgever heeft met art. 25 Aw wettelijke bescherming willen bieden voor de persoonlijkheidsrechten van de maker van een werk. Deze rechten omvatten de bevoegdheden van de maker van een werk om zich op grond van de hoogst persoonlijke band die hij met zijn werk heeft te verzetten tegen een onverkorte toepassing van de regels

⁶ In de literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag of art. 25 Aw limitatief is waar het gaat om de aldaar genoemde persoonlijkheidsrechten van de maker van een werk. Dat art. 25 Aw limitatief is menen Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, 2005, 7.5 en Verkade, *T&C Intellectuele Eigendom*, 2016, art. 25 Aw, aant. 1c onder verwijzing naar HR 1 juli 1985, ECLI:NL:HR:1985:AB7672, NJ 1986/692 m.nt. C.J.H. Brunner (*Frenkel/KRO*). A.A. Quaedvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid*, 1992, p. 13 schetst een genuanceerder beeld. Dit punt speelt in deze zaak volgens mij niet, zodat ik het verder laat rusten.

⁷ Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, 2005, 7.14.

van het gemene recht⁸, met name die van een eigenaar van een stoffelijk exemplaar van een werk. De persoonlijkheidsrechten beschermen dan ook hoofdzakelijk de band tussen de maker en het werk en niet het werk als zodanig of de reputatie van de maker als zodanig⁹. Evenmin beschermen deze rechten de economische belangen van de maker¹⁰.

2.6 Art. 25 Aw kent een wordingsgeschiedenis die is beïnvloed door wijzigingen in de Berner Conventie, maar deze begint eerder nationaalrechtelijk, waarvoor het in Nederland volstaat om terug te gaan tot 1912¹¹. Er gold aanvankelijk een algemeen verzetsrecht van de auteur tegen wijzigingen van het werk, met als drempel een redelijkheidstoets: geen verzet mogelijk tegen wijzigingen waar een auteur zich redelijkerwijs niet tegen kan verzetten. Dit verzetsrecht gold om praktische redenen categorisch niet voor bouwwerken (en werken van toegepaste kunst). Het toen ingevoegde art. 25 Aw luidde toen zo, voor zover voor onze zaak van belang¹²:

“1. Geene wijziging mag in eenig werk (...), met uitzondering van bouwwerken, worden aangebracht zonder toestemming van dengene, wien het auteursrecht daarop toekomt.

(...)

3. De bepaling van het eerste lid is niet van toepassing ten aanzien van wijzigingen van zoodanigen aard, dat de maker of zijne rechtverkrijgenden te goeder trouw hunne toestemming daartoe niet zouden mogen weigeren.”

Dit aanvankelijke stelsel is in de parlementaire geschiedenis als volgt toegelicht:

“Met het auteursrecht staat in nauw verband het recht om het werk te beschermen tegen wijzigingen, die de eigenaar of anderen, om de verkoopwaarde te verhoogen of om welke reden ook, daarin zouden willen aanbrengen. Zonder toestemming van dengene, wien het auteursrecht toekomt, behoort zulks niet te kunnen geschieden, vermits toch de omvang, de waarde, van het auteursrecht bepaald wordt door de gestalte, die de maker aan het werk heeft toegekend. Hier raakt de wetgever wel een zeer ideële zijde van het auteursrecht, zozeer dat den maker van het werk het recht behoort te verblijven zich tegen het aanbrengen van wijzigingen te verzetten (...)

Moet dit alles nu gelden voor alle werken, waarop auteursrecht bestaat, en voor alle wijzigingen, van welken aard ook? In beginsel zeker, doch de practijk belet het gestreng doortrekken van die lijn. Geschiedde dit wél, dan zou het bezit van bepaalde soorten van

⁸ S. Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912, 1988, p. 287. Vgl. S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond*, 2006, p. 586-587; S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, 1987, p. 456 en Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 2017, p. 365 (Dietz/Peukert).

⁹ Hugenholtz/Quaedvlieg/Visser, *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 324 met nadere verwijzingen in voetnoot 23.

¹⁰ S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights; The Berne Convention and Beyond* (vol I), 2006, p. 599.

¹¹ Zie over rechten van de maker van een werk in de Auteurswet 1881 en de periode tussen die wet en de wet van 1912: Hugenholtz/Quaedvlieg/Visser, *A century of Dutch copyright law*, 2012, p. 311.

¹² Stb. 1912, 308.

werken zoo bezwaarlijk worden, dat de makers daarvan den noodlottigen terugslag van zoo gestrengte bepalingen zouden ondervinden. Met name behoort de regel niet te gelden voor bouwwerken en werken van kunstnijverheid, waar het gebruik van het werk een te belangrijke factor is om den eigenaar niet vrij te laten beschikken omtrent het aanbrengen van de wijzigingen, die hem wenselijk toeschijnen.

(...)

Maar ook ten aanzien van die meer bevoorrechte werken kan niet iedere wijzigingen afhankelijk worden gesteld van het goedvinden des makers. In de gevallen, genoemd in het laatste lid van het artikel, behoort de eigenaar vrijelijk te kunnen beslissen.”¹³

en:

“Bij werken van kunstnijverheid geldt hetzelfde als bij bouwwerken; in den regel primeert het praktisch, het nuttig, karakter boven het artistieke; de toepassing van de beginselen van het artikel op deze werken zoude in de praktijk vaak tot onoverkomelijke moeilijkheden aanleiding geven.”¹⁴ (Onderstrepingen A-G)

2.7 Interessant voor onze zaak is de wordingsgeschiedenis van de redelijkheidsuitzondering in het geciteerde derde lid. Die wijkt af van het oorspronkelijk ontwerp daarvoor. Daarin was namelijk voorzien in een uitzondering voor wijzigingen die het *noodzakelijk gevolg waren van veranderingen in de bestemming of het gebruik van het werk of van een zaak waarvan het werk deel uitmaakt*. Dat vond men een te ver gaande beperking ten detrimente van de auteur; dat zou onvoldoende de ideële rechten van de maker waarborgen¹⁵.

2.8 Wat hierin opvalt met een schuine blik op de huidige tekst van art. 25 Aw is dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen wijziging en aantasting, maar alleen sprake is van het genusbegrip wijziging, dat een redelijkheidsdrempel geldt voor het verzetsrecht en dat in de wettekst zelf geen sprake is van een reputatieschade-element.

2.9 Aantastingselementen en reputatieschade komen pas naar voren in art. 6bis BC als uitvloeisel van de in 1928 te Rome herziene Berner Conventie. In die herziening van Rome werd een bepaling over “droit au respect” geïntroduceerd in art. 6bis lid 1 BC, in de authentieke Franse en Engelse tekst¹⁶ en in de Nederlandse vertaling voor zover voor ons van belang zo luidend¹⁷:

¹³ Kamerstukken II 1911-1912, 227, nr. 3 (MvT), p. 11-12.

¹⁴ Kamerstukken II 1911-1912, 227, nr. 5 (MvA), p. 38.

¹⁵ Handelingen der Staten-Generaal 1911-1912, 4 juli 1912, p. 3071-3072. Zie ook F.W.J.G. Snijder van Wissenkerke, Het auteursrecht in Nederland, Gouda 1913, p. 261. S. Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912, Arnhem 1988, p. 299 interpreteert dit aldus dat volgens de toelichting op het amendement principieel alle wijzigingen verboden zijn en dat met de “tenzij”-clausule tegen chicanes wordt gewaakt. Dat hieruit blijkt dat men zelfs in 1912 al vond dat een bestemmingswijziging een goede grond is waarom de auteur zijn recht van verzet niet kan uitoefenen, zoals plta cass De 4 Jaargetijden in vt. 26 bepleit, lijkt mij dan ook niet juist; dit vond men toen juist de ideële rechten van de auteur te veel uithollen.

¹⁶ Frans en Engels zijn de authentieke talen (art. 37 lid 1 sub a BC, Reinbothe/Von Lewinsky, The WIPO Treaties on Copyright, par. 7.24.7, onder verwijzing naar o.m. S. Ricketson en J.C. Ginsburg, International Copyright and

“Indépendamment des droits patrimoniaux d’auteur, et même après la cession desdits droits, l’auteur conserve le droit (...) de s’opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de ladite oeuvre, qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa reputation”.

“Independently of the author’s copyright, and even after the transfer of the said copyright, the author shall have the right (...) to object to any distortion, mutilation or other modification of the said work which would be prejudicial to his honor or reputation.”

“Onafhankelijk van de vermogensrechtelijke auteursrechten en zelfs na afstand van die rechten, behoudt de auteur (...) het recht om zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging van dat werk, die nadeel zou kunnen brengen aan zijn eer of goeden naam.”

Een voorstel dat het in Rome niet heeft gehaald is om, in plaats van de zinsnede “which would be prejudicial to his honor or reputation” op te nemen “which would be prejudicial to his moral interests”. Dat laatste werd te vaag gevonden¹⁸.

2.10 Het lijkt erop dat de toenmalige Nederlandse wetgever in de eerste plaats het element gekwalificeerde wijziging in de vorm van misvorming of verminking al “inlas” in de bestaande, nog niet aangepaste tekst van art. 25 Aw, die we hiervoor hebben gezien, waarin alleen sprake is van het genusbegrip “wijziging” en in de tweede plaats het nieuwe element reputatieschade uit de BC een stringentere eis vond dan de Nederlandse redelijkheidsdrempel uit art. 25 lid 3 Aw, welke laatste bepaling de maker op dit punt meer bescherming bood. Volgens de wetgever voldeed het toenmalige art. 25 Aw namelijk al aan art. 6bis BC in de versie uit 1928, behalve op het punt van de categorische uitzondering voor bouwwerken en met dien verstande dat de Nederlandse redelijkheidsdrempel een verdergaande bescherming aan de auteur bood dan de reputatieschade-eis uit de Berner Conventiebepaling, hetgeen onder het BC-regime was toegestaan. In de parlementaire geschiedenis is één en ander namelijk zo toegelicht:

“Wat het recht sub *b* betreft [sc. het recht zich te verzetten tegen wijzigingen in het werk, die de eer of den goeden naam van den auteur zouden kunnen schaden]: dit wordt geregeld in art. 25, leden 1 en 3, der wet. Zelfs is onze wet in hare bescherming van den auteur iets

Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond, 2006, par. 5.12). Bij verschillen in interpretatie van beide teksten heeft de Franse tekst voorrang (art. 37 lid 1 sub c BC).

¹⁷ Vgl. voor de Franse tekst bijv. Kamerstukken II 1930-1931, 254, nr. 2 (voorstel van wet), p. 4, voor de Engelse tekst bijv. S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond*, 2006, p. 592 en, voor de Nederlandse vertaling: Kamerstukken II 1930-1931, 254, nr. 4 (bijlage bij de MvT), p. 12. Een uitgebreid verslag van de totstandkomingsgeschiedenis van dit art. 6bis BC is te vinden in S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond*, 2006, p. 590-594 en S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, 1987, p. 459-462.

¹⁸ S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond*, 2005, p. 592-593; A. Baum, *Die Brüsseler Konferenz zur Revision der Revidierten Berner Übereinkunft*, GRUR 1949, nr. 1/2, p. 12.

minder beperkt, daar volgens de Conventie de auteur slechts tegen kan houden eene wijziging, welke zijne eer of goeden naam zou kunnen schaden, terwijl art. 25, laatste lid, der wet spreekt van wijzigingen, van zoodanigen aard, dat de maker of zijne rechtverkrijgenden te goeder trouw hunne toestemming daartoe niet zouden mogen weigeren.

Echter is art. 25 der wet niet van toepassing ten aanzien van bouwwerken en werken van op nijverheid toegepaste kunst. De werken van op nijverheid toegepaste kunst worden krachtens de Conventie (art. 2, laatste lid) slechts beschermd voorzover de nationale wet dit toelaat. Die uitzondering kan dus blijven bestaan. Doch met het oog op de Conventie is het beter de uitzondering voor bouwwerken te doen vervallen. Van groote praktische beteekenis zal dit niet blijken. In art. 25, lid 1, der Auteurswet zullen dus de woorden "met uitzondering van bouwwerken," moeten vervallen."¹⁹

en:

"De uitzondering voor bouwwerken in art. 25, lid 1, der Auteurswet kan niet worden gehandhaafd, nu art. 6bis der herziene conventie eene uitzondering voor deze werken niet kent. Het vervallen der uitzondering in de Auteurswet brengt echter niet mede, dat men nooit een huis zal mogen verbouwen, zoolang de architect daartegen bezwaar heeft. Want het verbod tot verbouwing geldt niet ten aanzien van verbouwingen van zoodanigen aard, dat de maker (of zijne rechtverkrijgenden) te goeder trouw zijne toestemming niet zou mogen weigeren (laatste lid van art. 25). In het oorspronkelijke wetsontwerp, dat de Auteurswet 1912 is geworden, was het laatste lid (toen nog art. 23) stringenter. Daar dit door aanneming van een amendement-Drucker soepeler is geworden (Handelingen Tweede Kamer 1911-1912, p. 3071), bestaat er thans geen overwegend bezwaar de uitzondering voor bouwwerken te doen vervallen, nu dit met het oog op de herziene conventie noodig is."²⁰ (Onderstrepingen A-G)

Waarom de redelijkheidsdrempel hier volgens de wetgever "iets minder beperkt" is dan de reputatieschade-toets uit de Conventie, wordt niet uiteengezet. Het is gelet op de gekozen woorden "iets minder beperkt" kennelijk een dun onderscheid.

We zien hier verder dat de opgenomen categorische uitsluiting van persoonlijkheidsrechtsbescherming voor bouwwerken als het ware achteraf als min of meer overbodig wordt weggeredeneerd vanwege, of gelet op, het minder beperkende art. 25 lid 3 Aw ten opzichte van het oorspronkelijke lid 3 uit het ontwerp wetsvoorstel (vgl. hiervoor in 2.7: uitsluiting van wijzigingen die het noodzakelijk gevolg waren van veranderingen in bestemming of gebruik werd te beperkend gevonden voor de "droits moreaux"-bescherming van de maker.) Nu dat door genoemd amendement Drucker was verzacht tot wijzigingen waartegen naar redelijkheid geen verzet mogelijk is, bracht dat kennelijk het voortschrijdend inzicht van de wetgever mee dat de uitsluiting voor bouwwerken kon worden gemist.

Het lijkt er zodoende op dat de toenmalige wetgever het stelsel na invoering van de "droit au respect" bepaling in de Berner Conventie zo begrijpt dat gekwalificeerde wijzigingen in de vorm van verminkingen en misvormingen al onder art. 25 Aw vielen en dat (ook) voor dergelijke gekwalificeerde wijzigingen een redelijkheidstoets geldt bij de vraag of een maker op grond van zijn of haar persoonlijkheidsrecht daar verzet tegen kan doen.

¹⁹ Kamerstukken II 1930-1931, 254, nr. 3 (MvT), p. 9.

²⁰ Kamerstukken II 1930-1931, 254, nr. 9 (MvA), p. 25.

2.11 In 1948 is de Berner Conventie in Brussel opnieuw herzien. Het persoonlijkheidsrecht is daarin – een beetje – verruimd. Na deze herziening kwam art. 6bis lid 1 BC over het “droit au respect” als volgt te luiden²¹ (het cursieve deel is de inhoudelijk nieuwe toevoeging uit 1948):

“Independently of the author’s economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right (...) to object to any distortion, mutilation or other modification of, *or other derogatory action in relation to*, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation.”

De toegevoegde zinsnede luidt in de authentieke Franse tekst: “*ou à toute autre atteinte à la même oeuvre*”.

In de Nederlandse vertaling:

“Onafhankelijk van de vermogensrechtelijke auteursrechten, en zelfs na de overdracht van die rechten, behoudt de auteur het recht (...) om zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging van dat werk, *of tegen elke andere aantasting daarvan*, die nadeel zou kunnen toebrengen aan zijn eer of zijn goede naam.”

Een ook in Brussel gedaan voorstel om in plaats van “or any other derogatory action in relation to the said work” - toe te voegen “utilisations of the work capable of having prejudicial effects”, heeft het niet gehaald, omdat dit te ruim werd bevonden²².

In wezen is hier met betrekking tot het “droit au respect”, geen sprake van een stelselwijziging, maar van een betrekkelijk geringe verruiming met een categorie “of elke andere aantasting van”.

2.12 Art. 25 Aw is naar aanleiding van deze herziening van de Berner Conventie aangepast op een wijze die gelet op de parlementaire geschiedenis bij de aanpassing naar aanleiding van de vorige in Rome in 1928 gewijzigde Berner Conventie nogal verbaast²³:

“De maker van een werk heeft (...) de volgende rechten:

(...)

b. het recht zich te verzetten tegen elke andere wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;

c. het recht zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere aantasting van het werk, welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid.”

²¹ Zie http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=278722

²² S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights; The Berne Convention and Beyond*, 2005, p. 594-596; A.A. Quaadvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid*, Zwolle 1992, p. 9, vt. 19. Vgl. ook S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, 1987, p. 462-466.

²³ Zie voor het verschil tussen art. 25 (oud) Aw en art. 25 (nieuw) Aw Kamerstukken II 1964-1965, 7877, nr. 4 (bijlage bij de MvT), p. 7. De wetwijziging is uiteindelijk pas in werking getreden in 1973 (Stb. 1972, 579).

2.13 Ik merk hier alvast op dat deze “sub b” en “sub c” -bepalingen later (alleen nog) zijn vernummerd tot respectievelijk de huidige “sub c” en “sub d” bepalingen, dus dit zijn de ook voor ons nu relevante bepalingen over wijziging en aantasting.

Wat gebeurt hier? Deze wijziging bevreemdt in het licht van de hiervoor besproken parlementaire geschiedenis rond de vorige wijziging “post 1928”. We zagen daar immers dat op grond van het oude art. 25 leden 1 en 3 Aw een redelijkheidstoets werd aangenomen ook voor de categorie “misvorming, verminking of andere wijziging”, terwijl ook constitutief daarvoor was een reputatieschade-element, zij het dat de redelijkheidsdrempel gunstiger werd geacht voor de auteur. Nu wordt er een cesuur aanbracht voor wijzigingen, waarvoor het oude stelsel van art. 25 leden 1 en 3 Aw blijft gelden, dus met een redelijkheidsdrempel enerzijds (maar niet met het reputatieschade-element?), en de uit de vorige wijziging bekende categorie (waar de redelijkheidsdrempel voor opgeld deed volgens de wetgever) misvorming en verminking, zij het nu uitgebreid met de nieuwe categorie “post 1948” van andere aantasting, waarvoor wel het reputatieschade-element constitutief is. Bij deze wens om het oude art. 25 leden 1 en 3 Aw te behouden en te combineren met de nieuwe elementen “post 1948” lijkt niet helder voor ogen te hebben gestaan dat dat voor een deel van die “post 1948” categorie, namelijk de misvorming en verminking “post 1928”, al geacht werd te vallen onder het oude art. 25 leden 1 en 3 Aw volgens de parlementaire geschiedenis “post 1928” – en dus volgens de toenmalige wetgever onderhevig was aan een redelijkheidsdrempel. De nu toegebrachte cesuur wijkt daar van af en maakt het stelsel bijzonder moeilijk te doorgronden. Te meer, omdat de nieuw ingevoegde categorie van wat nu “sub d” is, dus aantasting, zoals we zullen zien uitsluitend wordt onderbouwd in de toelichtende stukken als ingegeven door de nieuwe toevoeging “ou à toute autre atteinte à la même oeuvre” uit de Brusselse wijziging uit 1948, terwijl in die “sub d”-bepaling ook de al uit de wijziging van 1928 bekende elementen misvorming en verminking zaten, waarvoor blijkens de parlementaire geschiedenis “post 1928” een redelijkheidsdrempel gold, die nu lijkt te zijn verwijderd.

De relevante toelichtende passages hierover in de wetsgeschiedenis “post 1948” zijn namelijk de volgende²⁴:

“De bepalingen over het “droit moral”, die bij de herziening van Rome in de Berner Conventie werden opgenomen (artikel 6bis), hebben in Brussel enige wijzigingen ondergaan, waarvan de belangrijkste is, dat dit recht gedurende het leven van de auteur niet meer blootgesteld is aan beperkende bepalingen, die het nationale recht daaromtrent mocht bevatten. Ook werd de omvang van het recht volgens de Conventie – zij het in geringe mate – uitgebreid.

Een en ander heeft tot gevolg, dat de corresponderende bepalingen der Auteurswet (in het bijzonder artikel 25), die met die van artikel 6bis der Conventie, zoals dit te Rome werd vastgesteld, voldoende in overeenstemming waren, thans wijziging en aanvulling behoeven. De ondergetekenden hebben gemeend, dat dit het beste kan geschieden door het huidige artikel 25 te vervangen door een nieuw artikel, waarin nauwere aansluiting wordt gezocht bij de regeling van het “droit moral”, zoals dit is geregeld in artikel 6bis der Berner Conventie.

²⁴ Kamerstukken II 1964-1965, 7877, nr. 3 (MvT), p. 9-10.

(...)

Het voorgestelde artikel 25 (nieuw) behelst een samenvatting van de door het tegenwoordige artikel 25 Auteurswet en het te Brussel herziene 6bis der Conventie aan de maker toegekende rechten. (...)

Lid 1 onder b. Deze bepaling beantwoordt aan het tegenwoordige eerste en derde lid van artikel 25 Auteurswet.

Lid 1 onder c. Deze bepaling vloeit voort uit de invoeging te Brussel in artikel 6bis der Conventie van de woorden "ou à toute autre atteinte à la même oeuvre". Zulks een "aantasting" waarbij aan het werk zelf niets behoeft te zijn veranderd, kan bijvoorbeeld voorkomen, indien het wordt gepubliceerd in een vorm of in een omgeving van min allooi, zó dat het de reputatie van de maker nadeel zou kunnen berokkenen. Ten einde beter aan te sluiten bij artikel 6bis der Berner Conventie worden misvorming en verminking van een werk in het ontwerp uitdrukkelijk genoemd. Ondergetekenden menen dat niet moet worden volstaan met "de eer of de naam" van de maker, welke woorden een letterlijke vertaling van in het eerste lid van artikel 6bis der Conventie voorkomende termen vormen. De toevoeging van de woorden "of aan zijn waarde in deze hoedanigheid" past volkomen bij de strekking der bepaling. (...)"

(Onderstrepingen A-G)

2.14 De parlementaire geschiedenis is hier volgens mij "less than helpful" zoals de Engelsen zouden zeggen. De inhoudelijke wijziging die in art. 25 Aw "post 1948" is aangebracht, lijkt met name ingegeven door invoeging van de nieuwe zinsnede "of elke andere aantasting" uit art. 6bis lid 1 BC in de Brusselse versie – en de kennelijke wens om het oude Nederlandse regime van verzetsrecht tegen wijzigingen, tenzij onredelijk te behouden en te combineren met het nieuwe Conventieregime. Dat had ook nog wel fatsoenlijk gekund denk ik (anders en beter dan in feite is gebeurd dan wel te verstaan), al schets ik in 2.16 een nog veel simpeler route, waarbij deze combi helemaal gemist had kunnen worden.

Nieuw is echter ook het onderscheid dat de Nederlandse wetgever maakt tussen "wijzigingen" vallend onder b enerzijds en "misvormingen, verminkingen en andere aantastingen" vallend onder c anderzijds (zie nader onder 2.16 e.v.). Misvormingen en verminkingen kwamen ook al in het in 1928 ingevoegde (dus pre-1948) art. 6bis BC voor, maar werden toen volgens de wetgever geacht te vallen onder het alomvattende begrip "wijzigingen" uit het oude art. 25 Aw – met redelijkheidsdrempel.

Daar komt nog bij dat de Nederlandse wetgever de reputatieschadeterm uit de gewijzigde Berner Conventie niet letterlijk lijkt om te zetten (aantasting die nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of goede naam van de auteur) vanwege de toevoeging dat reputatieschade ook kan bestaan wanneer *nadeel kan worden toegebracht aan de waarde van de maker in die hoedanigheid*.

Dit alles maakt het Nederlandse stelsel moeilijk te doorgronden. Ik deel dan ook niet de visie van De 4 Jaargetijden (plta cass 3.9) dat hiermee sprake zou zijn van "een logisch en sluitend systeem".

2.15 Ik memoreer nog dat zowel art. 6bis lid 1 BC als art. 25 lid 1 Aw hierna niet meer zijn gewijzigd. Er is als gezegd alleen een “hernummering” geweest in art. 25 lid 1 Aw, waardoor het oude “b” is vernummerd naar “c” en het oude “c” naar “d”.

Het onderscheid tussen wijzigingen “sub c” en aantasting “sub d”

2.16 Zetten wij ons op het glibberige pad van een nadere analyse. Glibberig met name, omdat het mogelijk zonder bezwaar eenvoudiger had gekund. Als eenduidig de wens was gevolgd om aan te sluiten bij het “post 1948” Conventieregime van art. 6bis BC, dan had simpelweg dit kunnen volstaan: art. 25 leden 1 en 3 Aw oud schrappen met daarvoor in de plaats een bepaling die alle elementen uit het nieuwe art. 6bis BC ondubbelzinnig verwoordt, dus: de maker heeft een *recht van verzet tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging van het werk, of tegen elke andere aantasting daarvan, alles voor zover dit de maker reputatieschade toebrengt*. Was dat maar gebeurd – desgewenst met een regeling dat er een ondergrens is van onredelijk verzet (maar zou dat niet ook al gelden bij een juist uitgevoerde reputatieschade-toets of op grond van het commune recht?) en een bovengrens dat afstand kan worden gedaan van verzet tegen wijzigingen nodig voor een richtige commerciële exploitatie. Dat zou een heldere bepaling zijn geweest die volgens mij tot minder moeilijkheden had geleid dan de door de wetgever toen ingeslagen in mijn optiek onvolkomen doordachte weg.

De Nederlandse wetgever heeft in art. 25 Aw toen namelijk een onderscheid gemaakt tussen “wijzigingen” van het werk “sub c” en “misvormingen, verminkingen of andere aantastingen” “sub d”. *Zo’n onderscheid zit helemaal niet in art. 6bis lid 1 BC* – die bepaling is overduidelijk wel gezien, maar als het ware *uit elkaar getrokken* in een eerste poot “wijzigen” gekoppeld aan de oud-vaderlandse redelijkheidstoets waar men aan bleef hechten en een tweede poot “aantasten” met subcategorieën “misvormen” en “verminken” erbij (maar *dus niet: “andere wijziging”* (dan misvormen of verminken), zoals art. 6bis BC die trits wel completeert), waarvoor het reputatieschadevereiste geldt.

Die route maakt de zaken nodeloos ingewikkeld, hoewel zij mogelijk lijkt ingegeven door de wens exploitatie van werken niet te bemoeilijken. Bij afstand kunnen doen van het recht van verzet tegen wijzigingen hoeft een exploitant niet voor elke mineure wijziging terug naar de maker – maar onbeperkt afstand doen gaat dan weer te ver²⁵. Zo duidelijk als bepleit door

²⁵ Zo ook plta cass De 4 Jaargetijden 3.9 onder verwijzing naar Kamerstukken II 1964/65, 7877, nr 3 (MvT), p. 10, r.k.: “Zou men iedere afstand van deze rechten onmogelijk maken, dan zou dit het rechtsverkeer op het gebied van auteursrechten bemoeilijken. De exploitanten zouden dan immers voor iedere wijziging de medewerking van de maker (...) nodig hebben, hetgeen geredelijk zou kunnen leiden tot het verlangen van extra geldelijke vergoedingen voor dezen. Uiteraard zou de exploitant daarmee reeds bij voorbaat rekening houden, en bij het sluiten van het exploitatiecontract zich tot een geringere tegenprestatie verbinden dan wanneer hij eker weet, dat hij daarmee de volledige zeggenschap over het werk zou verwerven. Ook voor de makers zelf zou zodanige regeling dan ook uiteindelijk geen voordeel opleveren. Aan de andere kant zou een regeling, waarbij de maker rechtsgeldig afstand zou kunnen doen van zijn hier bedoelde rechten in hun geheel, ongetwijfeld leiden tot standaardclausules in exploitatiecontracten, welke zodanige afstand inhouden. Daarmee zou de regeling van het onderhavige artikel alle praktische betekenis verliezen.” Vgl. ook

De 4 Jaargetijden en de aangehaalde feestbundel 100 jaar auteursrecht lijkt mij de steun voor deze gedachte in de parlementaire geschiedenis nu ook weer niet²⁶ - en sowieso dwingt dat niet om voor afzonderlijke “sub c”- en “sub d”-bepalingen te kiezen²⁷, zoals in de huidige wetstekst. Dat blijft nogal problematisch. [(repliek in cassatie 1) ziet als reden voor het onderscheid “sub c” en “sub d” niet de mogelijkheid van afstand doen, maar het ontbreken van een redelijkheidstoets in de Berner Conventie. Ook dit volgt volgens mij niet duidelijk uit de parlementaire geschiedenis (ik zie dat ook niet terug in de bij repliek in cassatie onder 1 geciteerde passage uit de MvT).

De Nederlandse wetgever heeft zich bij het maken van het onderscheid “sub c” en “sub d” kennelijk bovendien niet gerealiseerd wat men al in de “post 1928” parlementaire geschiedenis, dus bij de vorige aanpassing aan art. 6bis BC, versie 1928, over de daaruit overgewaaide elementen verzet tegen misvorming, verminking of andere wijziging, gekoppeld aan het reputatieschadevereiste had gezegd destijds als wetgever – namelijk: dat dat nota bene al onder het oude art. 25 Aw viel, zij het met een ruimhartiger regime voor de auteur in de Nederlandse wet vanwege de redelijkheidstoets in plaats van het reputatieschadevereiste, hetgeen gelet op het regime van minimum-bescherming uit de Conventie geen probleem was.

Nu zitten we wel een beetje met deze gebakken peren.

2.17 De parlementaire geschiedenis van de Auteurswet en die wet zelf maken bovendien niet duidelijk wanneer sprake is van een “wijziging” en wanneer van een “misvorming, verminking of andere aantasting” (dus het hoofdbegrip is hier: “aantasting”²⁸). Tekstueel lijkt een “wijziging” minder ingrijpend dan een “aantasting” van het werk²⁹. Waar exact de grens ligt tussen wijziging en aantasting is onduidelijk. In de literatuur is het verschil aangeduid als

Hugenholtz, Quaedvlieg, Visser (red.), *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 341 die wijzen op 3 gradaties wijzigingen in ons stelsel: a) wijzigingen waartegen redelijkerwijs geen verzet mogelijk is, b) wijzigingen waartegen dat verzet wel mogelijk is, tenzij afstand van dat recht is gedaan en c) verminkende wijzigingen die reputatieschade kan veroorzaken en waarbij geen afstand kan worden gedaan van het recht van verzet daartegen.

²⁶ Vgl. MvT over afstand van dit recht: “De ontworpen tekst gaat uit van de gedachte, dat het mogelijk moet zijn rechtsgeldig afstand te doen van zekere onderdelen der hier bedoelde rechten, en wel van die onderdelen, waarbij het belang van een exploitatie relatief het zwaarst en de eer en de naam van de maker relatief het minst zwaar wegen. Het derde lid bepaalt daarom, dat wel rechtsgeldig afstand kan worden gedaan van de bevoegdheid om op te komen tegen wijzigingen in het werk en in de benaming daarvan. Natuurlijk is niet elke zodanige afstand geldig: hij is dit niet, indien hij in strijd komt met de openbare orde of de goede zeden dan wel de desbetreffende overeenkomst een geoorloofde oorzaak mist. Tot misvormingen, verminkingen en andere nadelige aantastingen van het werk of veranderingen in de aanduiding van de maker kan echter in geen geval bij voorbaat toestemming worden verleend.”, Kamerstukken II 1964/1965, 7877, nr. 3 (MvT), p. 10.

²⁷ In art. 25 lid 3 staat dat afstand van het recht onder c kan worden gedaan “voor zover het wijzigingen in het werk of in de benaming daarvan betreft”. Eenzelfde zinsnede had opgenomen kunnen worden indien de rechten onder c en onder d waren samengevoegd in een bepaling.

²⁸ Verkade, *T&C Intellectuele eigendom*, 2016, art. 25 Aw, aant. 4.

²⁹ Vgl. R.L. du Bois, *Een overspanning van de auteursrechtgedachte*, AMI 2000, p. 99 die “misvormingen” en “verminkingen” aanduidt als ingrijpende wijzigingen die dermate ernstig zijn dat ze voor de onbevangen toehoorder of toeschouwer een volstrekt verkeerd beeld kunnen geven van wat de maker met het werk bedoeld heeft.

gradueel van aard³⁰, als sterk afhankelijk van subjectieve perceptie³¹ en als zeer moeilijk, zo niet onmogelijk objectief, laat staan in het algemeen vast te stellen³².

2.18 Dat niet duidelijk is waar de grens ligt tussen wijziging en aantasting kan tot problemen leiden omdat het niet (steeds) zonder belang is of sprake is van een geval “sub c” of “sub d”. Zo bepaalt art. 25 lid 3 Aw als gezegd dat de maker afstand kan doen van zijn recht “sub c” om zich tegen wijzigingen te verzetten, maar dat kan bij aantasting “sub d” niet. Verder blijkt uit de tekst van de wet dat het bij een wijziging gaat om een wijziging *in* het werk zelf, terwijl het bij aantasting (ook) kan gaan om aantasting *van* het werk, waaronder blijkens de gegeven toelichting situaties worden begrepen waarin in het werk zelf niets wordt veranderd, maar het werk op andere wijze wordt aangetast³³, terwijl deze gevallen niet onder de eerste categorie lijken te kunnen worden begrepen. Ook lijkt de aan te leggen maatstaf te verschillen naarmate het gaat om verzet “sub c” of “sub d”. In “sub c” is immers bepaald dat verzet mogelijk is tenzij dat, gelet op de aard van de wijziging, *in strijd met de redelijkheid is*, terwijl je in de “sub d” redactie leest dat verzet mogelijk is tegen aantastingen, *welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid*³⁴.

Toetsingsmaatstaf “sub c”

2.19 Uit de parlementaire geschiedenis van art. 25 Aw (als besproken in 2.6 tot en met 2.14) blijkt dat het huidige “sub c” een nationale oorsprong heeft, daterend van vóór de invoering van art. 6bis lid 1 BC. Op het moment dat art. 6bis lid 1 BC van kracht werd (toen nog alleen bepalend dat de maker het recht heeft zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging van dat werk die nadeel zou kunnen brengen aan zijn eer of goede naam) werd het al bestaande art. 25 Aw gezien als een voldoende implementatie van die Conventiebepaling. Dat de toets die op dat moment in art. 25 Aw was opgenomen – strijd met de redelijkheid³⁵ – afweek van de toets uit art. 6bis lid 1 BC – mogelijk nadeel aan

³⁰ Spoor/Verkade/Visser, Auteursrecht, 2005, p. 372.

³¹ Verkade, T&C Intellectuele Eigendom, 2016, art. 25 Aw, aant. 4.

³² Ch. Gielen (red), Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht, 2017, p. 535-536.

³³ Vgl. de onder 2.13 geciteerde parlementaire geschiedenis en S. Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912, 1988, p. 302.

³⁴ H.S.M. Kruijer, Het persoonlijkheidsrecht van de auteur – Een reconstructie van de zaak Miletic (II, slot), WPNR 2000/6419, par. 4 formuleert het als volgt: “Indien door een ingreep in een auteursrechtelijk beschermd werk, van welke aard dan ook – wijziging, vernietiging etc, mits effect uitoefenend op de integriteit van het werk (...) – tevens de reputatie van de maker – dat wil zeggen: diens eer en/of goede naam – wordt geschaad, dan houdt dit een aantasting – in de zin van art. 25 lid 1 sub d Aw – in. Tegen zo’n aantasting kan de maker zich zonder meer verzetten. Anders – dat wil zeggen: de ingreep houdt niet een dergelijke aantasting in en valt dan te kwalificeren als een wijziging in de zin van art. 25 lid 1 sub c Aw – kan de maker zich daartegen eveneens verzetten, doch alleen mits zulks niet onredelijk is en mits de maker van deze bevoegdheid geen afstand heeft gedaan.”

³⁵ Inhoudelijk bestaat er geen verschil tussen de toets aan de redelijkheid (huidige art. 25 lid 1, aanhef en onder c, Aw) en de toets aan de billijkheid (art. 25 lid 3 (oud) Aw).

de eer of goede naam van de maker, dus reputatieschade – is daarbij uitdrukkelijk onder ogen gezien door de Nederlandse wetgever, die constateerde dat de toets van art. 25 Aw de maker méér bescherming bood dan art. 6bis lid 1 BC (hetgeen onder de Berner Conventie is toegestaan, nu dit minimum-harmonisatie³⁶ betreft).

2.20 In het kader van art. 25 lid 1 sub c Aw heeft de maker bij wijziging in het werk het recht zich tegen die wijziging te verzetten, tenzij dat verzet in strijd zou zijn met de redelijkheid. Daarmee heeft de Nederlandse wetgever beoogd bij een wijziging *in* het werk méér bescherming te bieden aan de maker dan uit art. 6bis lid 1 BC voortvloeit en de Berner Conventie maakt zo'n verdergaande bescherming ook mogelijk. Dat betekent volgens mij dat de "sub c" bepaling zo moet worden uitgelegd dat de maker niet alleen het recht heeft zich tegen een wijziging in dat werk te verzetten als die wijziging nadeel zou kunnen toebrengen aan zijn eer of goede naam (de maatstaf uit art. 6bis lid 1 BC), maar dat de maker daarnaast óók het recht heeft zich te verzetten tegen wijzigingen in het werk die zo'n reputatie-aantasting niet meebrengen, tenzij dat verzet in strijd is met de redelijkheid³⁷. Of dit in de praktijk verschil maakt wordt in de literatuur wel betwijfeld³⁸. Gelet op de aan te leggen maatstaf – strijd met de redelijkheid – biedt de wijzingsbepaling "sub c" ruimte voor een belangenafweging³⁹.

Dat de bedoeling zou zijn van de Nederlandse wetgever art. 6bis BC "in art. 25 Aw te implementeren" en art. 25 Aw "aldus moet worden uitgelegd in het licht van, en in lijn met art. 6bis BC", wat weer zou betekenen, nu de Berner Conventie geen redelijkheidsdrempel kent, maar alleen een reputatieschadetoets, dat die laatste toets "dus ook leidend moet zijn voor de uitleg sub c", zoals D... stelt (plta cass 36-37), is mij een aantal stappen te ver. In de eerste plaats blijkt de hier gegeven uitleg aan de intentie van de wetgever helemaal niet en in de tweede plaats is hier geen sprake van een plicht tot Conventieconforme uitleg van de minimumregels uit de BC, als de Nederlandse regels ("sub c" met de gehandhaafde oud-

³⁶ http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html en M. Nimmer, *International Copyright Law and Practice*, 2017, p. 141; M.T. Sundara Rajan, *Moral Rights*, 2011, p. 233-234.

³⁷ Ik merk op dat deze maatstaf ook qua stelplicht en bewijslast voor de maker gunstiger is dan de maatstaf uit art. 6bis lid 1 BC, omdat het (gelet op de tenzij-constructie) aan de wederpartij van de maker is om feiten en omstandigheden te stellen – en zo nodig te bewijzen – die maken dat het verzet van de maker in strijd is met de redelijkheid.

³⁸ Vgl. H.S.M. Kruijer, *Het persoonlijkheidsrecht van de auteur – Een reconstructie van de zaak Miletic (II, slot)*, WPNR 2000/6419, par 5.2 en 5.3. Anders Quaedvlieg, die betoogt dat het overbodig is om naast het verbod van aantasting ook het verbod van het aanbrengen van wijzigingen op te nemen, nu, wanneer kan worden gesproken van een wijziging waartegen de auteur zich in redelijkheid kan verzetten, óók sprake is van een aantasting die nadeel toebrengt: A.A. Quaedvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid*, 1992, p. 11. Dat lijkt mij ook en zou bij de eenvoudigste route geschetst in 2.16 het stelsel zijn geweest. Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, p. 373 betwijfelen of er *praktisch* verschil bestaat tussen de toets "sub c" en "sub d". Grosheide noemt het onderscheid tussen een wijziging met redelijkheidstoetsing "sub c" en een aantasting van reputatie "sub d" "gekunsteld" en bepleit dat dit onderscheid moet komen te vervallen en in alle gevallen uit moet worden gegaan van toepassing van de redelijkheid en billijkheid, vlg. F.W. Grosheide, *Opmerkingen over de juridische bescherming van architectuur bij en naar aanleiding van de De Bovenlanden- en Naturalis-uitspraken*, IER 2017/33, nr. 27.

³⁹ Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, p. 370.

vaderlandse redelijkheid drempel) welbewust worden gehandhaafd naast de uitbreiding met het gewijzigde BC-regime. Dit standpunt van C... lijkt mij zodoende getuigen van een onjuiste rechtsopvatting.

Toetsingsmaatstaf "sub d"

2.21 Bij de invoering van aantastingsbepaling "sub d" heeft de Nederlandse wetgever – behalve de toevoeging "of aan zijn waarde in deze hoedanigheid" – niet meer of anders voor ogen gestaan dan de implementatie van het gewijzigde art. 6bis lid 1 BC. In het bijzonder heeft de Nederlandse wetgever geen verdergaande aanspraken aan de maker willen toekennen dan die uit de Berner Conventie bepaling voortvloeien⁴⁰.

2.22 In het algemeen wordt aangenomen dat art. 6bis lid 1 BC – en in het verlengde daarvan ook de Nederlandse "sub d" bepaling over aantasting – twee eisen stelt waaraan moet zijn voldaan voordat aan de maker van een werk het recht van verzet toekomt⁴¹. Er moet sprake zijn van aantasting en van reputatieschade.

2.23 Deze twee vereisten vind men ook terug in de implementatie van art. 6bis lid 1 BC in art. 80 van de Copyright, Designs and Patents Act 1988 in het Verenigd Koninkrijk:

"(1) The author of a copyright literary, dramatic, musical or artistic work, and the director of a copyright film, has the right in the circumstances mentioned in this section not to have his work subjected to derogatory treatment.

(2) For the purposes of this section-

(a) "treatment" of a work means any addition to, deletion from or alteration to or adaptation of the work, other than-

(i) a translation of a literary or dramatic work, or

(ii) an arrangement or transcription of a musical work involving no more than a change of key or register; and

(b) the treatment of a work is derogatory if it amounts to distortion or mutilation of the work or is otherwise prejudicial to the honour or reputation of the author or director;

⁴⁰ HR 6 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7830, RvdW 2004/31, IER 2004/19 m.nt. FWG, BR 2004/79 m.nt. C.A. Adriaansens (*Jelles/Zwolle*).

⁴¹ M. Ficsor, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO*, WIPO Publication 891(E), p. 44: "It is to be noted that the right does not extend to all kinds of alterations of a work, but rather only to those which due to their nature and the way in which they are made and identified, are likely to be prejudicial to the honor or reputation of the author"; S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights; The Berne Convention and Beyond* (vol I), 2006, nr. 10.21 (p. 602) en nr. 10.29 (p. 607); S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, 1988, p. 305; Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, p. 373; A.A. Quaedvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid*, 1992, p. 13-15 en p. 19-20; Verkade, *T&C Intellectuele Eigendom*, 2016, art. 25 Aw, aant. 4.

and in the following provisions of this section references to a derogatory treatment of a work shall be construed accordingly⁴².”

Hierin worden duidelijk de twee vereisten aantasting en reputatieschade onderscheiden. Het moet immers gaan om een “treatment” die “derogatory” is (lid 2 onder a en b)⁴³. Wel valt op dat op basis van de wettekst een “treatment” kwalificeert als “derogatory” indien ofwel sprake is van een “distortion or mutilation”, ofwel het werk op andere wijze nadeel toebrengt aan de eer of reputatie van de maker. Dat lijkt te suggereren dat wanneer sprake is van een “distortion or mutilation” meteen al kan worden aangenomen dat sprake is van een “derogatory treatment” en er dus geen nadere toets aan het nadeel-vereiste nodig is.

2.24 Die suggestie sluit aan bij een stroming in de literatuur die meent dat het “nadeel-vereiste” uit art. 6bis lid 1 BC naar de bedoeling van de deelnemers aan de conferentie van Rome alleen betrekking heeft op “andere wijzigingen” van het werk en dus niet op “misvorming of verminking”⁴⁴. Volgens deze lijn zou er bij misvorming of verminking meteen al een verzetsrecht voor de maker ontstaan⁴⁵. Ricketson en Ginsburg zien in de *travaux*

⁴² In het artikel is – voor zover hier van belang – verder opgenomen:

“(4) In the case of an artistic work the right is infringed by a person who-
(...)

(c) in the case of-

(i) a work of architecture in the form of a model for a building,
(...)

issues to the public copies of a graphic work representing, or of a photograph of, a derogatory treatment of the work.

(5) Subsection (4) does not apply to a work of architecture in the form of a building; but where the author of such a work is identified on the building and it is the subject of derogatory treatment he has the right to require the identification to be removed.”

Dit lijkt te suggereren dat wanneer sprake is van een “derogatory treatment” ten aanzien van het gebouw zelf, de maker onder het recht van het Verenigd Koninkrijk slechts kan vorderen dat, indien op het gebouw een aanduiding van de maker is aangebracht, die aanduiding wordt verwijderd. Aldus ook A-G Verkade onder 4.24 van zijn conclusie voor Jelles/Zwolle, vp. vt. 37.

⁴³ Zie ook High Court of Justice (Lewison J) 23 mei 2003, [2003] EWCH 1274 (Ch), rov. 147 en *Tidy v. Trustees of the Natural History Museum* [1996] 39 IPR 501 (Rattee J). Laatstgenoemde zaak is niet gepubliceerd, maar een samenvatting is te vinden op <https://www.civil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/tidy-v-trustees-natural-history-museum-1996-39-ipr-501>.

⁴⁴ S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights; The Berne Convention and Beyond* (vol I), 2006, nr. 10.32 (p. 609); S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986, 1987*, p. 472-473 onder verwijzing naar F. van Isacker, *Letter from Belgium, 1967*, DA 135 en H. Desbois, *Le droit d’auteur, 1950*, nrs. 571 en 572. Zie verder J.A.L. Sterling, *World Copyright Law, 2008*, p. 782. Ook in Hugenholtz/Quaedvlieg/Visser, *A Century of Dutch Copyright Law, 2012*, p. 342-344 (onder verwijzing naar Rb. Amsterdam 11 januari 2007, AMI 2007/2, nr. 8 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl)) wordt de vraag opgeworpen of het niet zo zou zijn dat indien sprake is van een misvorming of verminking daarmee in principe ook gegeven is dat er nadeel wordt toegebracht, tenzij er een rechtvaardiging is voor de misvorming of verminking. Zie ook de repliek in cassatie in onze zaak onder 4.

⁴⁵ Ik signaleer alvast dat ter onderbouwing van onderdeel 1.2 van het cassatiemiddel dat bij aantasting “sub d” gegeven is dat aan het nadeel-vereiste is voldaan bij pleidooi in cassatie (pta D.; 139) wordt verwezen naar deze rechtspraak: Hof Amsterdam 11 juni 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AK2082, IER 1992/41, AMI 1999/10 (*Metropoolgebouw*), rov. 4.10: “Dienaangaande acht het hof het op grond van hetgeen in dit kort geding is gebleken, mede na kennisneming van het gevelontwerp van architect K. de Kat, voorshands aannemelijk dat

préparatoires van de Berner Conventie echter geen aanknopingspunten voor deze visie. Het lijkt volgens hen ook niet logisch dat een dergelijk onderscheid de bedoeling van de conferentie zou zijn geweest, omdat het belangrijkste doel was om een formulering te bedenken die ook *common law* landen konden accepteren. Zij vervolgen dan zo⁴⁶:

“At Brussels, the words ‘or other derogatory action’ were added, but it was stated that there was no intention to make significant changes to the Rome text which ‘had stood the test of time.’ Furthermore, in the original French version of the Brussels provision the plural form of the adjective ‘prejudicial’ was used, so as to indicate that this applied to all the acts listed in paragraph (1).

As article 6bis embodies only a minimum standard of protection of moral rights, it is open to national legislation to modify the requirement of prejudice in the way contented for, or even to delete it altogether. Under the standard set out in article 6bis, however, no violation of the right of integrity is established unless the author can show prejudice to her honour or reputation.”

2.25 Steun voor de visie van Ricketson en Ginsburg dat reputatieschade is vereist voor zowel misvorming of verminking, als voor andere aantasting is ook bij een verdere blik over

deze voorgenomen wijziging neerkomt op een verminking van het bouwwerk van Staal, althans een aantasting daarvan welke nadeel zou kunnen toebrengen aan zijn naam en waarde als architect en maker van het Metropoolgebouw zoals vermeld, als hoedanig Staal bekendheid geniet.”; Hof Arnhem 2 april 1993, ECLI:NL:GHARN:1993:AL2153, IER 1994/26 (*Ohra/Oxenaar-Kruit*), rov. 14: “Naar het voorlopig oordeel van het hof zijn de afbeeldingen van onderdelen van bankbiljetten in de gewraakte brochure van Ohra Bank alsmede de brochure in haar geheel, niet onder de maat, zodat geen sprake is van aantasting van de reputatie van Oxenaar en Kruit.” en Rb. Leeuwarden 12 juli 1988, ECLI:NL:RBLEE:1988:AK1862, IER 1988/36 m.nt. LWH, AMI 1989/17 m.nt. H. Cohen Jehoram, BIE 1990/18 m.nt. SB (*Bonnema/Tietjerksteradeel*): “Het bepaalde in de Auteurswet met betrekking tot de bescherming van werken als de onderhavige maakt onderscheid tussen verminking als zodanig waartegen de rechthebbende op de bescherming zich zonder meer kan verzetten en de wijziging van het gebouwde waartegen de schepper van het werk zich slechts binnen de grenzen van de redelijkheid kan verzetten” en “Dit voorlopig oordeel heeft geleid tot onze verwachting dat de rechter ten gronde het aanbrengen en gebruik van zonwering op de wijze waarop en in de vorm waarin deze thans wordt overwogen, zal aanmerken als een verminking van het gebouwde en mitsdien, met toepassing van artikel 25 Auteurswet, zal verbieden.” en “Uiteraard beseffen wij dat deze beslissing voor de gemeente tot gevolg zal kunnen hebben dat of veel meer kosten moeten worden aangewend tot oplossing van het zich voordoende probleem dan met het aanbrengen van de beoogde buitenzonwering het geval zou zijn geweest, of dat genoeg zal moeten worden genomen met oplossingen die voor de, binnen het gebouw werkzame, ambtenaren minder aantrekkelijk kunnen worden geacht. Dit nadeel kan echter niet worden betrokken in de absolute bescherming die de wetgever de architect biedt bij dreigende verminking van zijn schepping.”

In de eerste twee uitspraken lees ik niet terug dat daarin is geoordeeld dat een aantasting mogelijk nadeel aan de eer of de naam van de maker impliceert. Hof Amsterdam lijkt de beide vereisten wel samen te pakken (het een, althans het ander), maar dat lijkt mij niet hetzelfde als het oordeel dat bij aantasting direct nadeel gegeven is. Voor wat betreft de uitspraak van de rechtbank Leeuwarden merken beide annotatoren volgens mij terecht op dat de rechtbank geen woord wijdt aan de eis dat de verminking zodanig moet zijn dat zij nadeel toebrengt. Of hier sprake is van een omissie of een principiële keuze volgt niet uit de uitspraak.

⁴⁶ S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights; The Berne Convention and Beyond* (vol I), 2005, nr. 10.32 (p. 609-610); S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, 1987, p. 473. Ricketson en Ginsburg verwijzen hierbij onder meer nog naar Brussels Court of 29 september 1965 (*The Merry Widow*), waarin zou zijn geoordeeld dat het vereiste van nadeel op alle handelingen genoemd in art. 6bis BC ziet.

de grens te vinden. In Duitsland wordt aangenomen dat reputatieschade is vereist bij zowel “Beeinträchtigung” als op de “Entstellung”⁴⁷. Ook in de rechtspraak en literatuur in het Verenigd Koninkrijk is art. 80 van de Copyright, Designs and Patents Act 1988 aldus uitgelegd dat het enkele feit dat sprake is van een misvorming of verminking niet voldoende is, maar dat ook in die gevallen de misvorming of verminking nadeel moet toebrengen aan de eer of reputatie van de maker en dat pas als dat het geval is de maker zich kan verzetten tegen de wijziging⁴⁸. Er zijn daar ook wel andere geluiden, maar de “more prevalent view” is dat reputatieschade een constitutief vereiste is⁴⁹.

2.26 Ik zie ook nog een “Conventiesystematisch/-historisch” argument voor deze lijn. In wezen vraagt men zich namelijk af of de beperkende bijzin “which would be prejudicial to his honor or reputation” – dus het reputatieschade-element – alleen teruggrijpt op de nieuwe aantastingstoevoeging “other derogatory action”, of ook op de daarvoor staande, al sinds 1928 in art. 6bis BC voorkomende categorie “misvorming, verminking of andere wijziging”. “Conventiehistorisch”, zou je dan zeggen, moet dat haast wel op zowel de oude als de nieuwe elementen slaan, omdat deze reputatieschadekwalificatie ook al stond in de “droit au respect”-bepaling van art. 6bis BC uit 1928 met de trits misvorming, verminking of andere wijziging, waarin de in 1948 toegevoegde aantastingsuitbreiding nog niet voorkwam. Ik begrijp het dan zo, dat voor beide categorieën wijzigingen, dus misvorming, verminking of andere wijziging “in” het werk, alsook aantasting “van” (“in relation to”; “a la”) het werk constitutief vereiste is dat een element van reputatieschade optreedt.

2.27 Ik meen dan ook dat bij alle door art. 6bis lid 1 BC bestreken handelingen - misvorming, verminking, wijziging en aantasting - reputatieschade constitutief vereiste is⁵⁰ – zij het met de nuance die door de Nederlandse wetgever is aangebracht (toegestaan onder

⁴⁷ Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 2017, p. 368-369 (Dietz/Peukert).

⁴⁸ High Court of Justice (Lewison J) 23 mei 2003, [2003] EWCH 1274 (Ch), rov. 148-150, onder verwijzing naar *Laddie Prescott & Vitoria, The Modern Law of Copyrights and Designs*, par. 13.18, Copinger & Skone James, *Copyright*, par 11-42 en *Pasterfield v. Denham* [1999] F.S.R. 168 (Overend J). Anders: Patents County Court (Recorder D. Campbell) 18 mei 2012, [2012] EWPC 29, rov. 24, waarin zonder nadere motivering zuiver aan de tekst van de wet wordt getoetst (“I am satisfied that the changes which have been made do amount to distortion of the work. I would not say that it was mutilation and I would not say that it was prejudicial to the honour or reputation of the author or director, but I am satisfied that it amounts to distortion of the photograph in question and that the treatment of the work is therefore derogatory.”).

⁴⁹ Aldus recent Bently, Sherman, Gangjee & Johnson, *Intellectual Property Law*, 2018, p. 298-300 met veel verdere verwijzingen naar rechtspraak.

⁵⁰ Is hier ook niet sprake van een vrij academische discussie? Het is maar waar je het accent legt, toch? Als bij misvorming of verminking reputatieschade geen constitutief element is, dan zal de lat om aan te nemen dát er is misvormd of verminkt mogelijk hoger liggen dan bij een afzonderlijke nadere reputatieschadetoets, zou ik menen. Dus óf het zwaartepunt ligt bij ‘misvorming’ en ‘verminking’ en de lat om aan te nemen dat daarvan sprake is ligt zo hoog dat dan ook steeds zou zijn voldaan aan het nadeel-vereiste (indien daaraan zou worden getoetst) óf het zwaartepunt ligt bij het nadeel-vereiste en er wordt sneller aangenomen dat sprake is van ‘misvorming’ of ‘verminking’, maar vervolgens nog afzonderlijk getoetst of daardoor nadeel kan worden toegebracht. Voor het eindresultaat maakt dit volgens mij praktisch gesproken niet wezenlijk uit. Maar dat terzijde.

het Berner Conventieregime van minimum-bescherming) bij wijzigingen “sub c”, dat de maker daar ook een verzetsrecht heeft tegen wijzigingen die zo’n reputatie-aantasting niet meebrengen, tenzij dat in strijd komt met de redelijkheid, zoals hiervoor bepleit in 2.20; een in de ogen van de wetgever verdergaande bescherming voor de maker dan als minimum verlangd door art. 6bis BC.

Wel kan ik mij voorstellen dat de aard van verandering in het werk die bij toetsing aan het aantastingsvereiste wordt vastgesteld gevolgen heeft voor de hoogte van de drempel die in het kader van het reputatieschadevereiste moet worden genomen. Bij een vermindering van het werk zal immers sneller kunnen worden aangenomen dat dit nadeel kan toebrengen aan de eer of naam van de maker dan wanneer “slechts” sprake is van een wijziging in het werk⁵¹. In beide gevallen dient echter *volgens de minimum-bescherming van art. 6bis BC* aan de twee vereisten aantasting en reputatieschade te worden getoetst.

2.28 Hoe moeten deze vereisten aantasting en reputatieschade worden toegepast?

2.29 De begrippen “misvorming, vermindering of andere wijziging van het werk, of andere aantasting daarvan” uit art. 6bis lid 1 BC lijken op het eerste gezicht zo ruim, dat daar iedere verandering in (relatie tot) een werk onder valt en ook lijkt beoordeling daarvan een stevig subjectief gehalte te hebben⁵². Maar er zijn natuurlijk wel grenzen. De verandering in al deze gradaties moet een negatieve impact op het werk hebben⁵³. En er geldt het nadeelsvereiste – reputatieschade, dat het belangrijkste element in de beoordeling is⁵⁴.

2.30 Bij de beoordeling of sprake is van een verandering die nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de goede naam van de maker wordt een geobjectiveerde toets aangelegd. Kernvraag is niet of de maker de wijziging waardeert, maar of de wijziging een

⁵¹ Vgl. Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 2017, p. 368-369 (Dietz/Peukert) en E.A. Mout-Bouwman, *Droit au respect: Kind van de redelijkheid*, BIE 1997/1, p. 44.

⁵² S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights; The Berne Convention and Beyond* (vol I), 2006, nr. 10.21 (p. 602); S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, 1987, p. 468-469; Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* p. 373; A.A. Quaedvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid*, Zwolle 1992, p. 13-14 en p. 19-20. Vgl. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533, NJ 2016/2 (*Hauck/Stokke*), rov. 5.4.2.

⁵³ S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights; The Berne Convention and Beyond* (vol I), 2005, nr. 10.21 (p. 602).

⁵⁴ Quaedvlieg, *Scheppers en slopers: Het nieuwe recht van verzet tegen vernietiging van kunst*, IER 2005/45, die stelt dat uitgangspunt “sub d” is dat de maker zich in beginsel niet meer tegen een aantasting kan verzetten en dat dit pas anders wordt als de schending van het belang van de maker bijzonder ernstig is (nadeel-vereiste). Dat vergt een strikte toepassing, de integriteit van het werk in relatie tot de reputatie van de maker moet daadwerkelijk in het geding zijn. Vgl. ook HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533, NJ 2016/2 (*Hauck/Stokke*), rov. 5.4.2 (“Het antwoord op de vraag of een auteursrechtelijk werk door een ingreep verminkt is, berust op een in hoge mate subjectief oordeel, dat zich niet goed leent voor onderwerping aan een maatstaf anders dan dat door de ingreep nadeel kan worden toegebracht op de wijze als aan het slot van art. 25 lid 1 Aw is verwoord.”) Accent op beoordeling nadeelsvereiste ook bij Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* p. 373; A.A. Quaedvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid*, Zwolle 1992, p. 13-14 en p. 19-20.

nadelig effect kan⁵⁵ hebben op de publieke perceptie van de maker⁵⁶. Zou dat anders zijn, dan zou er een recht van de maker ontstaan met een absolute inslag of zelfs van een “tyrannical instrument”⁵⁷. Dat zou zich ook niet verhouden met de omstandigheid dat zich hier een botsing van grondrechten voordoet, namelijk het eigendomsrecht van de stoffelijk eigenaar en het intellectuele eigendomsrecht van de maker van het “corpus mysticum” en dat die botsing een weging van de beide grondrechten in het concrete geval vereist. De discussie of morele rechten wel tot de kern van het auteursrecht behoren, laat ik hier in dit verband rusten.

2.31 Een belangrijk discussiepunt is hoe de toets aan het nadeel-vereiste vorm moet worden gegeven. In het bijzonder speelt de vraag of binnen deze toets ruimte bestaat voor een belangenafweging.

2.32 Een blik over de grens leert het volgende⁵⁸.

In Duitsland is ter implementatie van art. 6bis lid 1 BC⁵⁹ in de wet het nadeel-vereiste uit art. 6bis lid 1 BC niet letterlijk overgenomen, maar is in plaats daarvan gekozen voor een

⁵⁵ De maker hoeft niet te bewijzen dat er daadwerkelijk nadeel is toegebracht aan zijn eer of naam, maar alleen dat de mogelijkheid dat nadeel wordt toegebracht bestaat.

⁵⁶ S. Ricketson en J.C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights; The Berne Convention and Beyond* (vol I), 2006, nr. 10.29 (p. 607); S. Ricketson, *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, 1987, p. 471. Anders: M.T. Sundara Rajan, *Moral Rights*, 2011, p. 184 onder verwijzing naar E. Adeney, *The Moral Right of Integrity: the past and future of honour*, *Intellectual property quarterly*, 2005/2. In laatstgenoemd artikel lees ik overigens geen andersluidend standpunt terug.

⁵⁷ Ch. Gielen, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 2017, p. 536; Hugenholtz/Quaedvlieg/Visser, *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 338. Volgens M. Holderness, *Moral rights and authors' rights*, [1998] *JILT* 4, par 3.3 is de uitoefening van het recht op integriteit “overall” onderworpen aan een redelijkheidstoets. Hij noemt vervolgens als voorbeelden Nederland (onder verwijzing naar H. Cohen Jehoram, *National report on the moral right in the Netherlands in: The moral right of the author*, 1993, p. 185), België (onder verwijzing naar H. Vanhees, *Les droits moraux en Belgique in: The moral right of the author*, 1993, p. 171) en Denemarken (verwijzend naar M. Koktvedgaard, *Moral rights Denmark in: The moral right of the author*, 1993, p. 118).

⁵⁸ Plta. cass. D 44 stelt dat de Franse implementatie van art. 6bis lid 1 BC in L-121-1 van de Code de la propriété intellectuelle door de Cour de Cassation zo is uitgelegd dat elke wijziging in het werk moet worden aangemerkt als een schending van het recht van de auteur (Cour de Cassation 5 december 2006, zaaknummer 05-11789). Zo absoluut als in die uitspraak gepresenteerd (“Toute modification, quelle qu’en soit l’importance, apportée à une oeuvre de l’esprit, porte atteinte au droit de son auteur”) is het Franse systeem volgens mij echter niet (de uitspraak dient ook in zijn context te worden gezien, bestreden werd een uitspraak van het hof waarin was geoordeeld dat het aan de makers was om te bewijzen dat wijzigingen aangebracht in hun werk een schending van hun morele rechten opleverden). Ook het Franse systeem erkent dat sprake is van botsing van twee absoluut ogende rechten (het recht op eigendom van de stoffelijk eigenaar en het recht op intellectuele eigendom van de maker) en hoewel uitgangspunt is dat elke wijziging een schending van het recht van de auteur meebrengt, kan die schending zijn rechtvaardiging vinden in belangen aan de zijde van de eigenaar. Zie P. Sirinelli e.a., *Code de la propriété intellectuelle*, 2018, p. 99 en 105-106; Cour de Cassation 7 januari 1992, zaaknummer 90-17534, *Bulletin* 1992/7, p. 5 en onder 4.23 van de conclusie A-G Verkade voor *Jelles/Zwolle*, vp. vt. 37 onder verwijzing naar A. Lucas en H.J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2001, p. 341-342 en K.E. Verzijden, *Morele rechten in de polder*, AMI 2000, p. 73.

⁵⁹ Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 2017, p. 365 (Dietz/Peukert).

verdergaande bescherming⁶⁰. Naar Duits recht moet een wijziging een gevaar opleveren voor de legitieme intellectuele en persoonlijke belangen van de maker⁶¹. Bescherming van de maker geschiedt na een belangenafweging⁶² tussen enerzijds de inbreuk op de intellectuele en persoonlijke belangen van de maker en anderzijds de belangen van de eigenaar⁶³, waarbij uitgangspunt is het recht van de maker om te bepalen hoe zijn werk waargenomen wordt. Daartegenover wordt het door de stoffelijk eigenaar gekozen alternatief gesteld⁶⁴. Indien de voorgenomen wijziging aanzienlijk is en (grote) impact heeft op de totaalindruk van het werk, zal deze belangenafweging eerder uitvallen in het voordeel van de maker dan wanneer het gaat om wijzigingen die zien op ondergeschikte elementen van het werk. Specifiek ten aanzien van bouwwerken geldt dat in alle gevallen groot gewicht toekomt aan het beoogde gebruik van het bouwwerk en dat bij gebouwen met een publieke functie ook het publieke belang meeweegt⁶⁵. Van belang zijn verder de aard en intensiteit van de wijziging en de mate van creativiteit van het werk⁶⁶.

Ook *Engeland* – waar wel een letterlijke implementatie van art. 6bis lid 1 BC heeft plaatsgevonden, zie hiervoor in 2.23 – lijkt in het kader van het nadeel-vereiste een belangenafweging gemaakt te worden. Zo overwoog Rattee J in het kader van de toets of de in die zaak voorliggende reproductie “prejudicial to the honour or reputation” was van de maker, dat “*before accepting the plaintiff’s view that the reproduction in the book complained of was indeed prejudicial to his honour or reputation, he would have to be satisfied that the view was one that was reasonably held, which inevitably involves the application of an objective test of reasonableness*”⁶⁷. Hoewel deze lijn nadien in enkele andere uitspraken is doorgezet, blijft het tot op heden in Engeland onduidelijk of in het kader van het nadeel-vereiste een belangenafweging moet worden gemaakt en bestaat er in het bijzonder onduidelijkheid over de vraag of sprake is van een objectieve of subjectieve toets⁶⁸.

⁶⁰ Gevolg hiervan is dat aan de minimumregels van de BC in Duitsland in de praktijk geen zelfstandige betekenis toekomt Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 2017 (Dietz/Peukert), p. 340 (met verdere verwijzing naar Ulmer par. 5 en Flechsig FuR 1976, 429) en p. 365.

⁶¹ Art. 14 van het Urheberrechtsgesetz (UrhG) luidt: “Der Urheber hat das recht, eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seines Werkes zu verbieten, die geeignet ist seine berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk zu gefährden.”

⁶² Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 2017, p. 365 (Dietz/Peukert).

⁶³ Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 2017, p. 376 (Dietz/Peukert), onder verwijzing naar BGH 1 oktober 1998, I Zürich 104/96, ZUM 1999, 146 en OLG Dresden 13 november 2012, U 853/12, ZUM 2013, 142.

⁶⁴ Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 2017, p. 376 (Dietz/Peukert).

⁶⁵ Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 2017, p. 376-377 (Dietz/Peukert).

⁶⁶ Schricker/Loewenheim, *Urheberrecht*, 2017, p. 372 (Dietz/Peukert).

⁶⁷ *Tidy v. Trustees of the Natural History Museum* [1996] 39 IPR 501 (Rattee J). De uitspraak is niet gepubliceerd, maar een samenvatting is te vinden op: <https://www.civil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/tidy-v-trustees-natural-history-museum-1996-39-ipr-501>.

⁶⁸ Aldus Bently, Sherman, Gangjee & Johnson, *Intellectual Property Law*, 2018, p. 299-300 met verwijzing naar en beschrijving van jurisprudentie.

2.33 In Nederland zijn literatuur⁶⁹ en rechtspraak verdeeld⁷⁰. De pleiters tégen een belangenafweging wijzen er vooral op dat de tekst van art. 25 lid 1 sub d Aw en art. 6bis lid 1 BC niet voorziet in een belangenafweging, maar alleen in een toets aan het nadeel-vereiste. Dat moge zo zijn, maar neemt niet weg dat in die reputatieschadetoets voor de rechter wegingsruimte besloten ligt in het spanningsveld tussen de belangen van de maker en de stoffelijke eigenaar⁷¹. Juist omdat bij het nadeel-vereiste sprake is van een geobjectiveerde toets, waarbij het er om gaat of de verandering een nadelig effect zou kunnen hebben op de publieke perceptie van de maker, moet de rechter, om deze toets volledig uit te kunnen voeren, ook aandacht kunnen besteden aan bepaalde

⁶⁹ Zie Hugenholtz/Quaedvlieg/Visser, *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 338-339, onder verwijzing naar de noot van J. Kabel onder Rb. Rotterdam 10 september 1998, ECLI:NL:RBROT:1998:AK3931, IER 1999/3, m.nt. J. Kabel (*Struycken/NAI*), de noot van H. Cohen Jehoram onder Rb. Zwolle 2 maart 1988, ECLI:NL:RBZWO:1988:AM1237 in, AMI 1988, p. 131, de noot van H. Cohen Jehoram onder Rb. Leeuwarden 12 juli 1988, ECLI:NL:RBLEE:1988:AK1862, AMI 1989/17 (*Bonnema/Tietjerksteradeel*), R.L. du Bois, Een overspanning van de auteursgedachte, AMI 2000, p. 98-101 en A.A. Quaedvlieg, Vernietiging en ook nog aantasting, IER 2000, p. 13-15. In vt. 35 van pla cass D *_____* is – ter ondersteuning van het standpunt van D *_____* dat er geen ruimte is voor een belangenafweging – nog gewezen op de noot van H. Cohen Jehoram voor Hof Amsterdam 11 juni 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AK2082, IER 1992/41, AMI 1999/10 (*Metropoolgebouw*); S. Gerbrandy, *Auteursrecht in de steigers*, 1992, p. 68; M.A.B. Chao-Duivis & A.G. Bregman, *Bouwrecht in kort bestek*, 2016, par. 6.10, M.A.B. Chao-Duivis, *Het auteursrecht van de architect in beweging*, TBR 2013/109, par. 2 en Ch. Gielen e.a., *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 2018, p. 546.

⁷⁰ Zie voor een overzicht C.A. Adriaansens, *Auteursrecht van de architect*, 2015, par. 3.5. In vt 34 pla cass D *_____* is – ter ondersteuning van het standpunt van D *_____* dat er geen ruimte is voor een belangenafweging – gewezen op de uitspraken Hof Leeuwarden 17 maart 1999, ECLI:NL:GHLEE:1999:AD3030, NJ 1999/707 (*Bonnema/SBB*), rov. 9 en 10; Rb. Rotterdam 10 september 1988, ECLI:NL:RBROT:1998:AK3931, IER 1999/3 (*Struycken/NAI*), m.nt. J.J.C. Kabel; Rb. Leeuwarden 29 november 1994, ECLI:NL:RBLEE:1994:AH5075, rov. 3.4 en Rb. Groningen 10 september 2004, AMI 2004/6 (*Plafondschildering Stadsschouwburg Groningen*), rov. 2.6-2.8. Als ik het goed zie biedt echter alleen de noot van Kabel onder *Struycken/NIA* (onder 8: het toestaan van een belangenafweging gaat voorbij aan de afweging die de wetgever al heeft gemaakt) daadwerkelijk steun voor dit standpunt. De eerstgenoemde uitspraak lijkt hiervoor ook steun te bieden, waar wordt overwogen: “met andere woorden, art. 25 lid 1 sub d Aw laat een belangenafweging niet toe”, maar in het vervolg van de uitspraak wordt toch in zekere zin een belangenafweging uitgevoerd (vgl. Hugenholtz/Quaedvlieg/Visser, *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 339). Onder 46 en 47 van de pla cass D *_____* is gesteld dat Uw Raad zou hebben onderschreven dat onder art. 25 lid 1, aanhef en onder d, Aw geen redelijkheidstoets mogelijk is, doordat Uw Raad in rov. 4.4 van het arrest *Jelles/Zwolle* oordeelde dat de maker aantasting “sub d” in beginsel steeds kan blokkeren, het hier gaat om zeer vergaande bescherming van de belangen van de maker en de bepaling voorziet in bescherming van de genoemde belangen ten nadele van de eigenaar van het werk. Dit alles lees ik overigens noch in rov. 4.4, noch elders in dat arrest.

⁷¹ Hugenholtz/Quaedvlieg/Visser, *A Century of Dutch Copyright Law*, 2012, p. 339-340; T&C *Intellectuele Eigendom*, Deventer 2005, art. 25 Aw, aant. 4 (Verkade); A.A. Quaedvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid*, Zwolle 1992, p. 39-43; A.A. Quaedvlieg, *Scheppers en slopers: Het nieuwe recht van verzet tegen vernietiging van kunst*, IER 2005/45; Ch. Gielen, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 2017, p. 536. Over de maatstaf uit art. 6bis BC is ook wel gezegd dat deze “zeer elastisch” is en de nationale rechters een ruime bewegingsvrijheid geeft, zie WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, 1978, p. 42. Vgl. C. Masouyé, *Kommentar zur Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst*, 1981, p. 42 (aant. 4). Vgl. noot Kabel bij Rechtbank Amsterdam 21 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1577 (*De Bovenlanden*) in AMI 2016/3: “Artikel 25d Aw is in dat geval van toepassing en dat artikel verplicht de rechter tot een voor de maker gunstiger belangenafweging dan die uit *Jelles/Zwolle*. Ook al is het onvermijdelijk, dat ook in geval van misvorming de belangen van de eigenaar of houder van het werk zullen worden meegewogen, toch is de insteek duidelijk anders” en noot Kabel bij *Bonnema/SBB* (vp. vorige vt) in AMI 1999/158.

omstandigheden die zich niet in het domein van de maker bevinden. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de reden voor de veranderingen aan het werk. Als die worden uitgevoerd vanwege (ten opzichte van het moment van creatie veranderde) maatschappelijke of technologische ontwikkelingen, dan is denkbaar dat het publiek dat ook inziet en om die reden de veranderingen geen nadelig effect hebben op de publieke perceptie van de maker.

2.34 Dit betekent niet dat alle omstandigheden van het geval bij de toets aan het nadeelvereiste moeten worden betrokken (en dat dus sprake zou zijn van een redelijkheidstoets). Het gaat slechts om die omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de publieke perceptie van de maker in relatie tot de verandering in het werk.

2.35 Als echter geoordeeld wordt dat sprake is van een misvorming, verminking of andere aantasting van het werk én dat die misvorming, verminking of andere aantasting nadeel toebrengt aan eer of naam van de maker, dan heeft de maker in beginsel het recht zich hier tegen te verzetten. Voor een *nadere* belangenafweging waarin alle omstandigheden van het geval bij de beoordeling worden betrokken (dus: buiten het kader van de toets aan het nadeelvereiste) is “sub d” – buiten enkele zeer uitzonderlijke gevallen waarin bijvoorbeeld art. 3:13 lid 2 BW toepassing kan vinden – geen plaats⁷².

Interimconclusie “sub c” en “sub d”

2.36 Ik vat samen.

- De Berner Conventie dwingt niet tot het onderscheid wijzigen “sub c” en aantasten “sub d” en het is in de Nederlandse wetsgeschiedenis ontoereikend en onbevredigend onderbouwd (zie 2.13, 2.14 en 2.16).
- Volstaan had beter kunnen worden met een enkele bepaling met een verzetsrecht tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging van het werk, of tegen elke andere aantasting daarvan, alles voor zover dit de maker reputatieschade toebrengt (zie 2.16).
- Nederland heeft uitdrukkelijk gekozen voor een van de Berner Conventie afwijkend onderscheid tussen een verzetsrecht tegen wijzigingen met een redelijkheidsdrempel enerzijds en een verzetsrecht tegen aantastingen gekoppeld aan een reputatieschadevereiste anderzijds (zie 2.13, 2.14 en 2.16).
- Bij enkele aantasting is niet reputatieschade gegeven, dat nadeelsvereiste wordt separaat getoetst (zie 2.27).

⁷² Vgl. Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:555 (*Verheijen/Naturalis*), rov. 4.20-4.27 en Hof Amsterdam 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:927, IER 2017/37 (*De Bovenlanden*), rov. 3.6.1.

- Bij de geobjectiveerde reputatieschadetoets die nagaat of de aantasting nadelig effect zou kunnen hebben op de publieke perceptie van de maker, is ruimte voor rechterlijke weging tussen de belangen van de maker en de stoffelijke eigenaar (zie 2.33).
- Dit betekent niet dat alle omstandigheden van het geval bij de toets aan het nadeel-vereiste moeten worden betrokken (en dat dus sprake zou zijn van een volledige redelijkheidstoets). Het gaat slechts om die omstandigheden die van belang kunnen zijn voor de publieke perceptie van de maker in relatie tot de verandering in het werk (zie 2.34).
- Maar als aantasting en reputatieschade zijn vastgesteld, dan heeft de maker in beginsel het recht zich hier tegen te verzetten. Voor een nadere belangenafweging waarin alle omstandigheden van het geval bij de beoordeling worden betrokken (dus: buiten het kader van de toets aan het nadeel-vereiste) is “sub d” in beginsel geen plaats (zie 2.35).

Bespreking van de klachten – zuidgevel “sub d”

2.37 Het *eerste onderdeel* is gericht tegen het aantastingsoordeel “sub d” over de zuidgevel (rov. 3.5.1.1.-3.5.2.1, hiervoor weergegeven in 1.16).

2.38 *Onderdeel 1.1* bevat de klacht dat voor zover het hof niet (in ieder geval: veronderstellenderwijs) tot uitgangspunt heeft genomen dat ten aanzien van de zuidgevel sprake is van een aantasting van het werk volgens art. 25 lid 1 sub d Aw, maar geacht moet worden terzake iets anders te hebben beslist, een dergelijke andere beslissing niet voldoende is gemotiveerd.

2.39 Deze klacht mist feitelijke grondslag. Het hof heeft in de eerste volzin van rov. 3.5.1.1 overwogen dat, ook als het hof “er veronderstellenderwijs vanuit gaat dat met betrekking tot de zuidgevel sprake is van een aantasting”, D. niet in zijn betoog kan worden gevolgd. Hiermee heeft het hof veronderstellenderwijs tot uitgangspunt genomen dat ten aanzien van de zuidgevel sprake is van een aantasting “sub d” en niets anders. De veronderstelling waar de klacht van uit gaat doet zich niet voor, zodat de klacht faalt.

2.40 *Onderdeel 1.2* richt een rechtsklacht tegen rov. 3.5.2.1, aangezien bij aantasting “sub d” de mogelijkheid van reputatieschade al is gegeven, terwijl het hof dat uitdrukkelijk verwerpt.

2.41 Kennelijk – de klacht specificeert dit overigens niet⁷³ – is de klacht gericht tegen de tweede volzin uit rov. 3.5.2.1 dat ook indien sprake is van aantasting “sub d” de rechter op

⁷³ Een dergelijke specificatie trof ik wel aan in plta cass D. 154 (vi) (a) en in 6 s.t. D

objectieve wijze dient na te gaan of aannemelijk is dat de maker van het aangetaste werk daardoor reputatieschade⁷⁴ zal lijden.

Dat oordeel is volgens mij juist. We zagen hiervoor in 2.22-2.27 dat twee constitutieve vereisten gelden "sub d": aantasting en reputatieschade en dat aan beide vereisten moet worden getoetst. Reputatieschade is zodoende in mijn optiek niet al gegeven bij aantasting, zoals de klacht aandraagt⁷⁵. Dit is ook in de onderzochte buitenlandse jurisdicties heersende leer.

2.42 *Onderdeel 1.3* klaagt dat het hof in rov. 3.5.2.1 uitsluitend een redelijkheidstoets heeft aangelegd, maar niet heeft meegewogen of getoetst (wat doorslaggevend behoort te zijn) of de aantasting van de zuidgevel reputatieschade voor D. . . . teweeg brengt – althans is volgens de klacht niet begrijpelijk gemotiveerd waarom die aantasting niet zo'n reputatieschade teweeg kan brengen. De "sub d"-toets is volgens de klacht ten onrechte beperkt tot de volgende beslissend geachte omstandigheden:

- (i) een maker van een gebouw zoals D. . . . moet er rekening mee houden dat er in de loop van de tijd in verband met functionele wijzigingen van de bestemming veranderingen nodig zijn die zelfs tot (gedeeltelijke) aantasting van het werk kunnen leiden;
- (ii) het gebouw is een kantoorpand dat bijna 40 jaar ongewijzigd is gebleven, ruim 7 jaar heeft leeggestaan en nu op verzoek van de gemeente gaat voorzien in de behoefte aan woonruimte / starterswoningen;
- (iii) de aantasting is niet lichtvaardig tot stand gekomen;
- (iv) De 4 Jaargetijden heeft aannemelijk gemaakt dat de aanpassingen uitsluitend zijn gemaakt in het kader van de nieuwe woonfunctie;
- (v) De 4 Jaargetijden was niet gehouden de door D. . . . voorgestelde alternatieven te volgen en
- (vi) D. . . . heeft niet weersproken dat zijn werk goed is gedocumenteerd.

Dit klemt volgens het subonderdeel te meer gelet op wat D. . . . omtrent het reputatieschade-aspect heeft aangevoerd, namelijk dat de dreigende reputatieschade bij uitvoering van de plannen van De 4 Jaargetijden manifest is (plta h.b. 76, MvG 38 e.v., plta e.a. 25 en 38). In cassatie hebben deze stellingen als hypothetische feitelijke grondslag te gelden, nu het hof hieromtrent niet anders heeft geoordeeld.

⁷⁴ De term 'reputatieschade' wordt in deze procedure door partijen en het hof als synoniem gebruikt voor de zinsnede "welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid" uit art. 25 lid 1, aanhef en onder d, Aw, zie bijvoorbeeld rov. 3.5.1 van het arrest van het hof.

⁷⁵ Terzijde: het hof overweegt in rov. 3.5.1 dat D. . . . in grief III heeft aangevoerd dat het belang van de architect het in beginsel wint van het belang van de eigenaar indien naast de eis aan de aard van de wijziging is voldaan *aan de nadere voorwaarde* van aantasting van de eer of de naam van de maker. Deze vaststelling in rov. 3.5.1 is in cassatie niet bestreden – hoewel ik dit zelf niet lees in grief III als eigen standpunt van D (wel is dat te vinden in de daar geciteerde noot van Kabel die aldaar weer verwijst naar de rb in de Naturalis-zaak, zie MvG 30).

2.43 De rechtsklacht dat hier sprake is van een redelijkheidstoets “sub d”, maar geen reputatieschade is getoetst, zie ik niet opgaan. Besproken is in 2.31-2.35 van deze conclusie dat bij toetsing van het nadeelsvereiste enige ruimte is voor een belangenafweging, namelijk voor zover nodig om geobjectiveerd vast te kunnen stellen of reputatieschade kan optreden. Dit is wat het hof hier heeft gedaan, de in 2.42 onder (i) tot en met (vi) genoemde omstandigheden uit rov. 3.5.2.1 passen binnen die toets, die verder feitelijk is. Samengevat komt dit oordeel er op neer dat het publiek zal begrijpen dat de aanpassingen functioneel van aard zijn en dat die aanpassingen, gelet ook op de goede documentatie van het werk van D¹, geen negatieve weerslag op de eer of naam van D² zullen hebben (vgl. plta cass De 4 Jaargetijden 4.16). Hiermee heeft het hof bovendien de in het cassatiemiddel aangehaalde stelling van D³ dat de dreigende reputatieschade bij de uitvoering van de plannen van De 4 Jaargetijden manifest is (impliciet) verworpen.

2.44 Ook de motiveringsklacht ketst hierop af. De geobjectiveerde reputatieschadetoets van het hof, zoals beschreven bij de behandeling van de rechtsklacht hierover, lijkt mij voldoende inzichtelijk gemotiveerd.

2.45 *Onderdeel 1.4* klaagt dat, voor zover het hof de juiste toets heeft aangelegd, het oordeel rechtens onjuist is, of is verzuimd essentiële stellingen van D⁴ mee te wegen. Het hof had immers voor de beoordeling van de redelijkheid van het verzet ook mee moeten wegen:

(i) of de maker zich redelijk opstelt en openstaat voor overleg, zoals D⁵, heeft gedaan, of zich juist categorisch verzet en

(ii) of, zoals in het geval van D⁶, door de maker alternatieven zijn aangedragen voor de voorgenomen wijziging van het werk (prod. 11 D⁷, par. 26-30, plta e.a. D⁸ 40-46, waarnaar in MvG 17 wordt verwezen).

D⁹ heeft hiermee (ruim) aan zijn stelplicht voldaan, maar het hof heeft deze omstandigheden ten onrechte niet in de beoordeling betrokken. Voor zover het hof dit wel zou hebben gedaan, is dit niet voldoende kenbaar uit het arrest, zodat het arrest dan onvoldoende met redenen omkleed is⁷⁶.

2.46 Deze klacht kan volgens mij ook niet slagen. De aan te leggen toets is immers geen algemene redelijkheidstoets en de genoemde omstandigheden zijn geen omstandigheden die van belang zijn bij het – objectief – beoordelen of reputatieschade kan optreden door de aantasting. Daar ketst deze klacht al op af.

⁷⁶ In de plta cass 54 (vi) (d) lijkt D¹⁰ te betogen dat in dit onderdeel wordt geklaagd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat De 4 Jaargetijden “zich niets hoefde aan te trekken van de (gratis door D¹¹ aangeleverde, uitvoerig onderbouwde) alternatieven”. Die klacht zie ik in het subonderdeel uit de procesinleiding in cassatie niet terug.

Ten overvloede nog dit hierover. Voor de onder (i) genoemde stelling zijn in de procesinleiding geen vindplaatsen in de stukken genoemd. Stelling (ii) is deze door het hof wel degelijk (voldoende kenbaar) is meegewogen, zoals blijkt uit het slot van rov. 3.5.2.1, waarin het hof overweegt dat De 4 Jaargetijden niet gehouden was de door D' voorgestelde alternatieven te volgen. Het hof heeft daarmee ook onderkend dát door D' alternatieven zijn voorgesteld. Subonderdeel 1.4 faalt ook.

Bespreking van de klachten – noordgevel (hoofdzakelijk) “sub c”

2.47 Het tweede onderdeel is gericht tegen het oordeel over de noordgevel in rov. 3.4.2 dat volgens subonderdeel 2.1 in strijd is met zowel de “sub c” als de “sub d” bepaling zoals die moet worden toegepast in het licht van art. 6bis BC, omdat in beide gevallen volgens de klacht als enig toetsingskader geldt of bij wijziging of aantasting reputatieschade kan worden toegebracht en niet alleen of verzet in strijd komt met de redelijkheid. Voor zover dit niet is miskend, is uit het arrest niet voldoende kenbaar dat het hof de juiste toets heeft aangelegd.

2.48 We kwamen in het inleidende deel in 2.27 in verbinding met 2.20 tot de bevinding dat zowel “sub c” als “sub d” een reputatieschadetoets geldt, maar dat de Nederlandse wetgever “sub c” ervoor heeft gekozen de maker ook een verzetsrecht toe te kennen voor wijzigingsgevallen die niet tot reputatieschade leiden, tenzij dat verzet in strijd komt met de redelijkheid. Of dat in de praktijk tot verschillende uitkomsten leidt is voor mij maar zeer de vraag.

In eerste aanleg heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat bij de noordgevel sprake is van een wijziging “sub c” waarvoor geldt dat D' s verzet daartegen voorshands in strijd moet worden geoordeeld met de redelijkheid (rov. 5.9 vonnis 30 november 2016). Met grief II (de enige grief die betrekking heeft op het oordeel van de rechtbank over de noordgevel) heeft D' in hoger beroep over rov. 5.9 van de rechtbank betoogd dat de rechtbank hierin ten onrechte heeft overwogen dat het verzet van D' in strijd is met de redelijkheid. Geen grief is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat bij de noordgevel sprake is van een wijziging “sub c”. Het hof heeft vervolgens in rov. 3.4.2 in reactie op grief II overwogen dat de voorgenomen wijzigingen van de noordgevel dermate beperkt zijn dat het basisidee van het ontwerp van D' blijft gehandhaafd. Het hof komt – na weging van enkele omstandigheden – tot de feitelijke slotsom dat het verzet van D' tegen deze wijzigingen in strijd is met de redelijkheid. Dit alles kan volgens mij niet anders worden begrepen dan dat het hof bij de noordgevel alleen het wijzigingsregime “sub c” heeft toegepast. Voor zover het subonderdeel klaagt over schending “sub d” in het hofoordeel over de noordgevel, mist dit zodoende belang in cassatie.

2.49 Dat het oordeel in rov. 3.4.2 vanwege het niet toetsen of er reputatieschade kan optreden “sub c” onjuist is of niet kenbaar is of de juiste toets is toegepast, zoals subonderdeel 2.1 aandraagt, kan niet slagen vanwege de hiervoor in 2.22 en 2.28

uiteengezette door het hof toegepaste juiste maatstaf "sub c", een redelijkheidstoets, die verder feitelijk is.

2.50 *Subonderdeel 2.2* klaagt dat voor zover het hof hier wel de juiste toets heeft aangelegd, het oordeel dat (i) de wijzigingen zijn ingegeven door de gewijzigde functie van het gebouw, (ii) de wijzigingen bepaalde voordelen met zich brengen en (iii) dat D onvoldoende onderbouwd heeft toegelicht waarom hij in de bestuursrechtelijke procedures geen bezwaar heeft gemaakt tegen de voorgenomen wijzigingen in de noordgevel, rehtens onjuist is, dan wel dat het hof essentiële stellingen van D heeft verzuimd mee te wegen. Het hof had immers voor de beoordeling van de redelijkheid van het verzet ook mee moeten wegen (i) of de maker zich redelijk opstelt en openstaat voor overleg, zoals Dijkstra, danwel zich categorisch verzet en (ii) of, gelijk D heeft gedaan, door de maker alternatieven zijn aangedragen voor de voorgenomen wijziging van het werk (prod. 11 C, par. 26-30, plta e.a. C 40-46, waarnaar in par. 17 MvG wordt verwezen). Hoewel D hier ruimschoots aan zijn stelplicht heeft voldaan, zijn deze omstandigheden ten onrechte heeft niet in de beoordeling betrokken. Voor zover het hof dit wel zou hebben gedaan, is dit niet voldoende kenbaar uit het arrest, zodat het arrest onvoldoende met redenen omkleed is aldus deze klachten.

2.51 Dit subonderdeel is een vrijwel letterlijke reprise van subonderdeel 1.4. Ook hier zijn voor de gesteld essentiële stelling (i) (redelijke opstelling maker) geen vindplaatsen genoemd in de stukken, zoals wel bij beweerdelijk essentiële stelling (ii). Volgens mij zijn dit geen essentiële stellingen, zodat het hof die onbesproken mocht laten. Als er met het hof van wordt uitgegaan dat de wijzigingen in de noordgevel dermate beperkt zijn dat het basisidee van D daarmee blijft gehandhaafd, de wijzigingen zijn ingegeven door de gewijzigde functie van het gebouw en D niet voldoende heeft toegelicht waarom hij in de bestuursrechtelijke procedures geen bezwaar heeft gemaakt tegen de voorgenomen wijzigingen in de noordgevel en zelfs heeft bevestigd dat voor de noordgevel is voldaan aan zijn eis om de bestaande architectuur te respecteren⁷⁷, is zijn verzet tegen die wijzigingen potentieel als niet redelijk te beoordelen (een verder feitelijk oordeel), óók als D alternatieven heeft aangedragen. Ik zie dit niet tot cassatie leiden.

2.52 *Subonderdeel 2.3* besluit met een motiveringsklacht tegen rov. 3.4.2 over D, 's onvoldoende toelichting waarom hij in de bestuursrechtelijke procedures geen bewaar heeft gemaakt tegen wijzigingen van de noordgevel. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom (i) de observatie in de bestuursrechtelijke procedure dat ten aanzien van de noordgevel is voldaan aan de eis van de welstandscommissie om de bestaande architectuur te respecteren, zou betekenen dat (ii) D in de bestuursrechtelijke procedure geen bezwaar zou hebben gemaakt tegen de voorgenomen wijzigingen in de

⁷⁷ Dit laatste punt wordt in subonderdeel 2.3 – zoals nog volgt, volgens mij tevergeefs – bestreden.

noordgevel, maar “zelfs” zou hebben bevestigd dat voor de noordgevel is voldaan aan zijn eis om de bestaande architectuur te respecteren. Dit klemt te meer nu het hof ten onrechte niet in zijn oordeel heeft meegewogen dat D. (MvG 27 en 41) erop heeft gewezen dat a) de uiting in de bestuursrechtelijke procedure van 5 juli 2016 betrekking had op de eisen van de Welstandscommissie niet op de door D. zelf kenbaar gemaakte bezwaren tegen de wijzigingen, (b) D. op 14 juli 2016 De 4 Jaargetijden sommeerde om de voorgenomen wijziging van de noordgevel achterwege te laten en (c) D. in alle “zienswijzen” die hij voor en na 5 juli 2016 kenbaar heeft gemaakt, telkens zijn alternatief voor de noordgevel heeft bepleit.

2.53 Nu dit subonderdeel geen zelfstandig dragend oordeel uit rov. 3.4.2 aanvalt – de andere dragende elementen, te weten dat sprake is van een beperkte wijziging van de voorgevel waardoor het basisidee van D.’s ontwerp gehandhaafd blijft en dat de wijzigingen zijn ingegeven door functiewijziging van het gebouw, worden niet succesvol bestreden in cassatie – mist D. in de eerste plaats belang bij deze klacht in cassatie.

2.54 In de tweede plaats is in de feitenvaststelling van rov. 3.1.9 door het hof opgenomen dat namens D. in de bestuursrechtelijke procedure omtrent de verleende omgevingsvergunningen is aangevoerd dat voor wat betreft de noordgevel is voldaan aan de eis van de welstandscommissie om de bestaande architectuur te respecteren. Die vaststelling strookt met het oordeel van de voorzieningenrechter in eerste aanleg (vonnis 30 november 2016, rov. 5.8). In dat licht bezien lijkt mij de passage uit rov. 3.4.2 dat D. in de bestuursrechtelijke procedures geen bezwaar heeft gemaakt tegen de voorgenomen wijzigingen in de noordgevel en zelfs heeft bevestigd dat voor de noordgevel is voldaan aan *zijn eis* om de bestaande architectuur te respecteren, op een kennelijke verschrijving te berusten en dan is duidelijk dat het hof hier bedoeld heeft de *eis van de welstandscommissie*. Zo gelezen heeft het hof dan vastgesteld dat door D. in de bestuursrechtelijke procedure geen bezwaar is gemaakt⁷⁸ tegen de voorgenomen wijzigingen in de noordgevel en dat hij zelfs heeft bevestigd dat voor de noordgevel is voldaan aan de eis van de welstandscommissie om de bestaande architectuur te respecteren. Het hof heeft, anders dan het onderdeel meent, volgens mij niet geoordeeld dat de omstandigheid dat D. in de bestuursrechtelijke procedure heeft bevestigd dat ten aanzien van de noordgevel is voldaan aan de eis van de welstandscommissie om de bestaande architectuur te respecteren, *betekent* dat D. in de bestuursrechtelijke procedure geen bezwaar zou hebben gemaakt tegen de voorgenomen wijzigingen in de noordgevel (maar dat D. én heeft bevestigd dat is voldaan aan de eis van de welstandscommissie én geen bezwaar heeft gemaakt tegen de voorgenomen wijzigingen

⁷⁸ Uit rov. 4 van de RvS-uitspraak (vp. vt. 1) blijkt dat pas in hoger beroep bij de Afdeling voor het eerst gronden zijn aangevoerd tegen wijziging van de noordgevel. Die uitspraak was ten tijde van de hofuitspraak in ons kort geding nog niet voorhanden.

aan de noordgevel). De op dit vermeende oordeel gerichte klacht mist zodoende feitelijke grondslag.

2.55 Voor de stellingen (b) en (c) geldt dat die niet afdoen aan de overweging dat E onvoldoende heeft toegelicht waarom hij in de bestuursrechtelijke procedure een ander standpunt heeft ingenomen ten aanzien van de noordgevel dan in de civielrechtelijke procedure. De stellingen (b) en (c) zien niet op dat oordeel, maar hebben betrekking op het civielrechtelijk ingenomen standpunt door D, en mogelijke alternatieven. Daarop stranden de overige klachten uit subonderdeel 2.3.

2.56 *Subonderdeel 2.4* bevat een puur voortbouwende klacht die het lot van de eerdere klachten volgt.

3. Conclusie

Ik concludeer tot verwerping.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden



Advocaat-Generaal