

**Hoge Raad, 6 februari 2004, Sloop Wavin-gebouw****AUTEURSRECHT****Persoonlijkheidsrecht**

totale vernietiging van een voorwerp waarin een auteursrechtelijk beschermd werk is belichaamd, niet kan worden aangemerkt als een aantasting van het werk in de zin van art. 25(1)(d) Aw

Het in art. 25 lid 1, aanhef en onder d, Aw neergelegde onvervreembare en niet voor afstand vatbare persoonlijkheidsrecht van de maker van een werk in auteursrechtelijke zin om 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' is ontleend aan art. 6bis Berner Conventie (BC), zoals dat sedert de herziening van dat verdrag in 1948 luidt. (...). Zoals blijkt uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.9 vermelde totstandkomings-geschiedenis van de huidige tekst van art. 6bis BC, hebben de deelnemers aan de Diplomatieke Conferentie van Brussel in 1948 de vernietiging van auteursrechtelijke werken uitdrukkelijk buiten het bereik van die bepaling willen houden en die derhalve niet willen brengen onder de term 'atteinte' ('aantasting' in de Nederlandse tekst); daarin is ook bij de latere Conferentie van Stockholm geen wijziging gebracht. Uit de parlementaire geschiedenis van het hiervoor reeds vermelde wetsvoorstel dat heeft geleid tot invoering van de bepaling die thans als art. 25 lid 1, aanhef en onder d, in de Auteurswet 1912 is opgenomen, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.5, blijkt dat de Nederlandse wetgever bij de aanpassing van art. 25 Aw in 1972 niet meer of anders voor ogen heeft gestaan dan art. 6bis BC te implementeren, en in het bijzonder dat de wetgever niet verdergaande aanspraken aan de maker heeft willen toekennen dan uit de Berner Conventie voortvloeien en dat de minister daarbij nadrukkelijk in twijfel heeft getrokken of sloop van een gebouw door de architect zou kunnen worden belet met een beroep op art. 25 Aw. Ook in de ons omringende landen wordt, naar uit de uiteenzetting van de Advocaat-Generaal in zijn conclusie onder 4.21-4.27 blijkt, sloop van een gebouw in het algemeen niet aangemerkt als een door de maker op grond van zijn persoonlijkheidsrecht te verhinderen be-

schikkingshandeling van de eigenaar. Aan deze in de ons omringende landen heersende opvatting, die hier te lande ook in de literatuur is verdedigd, ligt met name ten grondslag dat een andere opvatting ten gevolge zou hebben dat een architect met een beroep op zijn persoonlijkheidsrecht de afbraak van het door hem ontworpen gebouw in beginsel steeds zou kunnen blokkeren indien hij door die afbraak reputatieschade lijdt, ook al zou het voornemen tot afbraak zijn ingegeven door een wijziging van bestemming, inzichten of opvattingen waarmee het voortbestaan van dat gebouw niet te verenigen zou zijn. Een zo vergaande bescherming van de belangen van de architect, ten nadele van de eigenaar van het door hem ontworpen gebouw, zou tot maatschappelijk moeilijk te aanvaarden gevolgen leiden.

Nu voorts noch de literatuur, noch de rechtspraak aanleiding geeft het bestaan aan te nemen van een hier te lande levende rechtsovertuiging in andere zin, moet, dit alles in aanmerking genomen, worden geoordeeld dat de totale vernietiging van een voorwerp waarin een auteursrechtelijk beschermd werk is belichaamd, niet kan worden aangemerkt als een aantasting van het werk in de zin van art. 25 lid 1, aanhef en onder d, Aw.

**Misbruik van bevoegdheid eigenaar**

De vernietiging van een exemplaar van het werk kan immers misbruik van zijn bevoegdheid door de eigenaar opleveren in gevallen als in art. 3:13, lid 2 BW bedoeld, dan wel anderszins onrechtmatig jegens de maker zijn

Dat betekent niet dat het de eigenaar van een voorwerp (een onroerende zaak daaronder begrepen) waarin een auteursrechtelijk beschermd werk is belichaamd - een exemplaar van het werk - steeds vrijstaat dat voorwerp aan vernietiging prijs te geven en dat de belangen van de maker aan de beschikkingsmacht van die eigenaar steeds ondergeschikt zijn. De vernietiging van een exemplaar van het werk kan immers misbruik van zijn bevoegdheid door de eigenaar opleveren in gevallen als in art. 3:13, lid 2 BW bedoeld, dan wel anderszins onrechtmatig jegens de maker zijn. Ook een derde die een zodanig voorwerp vernietigt, kan daarmee onrechtmatig jegens de maker handelen. Van zodanig misbruik of anderszins onrechtmatig handelen zal eerder sprake zijn, naarmate er minder exemplaren van dat werk bestaan. Gaat het om unieke exemplaren, zoals veelal bij gebouwen het geval is, dan kan van de eigenaar onder omstandigheden verlangd worden dat hij slechts dan tot vernietiging overgaat indien daarvoor een gegronde reden bestaat en hij zich de gerechtvaardigde belangen van de maker ten minste in zoverre aantrekt dat hij er desgevraagd voor zorg draagt het bouwwerk behoorlijk te doen documenteren, althans de maker de gelegenheid biedt daartoe zelf het nodige in het werk te stellen.

Vindplaatsen: LJN: [AN7830](#); IER 2004, nr. 19.

**Hoge Raad, 6 februari 2004**

(R. Herrmann, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop, E.J. Numann en F.B. Bakels)

6 februari 2004

Eerste Kamer

Nr. C02/282HR

JMH/AT

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

[eiser], destijds wonende te Smalle Ee, gemeente Smallerland,

EISER tot cassatie,

incidenteel verweerder,

advocaat: mr. M.W. Scheltema,

t e g e n

DE GEMEENTE ZWOLLE, gevestigd te Zwolle,

VERWEERSTER in cassatie,

incidenteel eiseres,

advocaat: mr. T. Cohen Jehoram.

### **1. Het geding in feitelijke instanties**

Eiser tot cassatie - verder te noemen: [eiser] - heeft bij exploit van 23 juli 2001 verweerder in cassatie - verder te noemen: de gemeente - in "versneld regime" gedagvaard voor de rechtbank te Zwolle en gevorderd bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair: de gemeente te verbieden over te gaan tot sloop van het Wavin-gebouw;

subsidiair: te verklaren voor recht dat [eiser] - als maker van het gebouw - op grond van de Auteurswet 1912 met betrekking tot het Wavin-gebouw zich kan verzetten tegen de sloop van het Wavin-gebouw;

en meer subsidiair, voorzover het sloopbesluit niet meer kan worden teruggenomen: de gemeente te veroordelen tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

De gemeente heeft de vorderingen bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 26 september 2001 een comparitie van partijen gelast en bij eindvonnis van 21 november 2001 de vorderingen afgewezen.

Tegen het eindvonnis heeft [eiser] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem. Hij heeft daarbij aan zijn primaire vordering een dwangsom toegevoegd. Bij arrest van 2 juli 2002 heeft het hof het eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

### **2. Het geding in cassatie**

Tegen het arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De gemeente heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende het incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerving van het beroep.

Na overlijden van [eiser] op 27 mei 2003 hebben de erven de procedure overgenomen.

De zaak is voor partijen op 6 juni 2003 mondeling toegelicht door hun advocaten.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade](#) strekt zowel in het principale als het incidentele beroep tot verwerving.

### **3. Uitgangspunten in cassatie**

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiser] heeft als architect omstreeks 1967 een kantoorgebouw ontworpen voor N.V. Wavin te Zwolle. Het gebouw (hierna te noemen: het Wavin-gebouw) - dat blijkt bij pleidooi door partijen verschaft informatie na de bestreden uitspraak is gesloopt - lag aan het water in een openbare groenstrook in de wijk Holtenbroek te Zwolle. Het Wavin-gebouw nam door zijn ontwerp en ligging een markante plaats in.

(ii) Het Wavin-gebouw is, nadat N.V. Wavin het kantoorgebouw had verkocht aan het Deltioncollege, vervolgens gebruikt als schoolgebouw. Daarna heeft de gemeente het Wavin-gebouw gekocht van het Deltioncollege.

(iii) In januari 1999 heeft, op verzoek van de gemeente naar aanleiding van haar stedenbouwkundige visie om de wijk Holtenbroek te verbeteren, het architectenbureau Verheijen/Verkooren/De Haan de stedenbouwkundige hoofdlijnen opgesteld voor het project 'Herstructurering Voorzieningen Holtenbroek'. Dit plan omvat een vernieuwd winkelcentrum, een multifunctioneel wijkcentrum en een zorgcomplex op de Wavin-locatie. Volgens dit rapport zou het terrein van en rond het Wavin-gebouw, in verband met de nabijheid van het beoogde nieuwe winkelcentrum en wijkcentrum, de nieuwe bestemming krijgen van een zorgcomplex met ouderenappartementen. Daarbij werd gedacht aan sloop van het Wavin-gebouw.

(iv) In februari 1999 heeft, eveneens op verzoek van de gemeente, Het Oversticht een advies uitgebracht over de monumentale waarden van het Wavin-gebouw. In dit advies is gesteld dat het Wavin-gebouw een zorgvuldig op een modulair systeem ontworpen kantoorgebouw uit 1967 is en representatief is voor de late jaren-1960 en voor het oeuvre van architect [eiser] alsmede dat dit kantoorgebouw in de na-oorlogse bouwkunst van Zwolle tot de beste voorbeelden behoort.

Het advies bevat onder meer de volgende aanbevelingen:

- het Wavin-gebouw verdient een plaats in een nieuwe invulling van het gebied; daarom zou onderzocht moeten worden hoe het gebouw in plaats van [het] te amoveren kan passen in de voorgenomen herstructurering;

- indien behoud mogelijk is, verdient het pand de status van gemeentelijk monument, maar alleen dan wanneer de originele kleur en raamdetaillering teruggebracht worden;

- indien behoud niet mogelijk kan zijn, dient het gebouw nader in foto's en detaillering gedocumenteerd en [dienen deze] samen met de ontwerptekeningen gearhiveerd te worden;

- het ontwerp van het gebouw is auteursrechtelijk beschermd; voordat tot wijziging of sloop besloten kan worden, dient men daarom de architect hiervan op de hoogte te stellen.

(v) Op 12 april 1999 heeft de gemeenteraad van Zwolle ingestemd met de stedenbouwkundige hoofdlijnen van het voorstel 'Herstructurering voorzieningen Holtenbroek'. In de bijlage 'Stedenbouwkundige toelichting

deelgebieden herstructurering voorzieningen Holtenbroek' bij het door B & W aan de gemeenteraad aangeboden voorstel is een toelichting gegeven ten aanzien van de Wavin-locatie. Daarin is onder meer vermeld:

"Gezien de nabijheid van het nieuwe winkelcentrum en wijkcentrum lijkt deze locatie zeer goed geschikt voor het realiseren van ouderen-voorzieningen. Gezien het markante Wavin-gebouw is onderzocht of met een grondige verbouwing het gebouw gehandhaafd kan worden. Gezien de aanwezigheid van asbest en zeer hoge verbouwingskosten is dit financieel helaas geen haalbare kaart. Bovendien levert een verbouwing voor ouderenhuisvesting te weinig eenheden op om een volwaardige voorziening te kunnen realiseren. Derhalve het voorstel om (...) op deze plek circa 150 appartementen met een zorgvoorziening te realiseren. (...) Conform het advies van Het Oversticht inzake het voormalig Wavin-gebouw d.d. februari 1999, zal het gebouw zorgvuldig gedocumenteerd moeten worden voor sloop kan plaatsvinden".

(vi) Op 13 juli 1999 heeft de gemeente het voornemen om het Wavin-gebouw te slopen besproken met [eiser]. (vii) [eiser] heeft zich bij brief van zijn advocaat van 22 oktober 1999 verzet tegen de plannen van de gemeente om het Wavin-gebouw te slopen.

(viii) Na een eind 1999 door B & W van de gemeente ontvangen brief van het Centraal Bureau Stad & Welzijn van deze gemeente, waarin wordt stelling genomen tegen de gedachte om het wijkcentrum onder te brengen in het Wavin-gebouw teneinde dit gebouw te kunnen behouden, heeft de gemeente de Rijksbouwmeester prof. ir. W. Patijn verzocht om zijn mening te geven over de voorgenomen sloop van het Wavin-gebouw. Diens brief van 31 januari 2000 houdt onder meer het volgende in:

"Ik kom daarom tot de conclusie dat sloop van het Wavin-gebouw serieus door u overwogen kan worden en dat er geen doorslaggevend argumenten aan te dragen zijn die zich daartegen zouden verzetten. Wel beveel ik een nadere uitgebreide documentatie van het gebouw aan, gelet op het belang van het gebouw voor de geschiedenis en vakontwikkeling."

(ix) Vervolgens heeft op 10 februari 2000 de gemeentelijke Projectgroep Herstructurering Voorzieningen Holtenbroek de definitieve versie vastgesteld van haar rapport 'Herstructurering Voorzieningen Holtenbroek/Mogelijkheden integratie Wavin-gebouw in Ouderen-voorziening'. Het rapport mondt uit in de conclusie dat integratie van het Wavin-gebouw geen reële optie is.

(x) De gemeente heeft bij brief van 1 maart 2000 aan [eiser] bericht dat en waarom zij definitief heeft besloten om het Wavin-gebouw te slopen. De brief houdt onder meer in:

"Wij hebben geconcludeerd dat integratie van het Wavin-gebouw zowel naar karakter, omvang en structuur niet in overeenstemming te brengen is met de doelstellingen van de nieuwe functie van een bijzondere woonvoorziening voor ouderen. (...) Wij menen dat er geen doorslaggevend argumenten zijn aan te dragen die zich tegen de sloop van het gebouw verzetten en

hebben definitief besloten het Wavin-gebouw te slopen ten behoeve van de realisering van de bijzondere woonvoorziening. Het moment van de sloop hangt samen met de plannen en de realisering van de nieuwe functie. (...) Overeenkomstig het advies van Oversticht zullen wij ten behoeve van het gemeentearchief een uitvoerige documentatie van het gebouw in zijn omgeving maken. (...) Wij bieden u hierbij aan ons besluit in een gesprek mondeling nader toe te lichten. Tevens stellen wij u uiteraard in de gelegenheid om ook zelf een uitvoerige documentatie van het Wavin-gebouw te maken."

3.2.1 Aan zijn onder 1 vermelde vordering heeft [eiser] uitsluitend ten grondslag gelegd dat sloop van het Wavin-gebouw een schending zou opleveren van zijn in art. 25 lid 1, aanhef en onder d, Auteurswet 1912 (Aw) gewaarborgde persoonlijkheidsrecht als maker van het werk, als zijnde een aantasting van het werk die nadeel zou toebrengen aan de eer of de naam van [eiser] of aan zijn waarde in de hoedanigheid van ontwerper van het gebouw.

3.2.2 De rechtbank heeft de vordering afgewezen op grond van haar oordeel dat de totale vernietiging van een werk niet is begrepen onder de term 'aantasting' in art. 25 Aw. Het hof heeft de beslissing van de rechtbank bekrachtigd, doch op andere gronden. Het hof heeft geoordeeld dat de term 'andere aantasting' in art. 25 lid 1, aanhef en onder d, Aw weliswaar ook de vernietiging of sloop van een werk kan omvatten, doch het is, na een afweging van de betrokken belangen en toetsing van de handelwijze van de gemeente aan de van haar in dit verband te verlangen zorgvuldigheid, tot het oordeel gekomen dat de gemeente goede redenen had om tot sloop over te gaan en van haar niet te vergen was dat zij haar sloopplannen zou laten varen, zodat van een nadeel aan de eer of de naam van [eiser] of aan zijn waarde in de hoedanigheid van ontwerper van het gebouw - door het hof aangeduid als reputatieschade - geen sprake was.

#### **4. Beoordeling van het middel in het principale beroep en de middelen in het incidentele beroep**

4.1 Bij de beoordeling van het middel in het principale beroep en de middelen in het incidentele beroep moet het volgende worden vooropgesteld.

Het in art. 25 lid 1, aanhef en onder d, Aw neergelegde onvervreemdbare en niet voor afstand vatbare persoonlijkheidsrecht van de maker van een werk in auteursrechtelijke zin om 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' is ontleend aan art. 6bis Berner Conventie (BC), zoals dat sedert de herziening van dat verdrag in 1948 luidt. De bepaling werd, als art. 25 lid 1, aanhef en onder c, Aw, ingevoerd bij de wet van 27 oktober 1972, Stb. 579.

4.2 Zoals blijkt uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.9 vermelde totstandkomings-geschiedenis van de huidige tekst van art. 6bis BC, hebben de deelnemers aan de Diplomatieke Conferentie van Brussel in 1948 de vernietiging van auteursrechte-

lijke werken uitdrukkelijk buiten het bereik van die bepaling willen houden en die derhalve niet willen brengen onder de term 'atteinte' ('aantasting' in de Nederlandse tekst); daarin is ook bij de latere Conferentie van Stockholm geen wijziging gebracht.

4.3 Uit de parlementaire geschiedenis van het hiervoor reeds vermelde wetsvoorstel dat heeft geleid tot invoering van de bepaling die thans als art. 25 lid 1, aanhef en onder d, in de Auteurswet 1912 is opgenomen, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.5, blijkt dat de Nederlandse wetgever bij de aanpassing van art. 25 Aw in 1972 niet meer of anders voor ogen heeft gestaan dan art. 6bis BC te implementeren, en in het bijzonder dat de wetgever niet verdergaande aanspraken aan de maker heeft willen toekennen dan uit de Berner Conventie voortvloeien en dat de minister daarbij nadrukkelijk in twijfel heeft getrokken of sloop van een gebouw door de architect zou kunnen worden belet met een beroep op art. 25 Aw.

4.4 Ook in de ons omringende landen wordt, naar uit de uiteenzetting van de Advocaat-Generaal in zijn conclusie onder 4.21-4.27 blijkt, sloop van een gebouw in het algemeen niet aangemerkt als een door de maker op grond van zijn persoonlijkheidsrecht te verhinderen beschikkingshandeling van de eigenaar. Aan deze in de ons omringende landen heersende opvatting, die hier te lande ook in de literatuur is verdedigd, ligt met name ten grondslag dat een andere opvatting ten gevolge zou hebben dat een architect met een beroep op zijn persoonlijkheidsrecht de afbraak van het door hem ontworpen gebouw in beginsel steeds zou kunnen blokkeren indien hij door die afbraak reputatieschade lijdt, ook al zou het voornemen tot afbraak zijn ingegeven door een wijziging van bestemming, inzichten of opvattingen waarmee het voortbestaan van dat gebouw niet te verenigen zou zijn. Een zo vergaande bescherming van de belangen van de architect, ten nadele van de eigenaar van het door hem ontworpen gebouw, zou tot maatschappelijk moeilijk te aanvaarden gevolgen leiden.

4.5 Nu voorts noch de literatuur, noch de rechtspraak aanleiding geeft het bestaan aan te nemen van een hier te lande levende rechtsovertuiging in andere zin, moet, dit alles in aanmerking genomen, worden geoordeeld dat de totale vernietiging van een voorwerp waarin een auteursrechtelijk beschermd werk is belichaamd, niet kan worden aangemerkt als een aantasting van het werk in de zin van art. 25 lid 1, aanhef en onder d, Aw.

4.6 Dat betekent niet dat het de eigenaar van een voorwerp (een onroerende zaak daaronder begrepen) waarin een auteursrechtelijk beschermd werk is belichaamd - een exemplaar van het werk - steeds vrijstaat dat voorwerp aan vernietiging prijs te geven en dat de belangen van de maker aan de beschikkingsmacht van die eigenaar steeds ondergeschikt zijn. De vernietiging van een exemplaar van het werk kan immers misbruik van zijn bevoegdheid door de eigenaar opleveren in gevallen als in art. 3:13, lid 2 BW bedoeld, dan wel anderszins onrechtmatig jegens de maker zijn. Ook een derde die een zodanig voorwerp vernietigt, kan daarmee onrechtmatig jegens de maker handelen. Van zodanig misbruik of

anderszins onrechtmatig handelen zal eerder sprake zijn, naarmate er minder exemplaren van dat werk bestaan. Gaat het om unieke exemplaren, zoals veelal bij gebouwen het geval is, dan kan van de eigenaar onder omstandigheden verlangd worden dat hij slechts dan tot vernietiging overgaat indien daarvoor een gegronde reden bestaat en hij zich de gerechtvaardigde belangen van de maker ten minste in zoverre aantrekt dat hij er desgevraagd voor zorg draagt het bouwwerk behoorlijk te doen documenteren, althans de maker de gelegenheid biedt daartoe zelf het nodige in het werk te stellen.

4.7 Het middel in het principale beroep berust in al zijn onderdelen op de opvatting dat vernietiging van een auteursrechtelijk beschermd werk als een aantasting in de zin van art. 25 lid 1, aanhef en onder d, Aw valt aan te merken. Nu die opvatting, blijkens hetgeen hiervoor is overwogen, onjuist is, kan het middel niet tot cassatie leiden.

4.8 Het hiervoor overwogene leidt tot de slotsom dat onderdeel I.1 van het incidentele middel gegrond is, maar niet tot cassatie kan leiden, nu het principale beroep wordt verworpen en de gemeente dus geen belang heeft bij haar incidentele beroep, omdat de daarin aangevoerde middelen niet meer tot een andere beslissing kunnen leiden.

4.9 De Hoge Raad vindt aanleiding in de gegrondbevinding van onderdeel I.1 in het incidentele beroep een kostenveroordeling in dat beroep achterwege te laten.

## 5. Beslissing

De Hoge Raad:

**in het principale en het incidentele beroep:**

verwerpt het beroep;

**in het principale beroep voorts:**

veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de gemeente begroot op ? 301,34 aan verschotten en ? 1.365,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president R. Hermann als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop, E.J. Numann en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de vice-president P. Neleman op 6 februari 2004.

---

## Conclusie Advocaat-Generaal Verkade

### 1. Inleiding

1.1. De onderhavige zaak gaat over de vraag of, en zo ja, in hoeverre, een architect zich op grond van het persoonlijkheidsrecht van art. 25 lid 1 sub d Aw kan verzetten tegen de sloop van een door hem ontworpen gebouw.

1.2. Ir. Jelles is op 27 mei 2003, na het instellen van het cassatieberoep en v??r de (mondelijke) toelichting, overleden.(1)

1.3. De partijen zullen hierna doorgaans worden aangeduid als Jelles, onderscheidenlijk de gemeente.

1.4. Het principale en - meer nog - het incidentele cassatiemiddel stellen principi?le vragen aan de orde. Hoewel ik in beide beroepen tot verwerping zal concluderen, heeft zulks voor het incidentele beroep een

processuele reden. Materieel onderschrijf ik de klacht in het incidentele middel dat het hof ten onrechte de vernietiging van een bouwwerk als een 'andere aantasting' heeft aangemerkt.

## 2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.(2)

2.1.1. Jelles heeft als architect omstreeks 1967 een kantoorgebouw ontworpen voor NV Wavin te Zwolle. Het - inmiddels gesloopte(3) - gebouw (hierna te noemen: het Wavin-gebouw) lag aan het water in een openbare groenstrook in de wijk Holtenbroek te Zwolle. Het Wavin-gebouw nam door zijn ontwerp en ligging een markante plaats in.

2.1.2. Het Wavin-gebouw is, nadat NV Wavin het kantoorgebouw had verkocht aan het Deltioncollege, vervolgens gebruikt als schoolgebouw. Daarna heeft de gemeente het Wavin-gebouw gekocht van het Deltioncollege.

2.1.3. In januari 1999 heeft, op verzoek van de gemeente naar aanleiding van haar stedenbouwkundige visie om de wijk Holtenbroek te verbeteren, het architectenbureau Verheijen/Verkooren/De Haan de stedenbouwkundige hoofdlijnen opgesteld voor het project 'Herstructurering Voorzieningen Holtenbroek'. Dit plan omvat een vernieuwd winkelcentrum, een multifunctioneel wijkcentrum en een zorgcomplex op de Wavin-locatie. Volgens dit rapport zou het terrein van en rond het Wavin-gebouw, in verband met de nabijheid van het beoogde nieuwe winkelcentrum en wijkcentrum, de nieuwe bestemming krijgen van een zorgcomplex met ouderenappartementen. Daarbij werd gedacht aan sloop van het Wavin-gebouw.

2.1.4. In februari 1999 heeft, eveneens op verzoek van de gemeente, Het Oversticht een advies uitgebracht over de monumentale waarden van het Wavin-gebouw. In dit advies is gesteld dat het Wavin-gebouw een zorgvuldig op een modulair systeem ontworpen kantoorgebouw uit 1967 is en representatief is voor de late jaren-1960 en voor het oeuvre van architect Jelles alsmede dat dit kantoorgebouw in de na-oorlogse bouwkunst van Zwolle tot de beste voorbeelden behoort.

advies bevat onder meer de volgende aanbevelingen:

- het Wavin-gebouw verdient een plaats in een nieuwe invulling van het gebied; daarom zou onderzocht moeten worden hoe het gebouw in plaats van te amoveren kan passen in de voorgenomen herstructurering;
- indien behoud mogelijk is, verdient het pand de status van gemeentelijk monument, maar alleen dan wanneer de originele kleur en raamdetaillering teruggebracht worden;
- indien behoud niet mogelijk kan zijn, dient het gebouw nader in foto's en detaillering gedocumenteerd en samen met de ontwerptekeningen gearhiveerd te worden;
- het ontwerp van het gebouw is auteursrechtelijk beschermd; voordat tot wijziging of sloop besloten kan worden, dient men daarom de architect hiervan op de hoogte te stellen.

2.1.5. Op 12 april 1999 heeft de gemeenteraad van Zwolle ingestemd met de stedenbouwkundige hoofdlijnen van het wetsvoorstel 'Herstructurering voorzieningen Holtenbroek'. In de bijlage 'Stedenbouwkundige toelichting deelgebieden herstructurering voorzieningen Holtenbroek' bij het door B & W aan de gemeenteraad aangeboden voorstel is een toelichting gegeven ten aanzien van de zgn. Wavin-locatie. Daarin is onder meer vermeld:

'Gezien de nabijheid van het nieuwe winkelcentrum en wijkcentrum lijkt deze locatie zeer goed geschikt voor het realiseren van ouderenvoorzieningen. Gezien het markante Wavin-gebouw is onderzocht of met een grondige verbouwing het gebouw gehandhaafd kan worden. Gezien de aanwezigheid van asbest en zeer hoge verbouwingskosten is dit financieel helaas geen haalbare kaart. Bovendien levert een verbouwing voor ouderenhuisvesting te weinig eenheden op om een volwaardige voorziening te kunnen realiseren.(...) Conform het advies van Het Oversticht inzake het voormalig Wavin-gebouw d.d. februari 1999, zal het gebouw zorgvuldig gedocumenteerd moeten worden voor sloop kan plaatsvinden'.(4)

2.1.6. Op 13 juli 1999 heeft de gemeente het voornemen om het Wavin-gebouw te slopen besproken met Jelles.(5)

2.1.7. Jelles heeft zich bij brief van zijn advocaat d.d. 22 oktober 1999 verzet tegen de plannen van de gemeente om het Wavin-gebouw te slopen. De gemeente heeft daarop geantwoord bij brief van 2 november 1999, waarna de advocaat van Jelles repliceerde bij brief van 15 december 1999 en de gemeente dupliceerde bij brief van 24 december 1999.(6)

2.1.8. Na een eind 1999 door B & W van de gemeente ontvangen schrijven van het 'Centraal Bureau Stad & Welzijn' van deze gemeente, waarin wordt stelling genomen tegen de gedachte om het wijkcentrum onder te brengen in het Wavin-gebouw teneinde dit gebouw te kunnen behouden, heeft de gemeente de Rijksbouwmeester prof. ir. W. Patijn verzocht om zijn mening te geven over de voorgenomen sloop van het Wavin-gebouw. Diens brief van 31 januari 2000 mondt uit in de volgende volzinnen:

'Ik kom daarom tot de conclusie dat sloop van het Wavin-gebouw serieus door u overwogen kan worden en dat er geen doorslaggevende argumenten aan te dragen zijn die zich daartegen zouden verzetten. Wel beveel ik een nadere uitgebreide documentatie van het gebouw aan, gelet op het belang van het gebouw voor de geschiedenis en vakontwikkeling. (...)'

Vervolgens heeft op 10 februari 2000 de gemeentelijke 'Projectgroep Herstructurering Voorzieningen Holtenbroek' de definitieve versie vastgesteld van haar rapport 'Herstructurering Voorzieningen Holtenbroek/Mogelijkheden integratie Wavin-gebouw in Ouderenvoorziening'. Het rapport mondt uit in de conclusie dat integratie van het Wavin-gebouw geen reële optie is.(7)

2.1.9. De gemeente heeft in een - gemotiveerde - brief van 1 maart 2000 aan Jelles bericht dat zij definitief

heeft besloten om het Wavin-gebouw te slopen. In de brief is onder meer(8) te lezen:

'Wij menen dat er geen doorslaggevende argumenten zijn aan te dragen die zich tegen de sloop van het gebouw verzetten en hebben definitief besloten het Wavin-gebouw te slopen ten behoeve van de realisering van de bijzondere woonvoorziening. Het moment van de sloop hangt samen met de plannen en de realisering van de nieuwe functie. (...) Overeenkomstig het advies van Oversticht zullen wij ten behoeve van het gemeentearchief een uitvoerige documentatie van het gebouw in zijn omgeving maken. (...) Wij bieden u hierbij aan ons besluit in een gesprek mondeling nader toe te lichten. Tevens stellen wij u uiteraard in de gelegenheid om ook zelf een uitvoerige documentatie van het Wavin-gebouw te maken'

2.2. Bij inleidende dagvaarding van 23 juli 2001 heeft Jelles de gemeente gedagvaard voor de rechtbank te Zwolle. Hij vorderde hierbij, kort gezegd, een verbod om over te gaan tot sloop van het Wavin-gebouw, subsidiair 'schadevergoeding, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet'.

2.3. De gemeente voerde gemotiveerd verweer. Bij tussenvonnis van 26 september 2001 gelastte de rechtbank een comparitie van partijen. Bij eindvonnis van 21 november 2001 wees de rechtbank de vorderingen van Jelles af.

2.4. Van dit vonnis is Jelles in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te Arnhem. Bij arrest van 2 juli 2002 bekrachtigde het hof, met verbetering en aanvulling van gronden, het vonnis. Hiertoe overwoog het hof:

'4.2 Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat de woorden "andere aantasting" ook de vernietiging of sloop van een werk kunnen omvatten. Het Franse woord "atteinte" in art. 6bis, eerste lid van de Berner Conventie laat zich volgens Van Dale Groot woordenboek Frans-Nederlands vertalen als "aanslag" (in de zin van aantasting, inbreuk, schending). Daarbij verdient opmerking dat in artikel 6bis, eerste lid van de Berner Conventie de woorden "toute autre atteinte" als restcategorie staan naast "toute d?formation, mutilation ou autre modification", terwijl in artikel 25 lid 1 sub d Aw de woorden "andere aantasting" de restcategorie vormen naast "elke misvorming of verminking" en de woorden "elke andere wijziging" onder het soepeler regime van artikel 25 lid 1 sub c Aw zijn gebracht. Naar het oordeel van het hof ligt het daarom niet voor de hand om aan het begrip "aantasting" een beperktere betekenis toe te kennen dan aan het Franse woord "atteinte" en kan uit de keuze van het woord "aantasting" in artikel 25 Aw niet worden afgeleid dat de wetgever de vernietiging heeft willen uitsluiten. Integendeel, vernietiging of sloop kan naar het oordeel van het hof veeleer als de ultieme vorm van aantasting worden gezien, waartegen de auteur zich moet kunnen verzetten in het geval dat de vernietiging of sloop zonder goede reden geschiedt, omdat zijn reputatie kan worden aangetast als zijn schepping als een wegwerpartikel wordt behandeld.

4.3. Voor toewijzing van de vorderingen van Jelles op voormeld artikel 25 lid 1 sub d Aw is vereist dat die "andere aantasting" nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of goede naam van maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid. Dit vereiste wordt hierna kortheidshalve aangeduid als: reputatieschade.

4.4. Aan de orde is thans de vraag of Jelles reputatieschade zal leiden door het besluit van de gemeente om het door Jelles ontworpen Wavin-gebouw te slopen. Hierbij verwerpt het hof het verweer van de gemeente dat de zaak voor de beantwoording van deze vraag moet worden terugverwezen naar de rechtbank, nu deze zich nog niet over deze vraag heeft uitgelaten. Immers, er is sprake van een eindvonnis van de rechtbank en dan is voor terugverwijzing geen plaats. De enige uitzondering op deze regel, een eindvonnis ter zake van onbevoegdverklaring, doet zich in de onderhavige zaak niet voor.

4.5. Van mogelijke reputatieschade van de auteur kan sprake zijn als het besluit tot sloop van het werk node-loos of onzorgvuldig is genomen. Het enkele feit dat de voorgenomen sloop een belangrijk bouwwerk van een vooraanstaand architect betreft, leidt, anders dan Jelles stelt, niet zonder meer tot de conclusie dat sprake is van reputatieschade. Dit hangt af van een afweging van alle in het geding zijnde belangen.

4.6. Enerzijds is er het belang van Jelles bij het behoud van het door hem ontworpen Wavin-gebouw, dat hij beschouwt als een gebouw dat kenmerkend is voor zijn architectuur en waarmee hij zijn reputatie heeft weten op te bouwen.

Anderzijds is er het belang van de gemeente om het Wavin-gebouw te slopen in het kader van de herstructurering van de wijk Holtenbroek, nu de Wavin-locatie, gegeven het feit dat het Wavin-gebouw niet meer als kantoorgebouw of schoolgebouw wordt gebruikt, de bestemming heeft gekregen van een zorgcomplex voor ouderen met ouderenappartementen in combinatie met het in de nabijheid geplande nieuwe winkelcentrum en het multifunctionele wijkcentrum en nu volgens eigen onderzoek van de gemeente het Wavin-gebouw om functionele en financiële redenen niet is in te passen in haar plannen.

4.7. Het hof stelt voorop dat in een situatie als de onderhavige, waarin de sloop van een architectonisch belangrijk bouwwerk wordt overwogen, de zorgvuldigheid meebrengt, gelet op het in artikel 25 Aw neergelegde persoonlijkheidsrecht van de architect, dat de gemeente in een open overleg met de architect Jelles onderzoekt of het bouwwerk kan worden ingepast in de plannen van de gemeente. Dit overleg dient plaats te vinden op een moment dat het resultaat van het overleg nog van invloed kan zijn op de besluitvorming van de gemeente.

4.8. Het hof kan zich niet aan de indruk onttrekken dat het gesprek dat op 13 juli 1999 tussen de gemeente en Jelles heeft plaatsgevonden meer het karakter heeft gehad van informatie van de gemeente aan Jelles over haar plannen, waarbij de gemeente heeft geprobeerd om Jelles te overtuigen van de noodzaak daarvan, dan van een open overleg waarbij aan Jelles de gelegenheid

is geboden om van zijn kant voorstellen te doen tot behoud van het Wavin-gebouw. In dit opzicht heeft de gemeente onvoldoende zorgvuldig gehandeld ten opzichte van Jelles. Echter, gelet op hetgeen hierna wordt overwogen, betekent dit nog niet dat daardoor reputatieschade voor Jelles zou kunnen ontstaan.

4.9. Immers, de gemeente heeft Jelles uitgenodigd voor een vervolgesprek en dus Jelles de gelegenheid geboden om zijn belangen te behartigen. Jelles heeft besloten om van die uitnodiging geen gebruik te maken, waardoor hij de kans heeft laten voorbijgaan om (enigszins) gedocumenteerd met een of meer tegenvoorstellen te komen.

4.10. Voorts is van belang dat de gemeente zelf, mede naar aanleiding van de desbetreffende aanbeveling van Het Oversticht, heeft onderzocht of het Wavin-gebouw kon worden ingepast in haar plannen. Zij is tot de conclusie gekomen dat dit om functionele en financiële redenen geen reële optie was. De gemeente heeft Jelles hierover geïnformeerd. Vanwege het verzet van Jelles tegen de mogelijke sloop, heeft de gemeente haar voornemen tot sloop van het Wavin-gebouw ook extern laten toetsen bij de Rijksbouwmeester prof. ir. W. Patijn. Deze concludeerde dat er geen doorslaggevend argumenten waren die zich tegen sloop van het Wavin-gebouw zouden verzetten. Wel deed hij, evenals Het Oversticht, de aanbeveling om het gebouw, dat architectonisch zeker waardevol is, uitgebreid te documenteren en te archiveren. De gemeente heeft, nadat zij definitief had besloten het gebouw te slopen, Jelles bericht dat zij het Wavin-gebouw uitgebreid zou documenteren en archiveren en dat zij Jelles de gelegenheid bood om hetzelfde te doen.

4.11. In de onderhavige procedure heeft de gemeente bij conclusie van antwoord in eerste aanleg gemotiveerd aangegeven, onderbouwd door overlegging van het rapport "Herstructurering Voorzieningen Holtenbroek/Mogelijkheden integratie Wavin-gebouw in Ouderenvoorziening", dat zij om functionele en financiële redenen geen reële mogelijkheden ziet om het Wavin-gebouw te integreren in haar plannen, zodat voor haar sloop de enige optie is. Hiertegenover heeft Jelles, ook in hoger beroep, volstaan met de algemene stelling dat het Wavin-gebouw heel goed aangepast kan worden voor wijkvoorzieningen die aansluiten bij het programma van eisen, zodat het Wavin-gebouw behouden kan blijven. Op het financiële aspect is Jelles in het geheel niet ingegaan. Hierbij tekent het hof aan dat de verkorte procedure waarvoor Jelles in eerste aanleg heeft gekozen, zich minder dan de gewone procedure leent voor een diepgaand debat, maar dat dient voor het risico van Jelles te blijven die voor deze manier van procederen heeft gekozen.

4.12 Bij gebreke van een deugdelijke betwisting door Jelles moet het in dit geding ervoor worden gehouden dat Jelles geen alternatief kan bieden dat aan de functionele en financiële eisen van de gemeente voldoet. Onder die omstandigheden kan in redelijkheid niet van de gemeente worden verlangd dat zij haar sloopplannen laat varen. Nu moet worden aangenomen dat de gemeente goede redenen heeft voor sloop van het Wavin-

gebouw, waarbij van belang is dat de gemeente overleg heeft gevoerd met Jelles over haar plannen en heeft onderzocht of het Wavin-gebouw kon worden ingepast in haar plannen, staat de reputatie van Jelles niet op het spel. Bij dit oordeel speelt mede een rol dat de gemeente zich nooit denigrerend heeft uitgelaten over het gebouw of ander werk van de architect Jelles en dat de goede naam van Jelles zal blijven voortleven in de diverse foto's, beschrijvingen en documentatie van zijn werk.

2.5. Tegen dit arrest heeft Jelles tijdig beroep in cassatie ingesteld.(9) De gemeente concludeerde tot verwerping van het beroep en stelde daarbij incidenteel cassatieberoep in. Jelles concludeerde tot verwerping van het incidenteel beroep. Beide partijen hebben hun onderscheiden standpunten mondeling doen toelichten.

2.6. Het Wavin-gebouw is in 2003 gesloopt.(10)

### **3. Belang van de erven Jelles bij het principaal cassatieberoep?**

3.1. Jelles is op 27 mei 2003, na het instellen van het cassatieberoep en vóór de (mondelinge) toelichting, overleden. De procedure kon niettegenstaande dit overlijden voortgezet worden.(11) Blijkens de pleitnota in cassatie heeft Jelles overigens, overeenkomstig art. 25 lid 2 Aw, bij codicil en bij testament zijn zonen aangewezen om het persoonlijkheidsrecht tot het eindigen van het auteursrecht (nog 70 jaar, zie daartoe 37 lid 1 Aw) uit te oefenen.

Nu het Wavin-gebouw reeds is gesloopt (en herbouw niet is gevorderd), is thans in cassatie voor eisers het processueel belang aan Jelles' zijde met name gelegen in de vordering tot vergoeding van vermogens- en/of immateriële schade.(12) Voorzover het om vergoeding van immateriële schade gaat, is overgang van de vordering mogelijk indien terzake reeds een vordering in rechte is ingesteld. Voor overgang onder algemene titel van het vorderingsrecht is voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken (art. 6:106 lid 2 BW).(13) Aan dit vereiste is in dit geval voldaan. In deze zaak was immers een (meer subsidiair) schadevergoeding op te maken bij staat gevorderd. Voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is voldoende dat het bestaan van schade of de mogelijkheid van schade aannemelijk is.(14) Aan dat vereiste is in dit geval eveneens voldaan, nu de aard van de door Jelles gestelde reputatieschade zulks meebrengt. Aan de overgang van de eveneens gevorderde materiële schade stelt de wet overigens geen bijzondere eisen.

### **4. Inleidende beschouwingen**

4.1. Zowel het principaal als het incidenteel cassatieberoep hebben betrekking op de vraag of, en zo ja, op welke wijze, artikel 25 lid 1 d Aw een rol speelt bij de vraag in hoeverre een architect zich kan verzetten tegen de sloop van zijn (bouw)werk. Dienaangaande worden hieronder enige inleidende opmerkingen gemaakt, tegen de achtergrond waarvan ik vervolgens de middelen zal bespreken.

4.2. Artikel 25 lid 1, aanhef en sub d Aw luidt:

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

(...)

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.' Van het in art. 25 lid 1 sub d neergelegde persoonlijkheidsrecht (waarvan wel gezegd wordt dat dit deel uitmaakt van het 'recht op integriteit' of 'droit au respect'(15)) kan, blijkens art. 25 lid 3 Aw, geen afstand worden gedaan.

4.3. Een in verschillende opzichten minder omvattende versie van artikel 25 Aw kwam reeds in de wet van 1912 voor. Het verdient vooreerst opmerking dat in de wet van 1912 bouwwerken uitdrukkelijk geheel van de toepassing van art. 25 waren uitgezonderd.

Dat werd anders (in 1931) toen de Auteurswet moest worden aangepast aan een herziening van de Berner Conventie (BC) in 1928 te Rome. Bij die herziening werd in artikel 6bis BC op verdragsniveau een regeling voor de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten geïntroduceerd.(16) Een regeling zoals thans in art. 25 lid 1 sub d Aw verwoord, kwam toen evenwel in de Berner Conventie nog niet voor, en werd in 1931 (dus) ook niet in Nederland ingevoerd.

4.4. Dat gebeurde ruim veertig jaar later, op basis van de 'Brusselse' herziening in 1948 van de BC. (17) De wet die onze Auteurswet daaraan moest aanpassen verscheen pas in 1972 in het Staatsblad en trad in 1973 in werking.(18)

Lid 1 van het - nadien niet meer herziene - art. 6bis van de Brusselse tekst van de Berner Conventie luidt, in de Nederlandse vertaling:

'Onafhankelijk van de vermogensrechtelijke auteursrechten, en zelfs na overdracht van die rechten, behoudt de auteur gedurende zijn gehele leven het recht om het auteurschap van het werk op te eisen, en 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 goede naam.'

4.5. In de MvT 1972 bij de wijziging van art. 25 Aw is te lezen:

'Lid 1 onder c. [thans: lid 1 onder d, A-G] Deze bepaling vloeit voort uit de invoering te Brussel in artikel 6bis der Conventie van de woorden 'ou ? tout autre atteinte ? la m?me oeuvre'. Zulk een 'aantasting' (atteinte) waarbij aan het werk zelf niets hoeft te zijn veranderd, kan bij voorbeeld voorkomen, indien het wordt gepubliceerd in een vorm of in een omgeving van min allooï, z? 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 voorkomende termen vormen. De toevoeging van de woorden 'of aan zijn waarde in deze hoedanigheid' past volkomen bij de strekking der bepaling.'(19)

Aan de parlementaire geschiedenis valt voorts het volgende te ontleen. Bij een op 30 juni 1971 gehouden openbaar gehoor waren bedenkingen geuit tegen het voortduren van het droit moral na de dood van de maker. Daarbij werd de vraag gesteld of de nabestaanden van een architect het verbouwen of slopen van een gebouw tot 50 jaar na de dood van de auteur-architect (de destijds geldende duur van het auteursrecht, A-G), kunnen verhinderen.(20)

Bij de mondelinge behandeling werden deze bezwaren door het kamerlid Geurtsen (VVD) aan de minister voorgelegd. Kamerlid Roethof (PvdA) meende eveneens dat zo'n postmortale bescherming bij architecten bezwaarlijk zou kunnen zijn. Volgens hem was dit een 'ernstige inbreuk op de bewegingsvrijheid van de gemeenschap in het algemeen en van eigenaren van kunstzinnige bouwwerken in het bijzonder'. Dit kamerlid zag geen ruimte voor een verdergaande bescherming dan de Monumentenwet in dit opzicht biedt.(21) In reactie hierop antwoordde minister Van Agt:

'Bij het voorbeeld dat de heer Geurtsen heeft genoemd van de beschermde bouwwerken die een goede stadsreconstructie in de weg staan, wil ik alleen de kanttekening plaatsen, dat ik nog niet zie, dat het auteursrecht hier een belemmering betekent. Artikel 25 - het artikel betreffende het 'droit moral' - wil alleen voorkomen, dat de eer of de reputatie van de maker wordt aangetast. Dat kan natuurlijk gebeuren, wanneer in gebouwen veranderingen worden aangebracht. Ik betwijfel toch, mijnheer de voorzitter, of dit ook geldt voor het geheel amoveren van het gebouw.'(22)

#### **Literatuur en lagere jurisprudentie**

4.6. De Hoge Raad heeft zich over de rol die artikel 25 lid 1 sub d Aw (al dan niet) bij de vernietiging van werken speelt nog niet (ondubbelzinnig) uitgesproken. Wel zijn enkele arresten geweest die aan de problematiek raken, en die ik hieronder in nrs. 4.14-4.20 zal bespreken.

In de (lagere) jurisprudentie en in de literatuur is de kwestie herhaaldelijk aan bod gekomen. Daarbij kunnen verschillende standpunten worden onderscheiden.

4.7. E?n opvatting luidt, dat art. 25 lid 1 sub d Aw in het geheel niet op vernietiging van werken van toepassing is. In deze zin oordeelde in 1990 hof 's-Hertogenbosch, dat in vernietiging geen 'aantasting' (noch misvorming of verminking) zag, en de bepaling beperkt achtte tot gevallen waarin het werk(exemplaar), zij het in veranderde vorm, blijft voortbestaan.(23) In deze zelfde zin - met bredere motivering - luidde het oordeel van de rechtbank in de onderhavige zaak Jelles/Zwolle. De rechtbank voegde daaraan toe dat een andersluidende opvatting tot een te absolute bescherming zou leiden.(24),(25)

4.8. In haar noot onder het thans ter beoordeling staande arrest van het Arnhemse hof wijst J.I. Krikke erop dat rechtbank en hof het begrip 'atteinte' niet taalkundig behoeften uit te leggen, omdat artikel 6bis Berner Conventie (blijkens het werk van Ricketson over deze Conventie) niet de vernietiging van werken omvat.(26)

4.9. Dit is juist. Bij de Diplomatieke Conferentie van Brussel in 1948 werd terzake van de vernietiging van werken een resolutie aangenomen, luidende:

"Constatant que l'article 6bis de la Convention, s'il permet ? l'auteur de s'opposer ? toute d?formation, mutilation ou autre modification de son oeuvre, ou ? tout autre atteinte ? la m?me oeuvre qui serait pr?judiciable ? son honneur ou ? sa r?putation, n'interdit pas en termes expr?s la destruction des oeuvres, la Conference ?met le voeu que les Pays de l'Union introduisent, dans leur l?gislation interne, des dispositions prohibant la destruction des oeuvres litt?raires et artistiques."(27)

Er was sprake van een 'voeu', maar niet van een voorschrift. Ricketson schrijft in zijn magnum opus van 1986:

'This was a clear acknowledgement that article 6bis (1) did not require Union members to prohibit the destruction of works as part of the protection to be given to moral rights. No proposal to amend article 6bis (1) further in this regard was made at the Stockholm Conference, and accordingly destruction still remains outside the scope of the article.' (28)

4.10. Het standpunt dat art. 25 lid 1 sub d Aw niet beschermt tegen vernietiging, is in Nederland rond 1990 ingenomen door S. Gerbrandy en H. Cohen Jehoram. Bij Gerbrandy valt dit af te leiden uit diens standpunt dat bescherming tegen vandalisme in het gemene recht moet worden gezocht.(29) Volgens Cohen Jehoram is aantasting van de reputatie van de maker slechts mogelijk wanneer het werk (in verminkte vorm) voortbestaat.(30)

Ook H.C. Wesseling meent dat een afbraakverbod, dat hij maatschappelijk onaanvaardbaar acht, niet op art. 25 Aw kan worden gebaseerd.(31) Wel mag volgens deze schrijver van een eigenaar worden gevegd, dat deze de maker of belangstellenden in de gelegenheid stelt om het gebouw af te breken en elders op te bouwen, alsmede om documentatie te verkrijgen van het af te breken werk. Du Bois verzet zich 'tegen het algemene uitgangspunt dat onder aantasting ook sloop moet worden verstaan en dat er bij aantasting geen belangenafweging mag plaatsvinden'.(32)

In 1999 heeft een Commissie gedragslijn voor de museale beroepsethiek(33) zich - naar aanleiding van een incident in het Haags gemeentemuseum - uitgelaten over vernietiging van kunstwerken. Het ging niet specifiek over bouwwerken, maar over monumentale kunst zoals muurschilderingen. De commissie overwoog onder meer:

'Naar de huidige Nederlandse rechtsopvatting in het auteursrecht verzetten de morele rechten van de auteur zich niet tegen de vernietiging van het stoffelijk exemplaar van een kunstwerk door diegene die beschikkingsbevoegd is over dat exemplaar. Dat neemt echter niet weg dat de gedragsregels de uitoefening van deze beschikkingsbevoegdheid normeren.

Het gebouw en de daarop aangebrachte kunstwerken vormen, evenals de collectie, een dynamisch geheel, dat niet voor eens en voor al op een historisch punt kan worden gefixeerd. Voorts is niet te vermijden dat de artistieke opvattingen over de samenstelling van een

collectie [...] zich wijzigen, zodat een nieuwe directeur niet zonder meer gebonden is aan de historische keuzen van zijn voorganger, al dient hij deze wel te respecteren. Een directeur die afwijkt van het collectiebeleid van zijn voorganger heeft dus een bijzondere motiveeringsplicht om aan te geven waarom hij dit doet, en dat geldt ook voor de kunstwerken die mede in het gebouw zijn aangebracht [...]. Bovendien kunnen er bouwkundige overwegingen zijn [...] om werken te verwijderen, ook als dit tot vernietiging leidt.

[...]

Wanneer tot verwijdering wordt besloten en de verwijdering niet zodanig kan plaatsvinden dat het oorspronkelijke werk behouden blijft en eventueel op dezelfde plaats of elders kan weer kan worden aangebracht (zoals bij muurschilderingen), dient de directeur de volgende stappen ter voorbereiding van het besluit te nemen:

- er dient een ad hoc commissie van deskundigen te worden ingesteld die haar terzake adviseert;
- er dient een behoorlijke fotografische documentatie van het werk, v??r verwijdering, te worden gemaakt;
- de auteur of diens erfgenamen of zaakwaarnemers dienen tijdig op de hoogte te worden gesteld van de voorgenomen verwijdering die tot vernietiging zal leiden, zodat ook zij in de gelegenheid zijn het werk fotografisch te documenteren. Dan kan ook overleg worden gepleegd over teruggave van het werk of delen daarvan.'

Krikke verdedigt dat vernietiging buiten art. 25 lid 1 sub d Aw valt, althans zou moeten vallen, omdat van een overheidsorgaan reeds op grond van de AWB een zorgvuldige belangenafweging kan worden verlangd.

4.11. De andere opvatting, dat art. 25 lid 1 sub d Aw wel op vernietiging toepasselijk is (waarbij deze dan meestal onder 'andere aantasting' wordt begrepen), lijkt in de Nederlandse literatuur en lagere rechtspraak ongeveer even veel steun te vinden.(34) Aanstonds moet echter worden opgemerkt dat velen van degenen die dit uitgangspunt kiezen, daarmee allerminst verdedigen dat dit als regel zou moeten leiden tot een verbod van vernietiging. Doorgaans wordt ook vanuit deze optiek begrip getoond voor de belangen die zich tegen 'eeuwigdurende' bescherming tegen vernietiging van werken kunnen verzetten, en wordt de aandacht gevestigd op andere wegen om niet (steeds) die consequentie te hoeven trekken.(35)

4.12. Exemplarisch voor deze opvatting is het arrest van het Arnhemse hof dat thans ter discussie staat. Een vergelijkbare benadering is ook in andere rechterlijke uitspraken gevolgd.(36) Zij kan voorts worden aange troffen bij Quaedvlieg en Van Lingen.(37) Omdat art. 25 lid 1 sub d, anders dan onderdeel c van dit artikellid, geen redelijkheidstoets noemt, lijkt de bescherming tegen aantasting een meer absoluut karakter te hebben dan de in sub c neergelegde bescherming tegen wijzigingen. Maar in de hier beschreven tweede opvatting (dat vernietiging onder aantasting valt) wordt een belangenafweging veelal(38) toch mogelijk geacht: al dan niet bij het onderzoek of de vernietiging 'nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of goede naam van ma-

ker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid', oftewel 'reputatieschade'(39).

Volgens Kabel gaat het daarbij, vanwege de gerichtheid op de reputatieschade, niet om een (echte) belangenafweging.(40) Bij Spoor/Verkade wordt daarentegen geen wezenlijk verschil gezien tussen de redelijkheidstoets bij het verzet tegen wijzigingen (sub c) en de toetsing aan het vereiste van reputatieschade (sub d).(41) In beide gevallen kunnen de belangen van de eigenaar bij de sloop in de beoordeling worden betrokken. Volgens Quaedvlieg vloeit de mogelijkheid om een belangenafweging te maken rechtstreeks voort uit de aard van het 'droit au respect' zelf: bij het 'droit au respect' kan niet worden gesproken van een 'absoluut recht', maar (buiten contract) van een jegens de auteur in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm, die naar zijn aard op een belangenafweging berust.(42)

4.13. Wat de uitkomst van die beoordeling betreft (toegespitst op de onderhavige materie), geven volgens Quaedvlieg verschillende factoren grond tot relativering van het recht van de maker. Quaedvlieg noemt: de bestemming van het werk (bij een meer functionele bestemming, zoals bij bouwwerken, is minder ruimte voor verzet van de maker tegen wijzigingen/aantasting); de mate van oorspronkelijkheid van het werk (naarmate het om een minder oorspronkelijk werk gaat, is minder plaats voor verzet van de maker); het tijdsverloop (naarmate langere periode is gelegen tussen plaatsing en afbraak is minder ruimte voor verzet van de maker).(43)

Ook Van Lingen doet zijn standpunt dat sloop van een bouwwerk als aantasting kan worden gezien, vergezeld gaan van de opmerking dat bij de invulling van het nadeelcriterium alle omstandigheden van het geval moeten worden afgewogen, om te voorkomen dat legitieme belangen bij sloop het steeds zouden afleggen wanneer de architect reputatieschade stelt.(44)

Bij Spoor/Verkade leest men de mening dat niet steeds kan worden gevegd dat de eigenaar van een gebouw (tot in lengte van jaren) de integriteit van het werk bewaakt. Wanneer de eigenaar moet besluiten tot afbraak of verbouwing, zal de maker (architect) zich daarbij moeten neerleggen.(45)

#### **Rechtspraak van de Hoge Raad**

4.14. De Hoge Raad heeft zich, naar men aanneemt, niet eerder ondubbelzinnig uitgesproken over de vraag of vernietiging al dan niet valt onder 'misvorming, verminking of andere aantasting' in de zin van art. 25 lid 1 sub d (voorheen sub c) Aw. Een drietal door de Hoge Raad gewezen arresten ligt evenwel dicht tegen de onderhavige problematiek aan. Dit geldt het meest voor HR 16 november 1984, NJ 1985, 270 m.nt. LWH (Miletic/Amsterdam, 'Miletic II').

Het ging in die procedure om een beeldend kunstenaar (Miletic), van wie een aantal kunstwerken verloren waren gegaan doordat bij een ontruiming van het pand waarin hij was gehuisvest, door handelen van de Amsterdamse gemeentereinigingsdienst een (groot) aantal van zijn werken waren afgevoerd. De zaak leidde tot een drietal arresten van de Hoge Raad.(46) In het arrest

Miletic II, waarin de schadevergoeding centraal stond, overwoog de Hoge Raad:

'De feiten waarop Miletic zijn vordering tot schadevergoeding heeft gegrond en die voor het hof aanleiding waren de gemeente voor de onderhavige schade aansprakelijk te achten, komen erop neer dat de ten processe bedoelde werken door onrechtmatige gedragingen aan de zijde van de gemeente verloren zijn gegaan. Mogelijk is dat zodanige gedragingen in de gegeven omstandigheden tevens een grond opleveren voor toekenning van vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade, met name wanneer die gedragingen tevens een "aantasting" van die kunstwerken opleveren in de zin van art. 25, eerste lid, aanhef en onder c [thans: d, A-G] Auteurswet, en daarmee van het daarbedoelde persoonlijkheidsrecht van de maker. Daartoe is evenwel het enkele verloren gaan van die kunstwerken door een onrechtmatige daad van de gemeente niet voldoende.'(47)

4.15. De heersende opvatting in de literatuur is, als gezegd, dat de Hoge Raad in dit arrest niet ondubbelzinnig heeft beslist over de vraag of vernietiging onder art. 25 lid 1 sub d Aw valt.(48),(49) Naar de stand van vandaag kan niet meer en niet minder gezegd worden dan dat de Hoge Raad (in ieder geval) niet uitgesloten acht dat een geval van vernietiging van werken (al dan niet onder bijkomende omstandigheden) onder 'aantasting' in de zin van art. 25 lid 1 sub d Aw kan vallen. Hierbij moet worden aangetekend dat het hier ging om vernietiging door (vastgesteld) onzorgvuldig handelen van unieke en originele, niet utilitaire (beeldhouw)werken. Anders gezegd: een casus die 'hoog scoort' op de lijst van door Quaedvlieg onderscheiden factoren.

4.16. Met de onderhavige problematiek laten zich wellicht nog in verband brengen twee arresten, waarin de Hoge Raad zich heeft uitgesproken over de vraag of een opdrachtgever verplicht is een in opdracht vervaardigd werk vervolgens ook openbaar te maken.

4.17. In de procedure die leidde tot een arrest van de Hoge Raad uit 1985 ging het om een filmmaker (Frenkel) die in opdracht van de KRO, tegen betaling van een honorarium, een documentaire had gemaakt. In de overeenkomst had de KRO zich ook bij acceptatie van het werk, uitdrukkelijk volledige beslissingsvrijheid voorbehouden om al dan niet tot daadwerkelijke exploitatie (uitzending) over te gaan. Nadat een medewerker van KRO (Wijsen), de documentaire had aanvaard en uitzending daarvan had toegezegd, kwam diens opvolger op die beslissing terug, op grond van een (ander) kwaliteitsoordeel omtrent de documentaire en met een beroep op de schaarse zendtijd, die tot het maken van keuzes noopte.(50) De rechtbank en het hof wezen de vordering van Frenkel tot uitzending van de documentaire af. De Hoge Raad vernietigde evenwel het arrest van het hof, waartoe hij overwoog:

'Tussen partijen is een overeenkomst tot stand gekomen, waarbij Frenkel als free-lance auteur opdracht kreeg van KRO als zendgemachtigde een voor uitzending geschikte documentaire-film te maken. Aangenomen moet worden dat zulk een overeenkomst

naar zijn aard ten doel heeft dat de in opdracht vervaardigde film - ook al heeft de zendgemachtigde zich niet tot uitzending verplicht - na aanvaarding door deze daadwerkelijk zal worden uitgezonden en dat een zodanige overeenkomst niet is uitgewerkt wanneer het produkt is afgeleverd en het honorarium betaald, zodat ook nadien m.b.t. de uitzending, waarbij niet alleen de belangen van de zendgemachtigde, maar ook de belangen en morele rechten van de auteur betrokken zijn, rechten en verplichtingen uit de overeenkomst tussen partijen blijven bestaan. Daarbij is voorts van belang dat de vrijheid die de zendgemachtigde zich heeft voorbehouden om te beslissen of uitzending al dan niet plaats zal vinden, niet zo ver gaat dat hij bij zijn beslissing omtrent uitzending de gerechtvaardigde belangen en morele rechten van de auteur mag negeren'.

Vervolgens oordeelde de Hoge Raad de door Wijsen gedane toezegging diende te worden uitgelegd tegen de achtergrond van de aldus omschreven aard van de overeenkomst.(51) Na verwijzing wees het hof alsnog het beroep op de bedongen beslissingsvrijheid af.(52)

4.18. In 1994 heeft de Hoge Raad zich moeten uitspreken in een zaak over de vraag of een opdrachtgever (i.c. de gemeente Vlaardingen) verplicht was om tot daadwerkelijke plaatsing van een in opdracht vervaardigd en reeds goedgekeurd kunstwerk over te gaan, na protesten van de bewoners van het flatgebouw waarop het kunstwerk aangebracht zou worden.(53) Op grond van de aldus ontstane politieke druk onthield de gemeente, die wel het overeengekomen bedrag had voldaan, uiteindelijk haar medewerking aan de plaatsing. De tussen partijen gesloten overeenkomst bevatte geen verplichting tot plaatsing en voorzag in een ongeclausuleerde bevoegdheid voor de gemeente om het ontwerp af te keuren. Het hof wees de vordering van de kunstenaar af. De Hoge Raad vatte 's hofs arrest als volgt samen. Na goedkeuring van het ontwerp was bij de opdrachtnemer het gerechtvaardigd vertrouwen ontstaan dat tot plaatsing van het kunstwerk zou worden overgegaan. Op dat moment was voor de gemeente sprake van een 'in beginsel geldende' verplichting tot plaatsing van het kunstwerk. Bij het vaststellen waartoe die verplichting hier strekte, dienden - langs de weg van de redelijkheid en billijkheid - evenwel de belangen van derden te worden meegewogen. Aan deze belangen moest in dit geval, nu het niet een kwestie van smaak betrof en het evenmin om een kortdurende plaatsing ging, ten opzichte van het evidente belang van de kunstenaar bij plaatsing, voorrang worden gegeven. Daarmee had het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (het aldus verworpen middel deed o.m. een beroep op art. 25 Aw).(54),(55)

4.19. De beoordeling van een verplichting tot publicatie of plaatsing van een werk, zoals in deze twee arresten aan de orde was, is verwant aan de situatie waarin een aangevangen exploitatie of voltooide plaatsing van een werk (al dan niet door sloop) wordt beïndigd.(56) Bij een beslissing om niet of niet langer tot plaatsing/publicatie over te gaan zal de reputatie van de maker in het geding kunnen zijn, en daarmee ook een

financieel belang van de maker: nl. ontbrekende of 'slechte' reclame voor het werk.

4.20. Daarnaast is er het morele belang van de maker om een eventueel in het werk besloten 'boodschap' te kunnen uiten. Dit gezichtspunt, hoe interessant ook, acht ik van minder belang in een context als de onderhavige, waarbij het gaat om sloop van een bouwwerk dat geruime tijd zichtbaar is geweest. En op een beperking bij het kunnen uitdragen van een 'boodschap' heeft Jelles zich ook niet specifiek beroepen.

### **Rechtsvergelijking**

4.21. In zijn vaker genoemde inaugurele rede wees Quaadvlieg erop dat de ontwikkeling van het persoonlijkheidsrecht plaatsvindt in het kader van een internationale dialoog.(57) Nu de op bouwwerken toegepaste problematiek ook elders nadrukkelijk de aandacht heeft getrokken, lijkt het eens te meer de moeite waard een blik over de grenzen te werpen.

4.22. De pendant van art. 6bis BC vind men in het Duitse Urheberrechtsgesetz in par. 14:

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.'

Bij de totstandkoming van het UrhG van 1965 heeft de wetgever nadrukkelijk stilgestaan bij de vraag of art. 14 van de nieuwe wet mede bescherming zou moeten bieden tegen vernietiging van (waardevolle) kunstwerken. Dit werd evenwel afgewezen. G. Schulze vat de Amtliche Begründung ten deze als volgt samen: Vielmehr sei die Erhaltung kulturell wertvoller Kunstwerke nicht Aufgabe des Urheberrechts, sondern des öffentlichen Denkmalschutzes.(58)

Afgezien van even genoemd wetshistorisch gegeven wordt aangenomen dat de bescherming van het droit au respect in Duitsland verder gaat dan door art 6bis BC is voorgeschreven.(59)

Dietz vat in het Urheberrecht Kommentar van Schricke c.s. de Duitse positie omtrent de vernietiging van werken in het algemeen als volgt samen:

'Die Werkvernichtung ist als schärfste Form der Beeinträchtigung zu qualifizieren. Dabei müssen aber die Eigentümerinteressen im Rahmen der Interessenabwägung gebührende Berücksichtigung finden, so daß übersteigerte und realitätsferne Ergebnisse vermieden werden. Gerade hier kommt es angesichts der großen Streubreite des Urheberrechtsschutzes in besonderer Weise auf den künstlerisch-ästhetischen Rang des betroffenen Werkes an. Ein Vernichtungsabwehrinteresse des Urhebers kann deshalb nur in der Regel nur bei hochwertigen Originalen der bildenden Kunst durchschlagen (...).(60)

Volgens G. Schulze zijn voor deze afweging van belang: of het exemplaar van het werk roerend of onroerend is, of het om een origineel exemplaar of om een reproductie gaat, de bekendheid van de maker, of de eigenaar bij machte is het werkexemplaar aan de kunstenaar of een derde over te dragen, alsmede de bestemming van het werk en zijn oorspronkelijkheidsgehalte.(61)

Bij Schricker/Dietz valt ten aanzien van bouwwerken nog te lezen:

'Bei Bauwerken und mit dem Boden fest verbundenen Gro?plastiken oder Plastiklandschaften (...) kann ein Vernichtungsabwehrinteresse des Urhebers gegen das Gebrauchsinteresse des Eigent?mers im Ergebnis nicht durchschlagen; zuzumuten ist dem Eigent?mer hier jedoch wenigstens (...) ein Recht, das Werk zu fotografieren und auf eigene Kosten Kopien der Pl?ne zu erhalten, oder zumindest der Versuch einer einvernehmlichen schonenden L?sung unter Einbeziehung der Bedenken des K?nstlers.'(62)

De belangrijkste in de Duitse literatuur op dit punt aangehaalde jurisprudentie betreft niet de (totale) vernietiging van (bouw)werken, maar het geval van een ten dele overgeschilderd en daardoor verminkt fresco(63), en een geval van een op een bouwwerk aangebracht werk van beeldende kunst.(64)

Recentelijk is evenwel een uitspraak gewezen omtrent de gedeeltelijke vernietiging van een in de jaren '60 van de vorige eeuw gebouwde kerk. Volgens het Oberlandesgericht M?nchen was verzet tegen de algehele afbraak niet mogelijk, maar was de in dit geval voorgenomen gedeeltelijke sloop van de kerk ontoelaatbaar. Een gedeeltelijke vernietiging zou alleen dan mogelijk zijn, indien het resterende deel niet meer op enigerlei wijze aan het vroegere bouwwerk herinnert.(65)

4.23. Bij de bespreking van het 'droit au respect' onderkent de Franse literatuur het specifiek utilitaire karakter van werken van architectuur.(66) Gezien dit karakter kan de architect geen absolute bescherming verlangen; praktische eisen kunnen eraan in de weg staan het bouwwerk tot in het oneindige te behouden.(67) De Franse rechtspraak blijkt voor bouwwerken dan ook voor praktische oplossingen te kiezen, waarbij een evenwicht wordt gezocht tussen de rechten van de auteur en die van de eigenaar.(68) Lucas en Lucas huldigen ook meer in het algemeen de opvatting dat men niet principieel de eigenaar van een exemplaar van een werk diens (in art. 544 van de Code Civil besloten) recht om het hem toebehorende materi?le object te veranderen of te vernietigen, kan ontnemen. Wel rust volgens hen op de eigenaar de plicht om de maker van de beoogde vernietiging op de hoogte te stellen en deze het recht te geven het werk(exemplaar) terug te nemen.(69)

4.24. In section 80 van de Britse Copyright, Designs and Patents Act 1988 is het op art. 6bis BC gebaseerde 'right to object to derogatory treatment of a work' neergelegd.(70) Ingevolge lid 2 sub b van dit artikel is van een 'derogatory treatment' sprake 'if it amounts to distortion or mutilation of the work or is otherwise prejudicial to the honour or reputation of the author or director'. Het artikel bevat een afzonderlijke bepaling voor 'artistic works', waaronder (zie artikel 4 van de Act) ook bouwwerken vallen. In art. 80 zijn evenwel alleen werken van architectuur 'in the form of a model for a building' beschermd, het gebouw zelf is van deze regeling uitgesloten. De regeling voorziet ten aanzien van de 'derogatory treatment' van het eigenlijke bouwwerk zelf, uitsluitend in het recht van de architect om,

indien op het gebouw een aanduiding van de maker is aangebracht, te vorderen dat deze zal worden verwijderd (art. 80 lid 5).(71) Laddie, Prescott en Vitoria menen dat onduidelijk is of de vernietiging van werken in het algemeen onder artikel 80 valt. Zij achten onwaarschijnlijk dat de rechter zich in die zin zou uitspreken.(72) Volgens Cornish en Llewelyn blijft bij vernietiging niets over, dat voorwerp van de in art. 80 genoemde verboden handelingen kan zijn.(73)

4.25. Het Zwitserse Urheberrechtsgesetz (URG) van 1993 kent een op de vernietiging van unieke exemplaren betrekking hebbend artikel 15. Het luidt (mijn cursivering):

'Schutz vor Zerst?rung

1. M?ssen Eigent?mer und Eigent?merinnen von Originalwerken, zu denen keine weiteren Werkexemplare bestehen, ein berechtigtes Interesse des Urhebers oder der Urheberin an der Werkerhaltung annehmen, so d?rfen sie solche Werke nicht zerst?ren, ohne dem Urheber oder der Urheberin vorher die R?cknahme anzubieten. Sie d?rfen daf?r nicht mehr als den Materialwert verlangen.

2. Sie m?ssen dem Urheber oder der Urheberin die Nachbildung des Original exemplars in angemessener Weise erm?glichen, wenn die R?cknahme nicht m?glich ist.

3. Bei Werken der Baukunst hat der Urheber oder die Urheberin nur das Recht, das Werk zu fotografieren und auf eigene Kosten Kopien der Pl?ne herauszuverlangen.'

Een architect kan zich, gelet op lid 3 van het artikel, niet op grond van auteursrecht tegen vernietiging van het bouwwerk verzetten.(74) Teneinde het de architect mogelijk te maken het in lid 3 toegekende recht (het werk te fotograferen en kopie?n van de tekeningen te maken) uit te oefenen, rust op de eigenaar de plicht om de architect tijdig over de geplande afbraak te informeren.(75)

4.26. De Belgische auteurswet van 1994 geeft de auteur in art. 1, ?2, laatste lid, het recht zich te verzetten tegen de misvorming, verminking of andere wijziging van het werk, die zijn eer of reputatie kunnen schaden.(76) Volgens Berenboom kan een auteur zich op grond hiervan verzetten tegen de vernietiging van het origineel van een werk, niet van reproducties daarvan.(77) Aan de rechter zou evenwel steeds zijn overgelaten te oordelen of de vernietiging een reputatieschadend karakter draagt, waarbij deze de belangen tussen de maker en die van de eigenaar moet afwegen, in welke afweging de motieven voor de vernietiging zouden moeten worden betrokken.(78) Corbet acht de vernietiging aanvaardbaar, wanneer het werk bestemd was om in een bepaalde omgeving te worden ge?ntegreerd en die omgeving ophoudt te bestaan.(79) De Visscher en Michaux wijzen op het belangenconflict tussen de architect en de eigenaar van het gebouw in het geval van door de laatste gewenste wijzigingen. Zij vervolgen dat de jurisprudentie en de doctrine in dit soort gevallen niet gearzeld hebben de moreelrechtelijke aanspraken van de architect als misbruik van recht aan te mer-

ken.(80) De geraadpleegde bronnen geven niet blijk van relevante Belgische jurisprudentie.(81)

4.27. Uit het voorgaande blijkt dat, ofschoon in de besproken landen bij originele werken van (beeldende) kunst soms wel een vergaande bescherming is aanvaard, in geen van deze landen de architect een absolute bescherming geniet tegen vernietiging van zijn bouwwerk. In Duitsland, Frankrijk en België lijkt te worden erkend dat een architect zich uiteindelijk bij de vernietiging van het werk moet neerleggen. In het Verenigd Koninkrijk en in Zwitserland zijn bouwwerken zelfs uitdrukkelijk van de bescherming tegen vernietiging uitgesloten. Met de belangen van de architect wordt in de onderzochte stelsels veelal w?l op een andere wijze rekening gehouden, door hem, soms uitdrukkelijk in de wet, het recht toe te kennen zijn werk te documenteren.

#### **Verdere aanpak; tussenconclusie**

4.28. Het - onvoorwaardelijke - incidentele cassatiemiddel beoogt de Hoge Raad te brengen tot een uitspraak over de vraag of vernietiging van een (bouw)werk als dan niet begrepen dient te worden onder de in art. 25 lid 1 sub d Aw bedoelde 'misvorming, verminking of andere aantasting'.

In haar s.t. (nr. 16) toont de gemeente zich alleszins bewust van de omstandigheid dat de Hoge Raad aan deze (principi?le) vraag niet hoeft toe te komen. Aan de gemeente kan vanuit rechtsvorderlijk gezichtspunt worden tegengeworpen dat zij geen processueel belang heeft bij de door haar in incidenteel beroep gevorderde vernietiging van 's hofs arrest, nu het arrest - gezien de bekrachtiging door het hof van het vonnis van de rechtbank - de gemeente qua resultaat volledig in het gelijk heeft gesteld. Overeenkomstig haar conclusies in de feitelijke instanties zijn de vorderingen van Jelles immers geheel afgewezen, met veroordeling van Jelles in de kosten van beide instanties. Aldus bezien, zou de mogelijkheid bestaan dat (de materie van) het incidentele middel alleen aan de orde komt indien en nadat de Hoge Raad het principale beroep van Jelles tegen - kort gezegd - de afwijzing van diens beroep op 'reputatieschade' geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard zou hebben.

4.29. De gemeente doet intussen een (min of meer klemmend) beroep op uw Raad om in deze zaak de gelegenheid te nemen een uitspraak te doen over deze kwestie, die ook naar mijn mening belangrijk mag heten. De kwestie is, om de gedachten te bepalen, m.i. wel van zodanige orde dat bij gebreke aan een gewoon cassatieberoep, een verzoek tot het instellen van beroep in cassatie 'in het belang der wet' passend zou zijn. Afgezien van de principi?le kant, gaat het om een kwestie die in de laatste decennia tot enige tientallen rechtszaken heeft geleid, met duidelijke verdeeldheid in opvattingen bij de feitelijke instanties, en met wederzijds telkens grote ide?le respectievelijk financi?le belangen. In de tijdlijn van die twintig jaar tonen de voor de rechter gebrachte zaken eerder een stijgende dan een dalende tendens.

4.30. Te meer reden om de materie van het incidentele beroep van de gemeente inderdaad te beoordelen - en

zulks voorafgaand aan het principale beroep - is er, nu het nogal 'academisch' aandoet om - al dan niet uitvoerige - overwegingen te wijden aan de vraag of het hof de juiste maatstaven heeft aangelegd en genoegzaam gemotiveerd heeft bij de afwijzing van de door Jelles gestelde reputatieschade, terwijl 'in de lucht hangt' of voor een zodanige discussie eigenlijk wel reden is: een reden die ontbreekt als vernietiging niet door art. 25 lid 1 sub d Aw bestreken blijkt te worden.

Dat geldt voor deze zaak. Daarnaast geldt - in een positieve spiegelbeeldvariant van art. 81 RO - dat de Hoge Raad bij uitstek de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling kan dienen door ten deze een oordeel te geven. Indien bekend is dat de Hoge Raad de vernietiging w?l onder art. 25 lid 1 sub d Aw begrijpt, hebben in volgende zaken verdere - al dan niet uitvoerige - debatten over 'reputatieschade' zin. Indien de Hoge Raad tegengesteld oordeelt, heeft een debat daarover op die grondslag geen zin. Indien de Hoge Raad zich ten deze niet uitsprekt, blijven partijen elkaar en de rechterlijke instanties voorlopig - tot een later arrest waarin de Hoge Raad zich wel zou mo?ten uitspreken - bezig houden met debatten over reputatieschade, terwijl dit luchtfietserij kan blijken te zijn.

4.31. Met de procespartijen moet ik afwachten of de Hoge Raad het geboden dan wel geraden acht het onderwerp van (althans onderdeel I.1) van het incidentele middel van de gemeente te beoordelen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door dit te betrekken in een aan de beoordeling van het principale middel voorafgaande 'vooropstelling'.

Ook acht ik denkbaar dat de Hoge Raad - uiteraard alleen indien hij van oordeel zou zijn dat vernietiging van een bouwwerk niet onder de 'misvorming, verminking of andere aantasting' van art. 25 lid 1 sub d Aw valt - bij de beoordeling van Jelles' principale middel toepassing geeft aan art. 25 (nw; art. 48 oud) Rv. Aan desbetreffende literatuur ontleen ik ten deze het volgende. Omdat de Hoge Raad niet ambtshalve casseert, is aanvulling van rechtsgronden ten gunste van eiser in cassatie slechts mogelijk in het door de cassatiemiddelen omliggende gebied. De Hoge Raad kan wel rechtsgronden aanvullen om het cassatieberoep te verwerpen. Is volgens de Hoge Raad de uitspraak van de feitenrechter in resultaat juist, dan kunnen klachten over de wijze waarop de rechter tot dat resultaat is gekomen, hem niet baten. De Hoge Raad kan dan op zo nodig ambtshalve bijgebrachte gronden de bestreden uitspraak in stand laten.(82) De Hoge Raad kan daarbij in het midden laten of het middel gegrond is, met de overweging dat de bestreden uitspraak op andere dan de daarin opgenomen gronden in haar resultaat juist is. In dat geval mist de (principale) eiser belang bij zijn beroep.(83) Indien aldus (of in het parcours van een aan de beoordeling van het principale middel voorafgaande 'vooropstelling') het principale middel wordt verworpen, zal vervolgens het incidentele beroep kunnen worden afgewezen bij gebrek aan belang (bij afzonderlijke behandeling daarvan).

4.32. Thans dien ik van mijn kant in deze conclusie een keuze te maken ten aanzien van de vraag of vernieti-

ging al dan niet onder de 'misvorming, vermindering of andere aantasting' van art. 25 lid 1 sub d Aw ware te begrijpen.

4.33. Ik kies voor een ontkennende beantwoording. Ik licht dat als volgt toe.

4.34. Vanuit verdrags- en wetshistorisch oogpunt weegt voor mij vooreerst zwaar dat, bij de herziening van de Berner Conventie in 1948, de Verdragsluitende Partijen van de Berner Conventie aan de Verbondsstaten uitdrukkelijk de vrijheid hebben willen laten de vernietiging w?l of niet onder het persoonlijkheidsrechtelijke 'droit au respect' te brengen. Die vrijheid is uiteraard niet voor niets gelaten: men moet zich van het hevige belangenconflict tussen de auteur/(architect) en de eigenaar alleszins bewust zijn geweest.

4.35. Vanuit wetshistorisch oogpunt weegt voor mij vervolgens zwaar dat de Nederlandse wetgever ter gelegenheid van de implementatie in 1972 van het in 1948 herziene artikel 6bis BC, weliswaar geen duidelijke keuze heeft gemaakt, maar dat (vanuit de Tweede Kamer) bezorgdheid is geuit over de verstrekking van aanspraken van architecten ten deze, terwijl (van regeringswege, minister Van Agt) twijfel is uitgesproken of het recht van art. 25 lid 1 sub d zou kunnen worden ingeroepen bij het geheel amoveren van het gebouw. Een en ander duidt in ieder geval niet op een wens van de wetgever om de vernietiging van (bouw)werken onder deze bepaling te brengen.

4.36. Rechtsvergelijking liet zien dat verschillende nationale wetgevers die langer bij de vraag hebben stilgestaan dan de Nederlandse wetgever in 1972, meer of minder expliciet ervoor hebben gekozen de vernietiging ni?t onder het persoonlijkheidsrechtelijke 'droit au respect' te begrijpen: zo Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. In Frankrijk en in België? bestaat in de rechtspraak respectievelijk de literatuur grote terughoudendheid.

4.37. Tot zover mijn verdrags- en wetshistorische en rechtsvergelijkende argumentatie.

4.38. Grammaticale interpretatie van art. 25 lid 1 sub d Aw heeft geen zin, naar eerder bleek. 'Wetssystematische' interpretatie leidt m.i. ten deze ook niet tot iets vruchtbaars.

4.39. Blijft de teleologische interpretatie, anders gezegd een afweging van voor- en nadelen van de ene of de andere interpretatiemogelijkheid. Uiteraard gaat het hier om een (eind)keuze na weging van de vele argumenten die door wetgevende en rechterlijke instanties, en in de literatuur eerder zijn gewogen respectievelijk naar voren zijn gebracht.

4.40. Hier doet zich vooreerst de complicatie voor dat het ene werk het andere niet is. Simpele voorbeelden: de tekening van 'onze hond' door een kind van zes jaar is niet het door een sneltekenaar gemaakte portret op een van de Ramblas te Barcelona, en die tekening is weer niet de Beurs van Berlage. Maar de Auteurswet maakt ten aanzien van de bescherming als werk geen onderscheid.

Volgende complicatie: het ene exemplaar van een werk is niet het andere. Bij de drie voorbeelden hierboven ging ik steeds uit van unieke exemplaren. Maar van au-

teursrechtelijk beschermde etsen of litho's kunnen er tientallen (misschien honderden) zijn, van auteursrechtelijk beschermde sigarettenpakjes honderden miljoenen, en van een auteursrechtelijk beschermd gebouw als het Brusselse Atomium honderdduizenden (in miniatuur). De Auteurswet maakt ten aanzien van de bescherming echter - andermaal - geen onderscheid.

De (meeste) voorstanders van de uitleg van art. 25 Aw waarbij vernietiging w?l onder 'misvorming, vermindering of andere aantasting' wordt begrepen, bedekken deze Achilleshielen met het argument dat redressering van excessieve claims gevonden kan worden via het instrument van het vereiste van 'reputatieschade': (geen) 'nadeel aan de naam van de maker of aan zijn waarde in die hoedanigheid'. Dat doet veel aan de pijn af.

Maar m.i. niet genoeg. Er is een breed, en m.i. t? breed, gebied van 'grijze' gevallen tussen de Barcelonese sneltekenaar (als die tekenaar, na beroemd geworden te zijn, niet ook al recht heeft op conservering van door hem gemaakte portretten) en Berlage, respectievelijk tussen het unieke schilderij of bouwwerk enerzijds en de etsen of litho's of geautoriseerde afgietsels van bronzen beeldhouwwerken anderzijds.

4.41. Tot zover deze complicatie ten aanzien van werksorten en exemplarensoorten. Bij gebrek aan richtinggevende criteria om ten deze kaf en koren resp. bokken en schapen te scheiden, behoudens via het vage criterium van reputatieschade, pleit dat voor een ontkennende beantwoording van de vraag of vernietiging een 'andere aantasting' inhoudt.

4.42. Daarvoor pleit ook het volgende, nu uitgaande van de vernietiging van een uniek exemplaar van een auteur op tenminste sneltekenarsniveau.

Onderscheiding aan de hand van het criterium van 'reputatieschade' komt - zoals bij de bespreking van het principale middel nog zal blijken - in wezen neer op een belangenafweging. Ook al zijn wij in Nederland gewend aan rechterlijke belangenafweging, toch blijft dat in zekere zin een 'second best' methode. Een duidelijk uitgangspunt ('ja, tenzij' of 'neen, tenzij' met restrictief omschreven uitzonderingen) verdient, waar mogelijk, de voorkeur. Vergelijk art. 6:248 lid 2 BW met het 'on-aanvaardbaar'-criterium.

4.43. Hierboven gaf ik aan dat de wetgever m.i. - zij het niet al te expliciet - zo'n keuze gemaakt heeft, en wel ten voordele van de eigenaar van het (bouw)werk.

Bij een interpretatie in andere zin wordt m.i. een - in het licht van verdrags- en wetsgeschiedenis, en in het licht van rechtsvergelijkende gegevens - niet gerechtvaardigde 'bewijslast' op de eigenaar van het exemplaar van het werk gelegd.

4.44. Voor zover mijn opinie tot dusverre al zou aanspreken, heb ik nog niet voldoende aandacht gegeven aan door mij als sympathiek ervaren, in het buitenland wel gehanteerde procedure-eisen. Die kunnen inhouden dat de auteur van een te vernietigen uniek of bijna-uniek origineel exemplaar wordt verwittigd, met het oog op herberaad over de voorgenomen vernietiging, en/of overdracht of verplaatsing (bij gebouwen doorgaans uitgesloten), en/of fotografische documentatie.

Ook als men met maatregelen als deze sympathiseert, rijst de vraag of zij als rechtsregels kunnen gelden, en zo ja hoe. Positivering via het voertuig van de 'reputatieschade' - hoe aanvaardbaar het hof daarmee in casu ook is omgegaan, zoals zal blijken bij mijn bespreking van het principale cassatiemiddel - acht ik daartoe niet de meest aangewezen weg. Ook hier heb ik moeite met een systeem waarbij - als regel - de eigenaar van het stoffelijk exemplaar inbreuk op een subjectief recht van de auteur zou maken, indien de eigenaar van het stoffelijk exemplaar niet aan maatregelen als boven bedoeld zou hebben voldaan. Het bestaan van het 'grijze gebied' ten aanzien van werksoorten en exemplarensoorten, zoals boven aangeduid, versterkt mijn aarzeling.

4.45. De eigenaar van een uniek bouwwerk of monumentaal kunstwerk die zonder meer tot vernietiging overgaat, loopt het niet geringe risico zich de hoon vanuit de maatschappij als 'vandaal' of 'cultuurbarbaar' op de hals halen. Zo'n - begrijpelijke - diskwalificatie levert echter nog niet zonder meer een rechtsnorm op. Dat die diskwalificatie niet zonder meer een rechtsnorm oplevert, laat zich mede beargumenteren vanuit het gezichtspunt dat de auteur/architect zijnerzijds niet pas 'mondig' of 'bewust' behoeft te worden nadat de vernietiging een feit is, maar zijn werkelijke interesse in het unieke of bijna unieke exemplaar van zijn (bouw)werk ook gedurig aan de dag kan leggen: en zulks te meer naarmate hij dit werk meer representatief acht voor (perioden van) zijn oeuvre in het algemeen. Hij kan, om te beginnen, vanaf de eerste dag, de documentatie van zijn bouwwerk zelf verzorgen en bijhouden. Ik denk niet buiten de grenzen van de in cassatie als vaststaand aan te nemen feiten te treden als ik veronderstel dat de geïnteresseerde architect dit ook daadwerkelijk doet.

## 5. Bespreking van het incidentele cassatieberoep

5.1. Na het voorafgaande kan de bespreking van de middelen relatief kort zijn. Om de hierboven aangegeven redenen bespreek ik eerst (de materie van) het incidentele cassatieberoep.

5.2. Onderdeel I.1 stelt zich op het standpunt dat, anders dan het hof in rov. 4.2 heeft overwogen, in geval van sloop of vernietiging van een auteursrechtelijk werk geen sprake is van een 'misvorming, verminking of andere aantasting van het werk'; anders gezegd dat het hof heeft miskend dat art. 25 lid 1 sub d Aw op vernietiging van het werk niet van toepassing is.

5.3. De klacht van onderdeel I.1 acht ik - materieel - terecht voorgesteld. Ik verwijs naar mijn overwegingen in nrs. 4.33-4.45 supra.

5.4. Onderdeel I.2 klaagt dat het hof zich in de bestreden overweging ten onrechte op art. 6bis lid 1 Berner Conventie heeft gebaseerd. Volgens het onderdeel komt, ook indien art. 25 Aw niet met art. 6bis BC in overeenstemming zou zijn, aan Jelles geen rechtstreeks beroep op die bepaling toe.

Deze klacht heeft kennelijk een subsidiair karakter. Bij (materiële) gegrondbevinding van het onderwerp van onderdeel I.1 kan beoordeling van onderdeel I.2 achterwege blijven. Ik zal er niettemin aandacht aan geven.

5.5. Het onderdeel stelt op zichzelf terecht dat een Nederlander zich in een binnenlands geval niet rechtstreeks op de Berner Conventie kan beroepen: zo'n rechtstreeks beroep staat alleen buitenlandse makers in gevallen met een internationaal karakter, toe.(84) Dat betekent evenwel niet dat, voorzover (zoals bij art. 25 Aw) blijkt dat de wetgever een artikel uit de Auteurswet heeft gebaseerd op een bepaling uit de Berner Conventie (en daarbij geen blijk heeft gegeven binnenlandse makers een geringere bescherming te willen verlenen dan buitenlandse makers) bij de uitleg van zo'n bepaling de daaraan ten grondslag liggende conventiebepaling kan worden betrokken.

De Nederlandse wetgever zocht ter gelegenheid van de wetwijziging van 1972 voor de redactie van art. 25 Aw nauwe aansluiting bij art. 6bis van de herziene Berner Conventie.(85) Uit de parlementaire geschiedenis blijkt voorts niet dat de wetgever voor Nederlanders een lager beschermingsniveau wenste dan voor buitenlanders. Onder deze omstandigheden staat de gerichtheid van de Berner Conventie op internationale situaties op zichzelf niet eraan in de weg dat de rechter in een binnenlands geval bij zijn uitleg van de nationale bepaling het eraan ten grondslag liggende artikel uit de Berner Conventie (mede) betreft.

Vorzover in het onderdeel wordt geklaagd dat de rechter zulks, gelet op de opzet van de Berner Conventie niet mocht doen, wordt daarin het voorgaande miskend. Voorzover het onderdeel stelt dat het hof voor de beoordeling van de vordering van Jelles rechtstreeks heeft getoetst aan art. 6bis BC, mist het feitelijke grondslag.

5.6. Onderdeel I.3 klaagt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat art. 25 lid 1 sub d Aw eist dat sloop of vernietiging alleen met een 'goede reden' kan geschieden. Ook dit onderdeel heeft kennelijk een subsidiair karakter, en behoeft geen beoordeling bij (materiële) gegrondbevinding van de klacht van onderdeel I.1. Het onderdeel ontlokt mij niettemin de volgende aantekening.

5.7. Het onderdeel richt zich tegen een deel van een geheel van ruimere overwegingen. De bestreden overweging moet worden gelezen in samenhang met de daaropvolgende overwegingen. Voor zover het onderdeel erover zou willen klagen dat het hof de vraag of vernietiging/sloop (?berhaupt) onder art. 25 lid 1 sub d zou vallen, zou doen afhangen van een 'goede reden' voor vernietiging, mist het m.i. dan ook feitelijke grondslag. Als het middel zou klagen dat het hof, ervan uitgaande dat vernietiging een aantasting in de zin van art. 25 lid 1 sub d Aw oplevert, bij de beoordeling van de toelaatbaarheid ten onrechte de eis van een 'goede reden' zou stellen, zou ik dit onderdeel als potentieel subsidiair willen aanmerken. Dat zal dus wel niet bedoeld zijn. In elk geval faalt het naar mijn mening omdat - zoals ik bij de bespreking van het principale cassatiemiddel zal aangeven - uitgaande van een toetsing aan 'reputatieschade' een vorm van belangenafweging, en daarmee toetsing aan de vraag van aanwezigheid van een 'goede reden' zo niet geboden, dan toch rechtens aanvaardbaar en begrijpelijk is.

5.8. Het - eveneens kennelijk subsidiair voorgestelde - onderdeel 1.4 komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen het in rov. 4.2, laatste volzin, vervatte oordeel dat de auteur zich moet kunnen verzetten tegen vernietiging of sloop, als ultieme aantasting, indien dit zonder goede reden geschiedt, omdat zijn reputatie kan worden geschaad indien zijn schepping als een wegwerpartikel wordt gezien. De klachten komen erop neer dat het hof daarin heeft miskend dat onderscheid moet worden gemaakt tussen het (onstoffelijke) werk en het (stoffelijke) werkexemplaar, waarbij het morele recht van de auteur slechts op het werk rust, terwijl de eigenaar zeggenschap heeft over (de levensduur van) het object waarin het werk is belichaamd. Daarnaast zou 's hofs oordeel onvoldoende gemotiveerd zijn, omdat vernietiging van exemplaren van een werk een normaal (maatschappelijk) verschijnsel is. Voorzover het hof in zijn oordeel (impliciet) ervan is uitgaan dat onderscheid kan worden gemaakt tussen 'klassen' auteursrechtelijke werken, waarvoor voornoemde vraag verschillend beantwoord zou moeten worden, is het van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan, aldus het onderdeel.

5.9. De stelling van het onderdeel, dat het eigendomsrecht op een exemplaar ziet en het persoonlijkheidsrecht op het onstoffelijke werk, zodat conflictsituaties zich om die reden niet zouden kunnen voordoen, gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting.

Niettegenstaande het 'onstoffelijke' karakter van het auteursrechtelijke werk, kunnen (wijzigende, verminkende, misvormende of anderszins aantastende(86)) handelingen ten opzichte van exemplaren waarin het werk is neergelegd relevant zijn. W?l is bij de vraag of het 'droit au respect' is geschonden, naast andere factoren, van belang of het om een origineel (uniek) exemplaar gaat of om een reproductie, alsmede het functionele karakter (de bestemming) van het werk. De aard van het betrokken exemplaar speelt in deze zin dus een rol.

Dat vernietiging van exemplaren van werken een normaal maatschappelijk verschijnsel is, is juist (denk aan de auteursrechtelijk beschermde oude kranten). Dit is niet met het voorgaande in tegenspraak. Het recht om zich tegen zo'n vernietiging te kunnen verzetten, zal - in de hier besproken subsidiaire optiek - dan ook afhankelijk zijn van de omstandigheden, waaronder (mede) de aard van het werk, de omstandigheid of het om originele exemplaren gaat, en het oorspronkelijkheidsgehalte van dat werk. In de 'reputatieschade'-toets ligt een verdere afgrenzing besloten, omdat veruit de meeste gevallen van werkvernietiging (zoals bij de dagelijks voorkomende vernietiging van reproducties: het weggoien van een tijdschrift e.d.) geen reputatieschade zullen opleveren.

Voorzover het onderdeel klaagt dat het hof ten onrechte onderscheid heeft gemaakt naar 'klassen werken', faalt het eveneens. Weliswaar is juist dat zodra de (lage) drempel voor auteursrechtelijke bescherming gehaald is, op het werk het auteursrechtelijke regime van toepassing is. Daarmee is echter niet gezegd dat dit regime aan ieder werk in gelijke mate bescherming toekent. Reeds bij het exploitatierecht doet zich het verschijnsel

voor dat minder oorspronkelijke werken (met minder 'beschermde trekken'), minder bescherming genieten dan werken met een hoger oorspronkelijkheidsgehalte. Ook al wordt daarbij geen artistiek kwaliteitsoordeel van de rechter gevraagd, wel moet hij rekening houden met het oorspronkelijkheidsgehalte in auteursrechtelijke zin.(87) Van een indeling naar 'klassen' werken is daarbij overigens geen sprake: veeleer van een glijdende schaal of een beoordeling aan de hand van verschillende factoren, waarbij oorspronkelijkheidskarakter en functionele aspecten van het werk een rol spelen.

5.10. Het tweede incidentele cassatiemiddel keert zich tegen r.ovv. 4.3 t/m 4.12, waarin het hof onderzocht of in dit geval van reputatieschade sprake was. Onderdeel II.1 klaagt dat ook uit deze overwegingen blijkt dat het hof ten onrechte van de toepasselijkheid van art. 25 lid 1 sub d Aw op gevallen van sloop of vernietiging is uitgegaan, en dat het hof ten onrechte heeft gemeend dat reputatieschade mogelijk is wanneer van het werk niets meer resteert.

De klachten bouwen voort op de middelonderdelen I.1 en I.3 en delen het lot daarvan.

5.11. Middel III bevat geen klacht.

## **6. Bespreking van het principale cassatieberoep**

6.1. Indien de Hoge Raad bij of voorafgaand aan de bespreking van het principale beroep zou overwegen dat vernietiging van een (bouw)werk niet onder 'misvorming, vermindering of andere aantasting' in de zin van art. 25 lid 1 sub d Aw valt, moet zulks leiden tot afwijzing - bij gebrek aan belang - van het principale beroep van Jelles. Immers, in dat geval is de toetsing aan de vraag of daardoor nadeel kan zijn toegebracht aan de eer of de naam van de maker of zijn waarde in die hoedanigheid, niet meer aan de orde.

Aangetekend zij dat de vordering van Jelles uitsluitend op artikel 25 lid 1 sub d Auteurswet, en niet - ook niet subsidiair - op een andere grondslag is ingesteld.(88)

6.2. Indien de Hoge Raad oordeelt, of er hypothetisch van uitgaat, dat vernietiging w?l onder art. 25 lid 1 sub d Aw valt, diene - vanuit mijn optiek: subsidiair - het volgende.

6.3. Het principale middel richt zich tegen r.ovv. 4.5-4.6 en 4.10-4.13. Onderdeel 1.1 (onderdeel 1 bevat slechts een inleiding) klaagt dat het hof heeft miskend dat op grond van art. 25 lid 1 onder d Aw de/een architect het recht heeft zich te verzetten tegen afbraak van een door hem ontworpen (bouw)werk, tenzij hij daarbij geen in redelijkheid te respecteren belang heeft en derhalve misbruik maakt van recht. Volgens het onderdeel impliceert afbraak dat een bouwwerk onvoldoende belangwekkend is om behouden te blijven, hetgeen reputatieschade kan toebrengen aan de architect. Op grond hiervan is 's hofs bestreden oordeel onjuist dan wel onvoldoende gemotiveerd.

6.4. De in het onderdeel vervatte stelling berust in zijn algemeenheid op een onjuiste rechtsopvatting. Bij de beantwoording van de vraag of de maker/architect zich kan verzetten tegen afbraak van een door hem ontworpen bouwwerk, moet naar luid van artikel 25 lid 1 sub d getoetst worden aan het criterium of daardoor nadeel

kan worden toegebracht aan de eer of de naam van de maker of zijn waarde in die hoedanigheid.

Anders dan het onderdeel wil, kan dat nadeel niet verondersteld worden op basis van de loutere afbraak als zodanig. Ook de enkele omstandigheid dat een bouwwerk onvoldoende belangwekkend geacht wordt om te behouden, kan dit nadeel niet doen veronderstellen, nu de 'onvoldoende belangwekkendheid om te behouden' zeker niet als regel een negatief waardeoordeel impliceert. Het zal - mede in het licht van aspecten van kapitaalvernietiging aan de zijde van de eigenaar van het bouwwerk - veeleer het resultaat kan zijn van de afweging van het belang bij het behoud van het bouwwerk tegen andere - uiteindelijk zwaarder gewogen - belangen.

6.5. Onderdeel 1.2 acht rov. 4.5 rechtens onjuist, voorzover het hof daarin het antwoord op de vraag of de architect door afbraak van een door hem ontworpen gebouw mogelijk reputatieschade kan leiden, heeft laten afhangen van een belangenafweging. Volgens het onderdeel is daarbij geen ruimte voor een belangenafweging. Het onderdeel zoekt kennelijk aansluiting bij het eerder vermelde arrest van Hof Leeuwarden in de zaak Bonnema/SBB, NJ 1999, 707 ('De Golfslag').

Ook dit onderdeel gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting. Nog steeds subsidiair uitgaande van verwerping van de stelling dat vernietiging in het geheel niet onder art. 25 lid 1 sub d Aw valt, zullen - zoals hiervoor aangegeven - bij het antwoord op de vraag of nadeel kan worden toegebracht aan de eer of de naam van de maker of zijn waarde in die hoedanigheid, de belangen die de eigenaar van een gebouw heeft om al dan niet tot afbraak over te gaan, medebepalend zijn. Consequentie daarvan is dat tegenover het belang van de architect bij behoud van het werk, inderdaad acht geslagen dient te worden op de belangen van de eigenaar bij afbraak, en dat daarbij een weging dient plaats te vinden.

6.6. Onderdeel 1.3 klaagt dat het hof in r.ovv. 4.5 en 4.6 heeft miskend dat de beslissing al dan niet tot afbraak van een gebouw over te gaan niet kan worden gebaseerd op een 'gewone' afweging van belangen, maar dat met de afbraak zwaarwegende belangen gemoeid moeten zijn, in verhouding tot de belangen van de architect tot behoud van het gebouw. Dat hiervan sprake is, had het hof moeten vaststellen. Voorzover het hof van een juiste rechtsopvatting is uitgegaan, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, omdat hetgeen het hof in r.ovv. 4.10-4.12 aanvoert niet volstaat.

Ook dit onderdeel zoekt kennelijk aansluiting bij het Bonnema/SBB-arrest van Hof Leeuwarden, NJ 1999, 707.

6.7. De in het onderdeel vervatte algemene stelling dat toetsing aan het criterium van art. 25 lid 1 sub d, een andere dan een 'gewone' belangenafweging vereist, kan m.i. - ook ten aanzien van gevallen als de onderhavige - niet worden aanvaard.

Hoewel onderkend dient te worden dat het criterium van art. 25 lid 1 sub d anders luidt dan het criterium van art. 25 lid 1 sub c (daar: 'tenzij de wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de

redelijkheid'), zal de vraag onder sub d, of nadeel kan worden toegebracht aan de eer of de naam van de maker of zijn waarde in die hoedanigheid, mede bepaald worden door de weging van de belangen die de eigenaar van een gebouw heeft om tot afbraak over te gaan. Ik gaf dit reeds aan bij de bespreking van de voorafgaande middelonderdelen. Ik zeg het bij dit middelonderdeel nog eens in andere woorden. Als de belangen van de eigenaar van zodanige aard zijn, dat die de afbraak kunnen rechtvaardigen, kan daaruit afgeleid worden dat de maatschappij hiermee 'vrede' zal moeten hebben.<sup>(89)</sup> In samenhang met het ervaringsgegeven dat bouwwerken in de regel ni?t het 'eeuwige leven' hebben, laat zich uit die rechtvaardiging weer afleiden dat de naam of de eer of de waarde van de maker niet benadeeld wordt.<sup>(90)</sup>

Bij de beoordeling onder art. 25 lid 1 sub d - nog steeds: er subsidiair uitgaande van verwerping van de stelling dat vernietiging in het geheel niet onder art. 25 lid 1 sub d Aw valt - zullen de belangen van de eigenaar bij de afbraak uiteraard 'zwaar genoeg' bevonden dienen te worden. Als het bij de afbraak om een uniek exemplaar van het werk gaat, kan dit uiteraard aanleiding geven om de nodige eisen te stellen aan de door de eigenaar ingeroepen belangen. Onderkend dient evenwel te worden dat de met het functionele karakter van bouwwerken samenhangende eisen van de praktijk, alsmede verander(en)de bestemmingen en andere omstandigheden, als gewichtig zullen kunnen worden aangemerkt.

Terugkerend naar de in onderdeel I.3 van het middel vervatte rechtsklacht, meen ik dat het onderdeel voor zover het stelt dat de belangen van de eigenaar als 'm??r dan zwaar genoeg' aangemerkt moeten worden, of voor zover het stelt dat de rechter die belangen ook uitdrukkelijk als 'zwaarwegend' moet kwalificeren of etiketteren, uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting.

6.8. Ook de motiveringsklacht van onderdeel I.3 acht ik niet gegrond. Hetgeen het hof in het kader van zijn afweging heeft vastgesteld en overwogen (overigens niet alleen in r.ovv. 4.10 t/m 4.12 maar ook in r.ovv. 4.5 t/m 4.9), voldoet m.i., mede in het licht van het partijdebat, (ruimschoots) aan de in een geval als het onderhavige te vergen mate van zorgvuldigheid. Het leent zich niet voor verdere toetsing in cassatie.

Al met al meen ik dat het onderdeel faalt.

6.8. Onderdeel 1.4 bevat geen zelfstandige klacht, en moet het lot van de voorgaande klachten delen.

## 7. Conclusie

Mijn conclusie strekt zowel in het principale als in het incidentele beroep tot verwerping.

---

## Noten

1 Pleitnota mr Scheltema in cassatie, p. 1.

2 Ontleend aan het bestreden arrest van het gerechtshof te Arnhem van 2 juli 2002, rov. 3.

3 Zie hierna, nr. 2.6.

4 Uitvoeriger citaat is te vinden in rov. 3 van het arrest a quo onder e).

- 5 Citaten uit het door de gemeente opgestelde gespreksverslag zijn weergegeven in rov. 3 van het arrest a quo onder f).
- 6 Uitvoerige citaten uit de correspondentie zijn weergegeven in rov. 3 van het arrest a quo onder g), h), i) en j).
- 7 Zie nader rov. 3 onder k), l) en m) van het arrest a quo.
- 8 Zie nader rov. 3 onder n) van het arrest a quo.
- 9 De cassatiedagvaarding dateert van 25 september 2002.
- 10 Dit geschiedde nadat de voorzieningenrechter op 18 maart 2003 in een, na het wijzen van het bestreden arrest door Jelles ingesteld kort geding, diens vordering had afgewezen. Zie pleitnota in cassatie d.d. 6 juni 2003 namens de gemeente Zwolle, nr. 14.
- 11 Bij dood van een partij wordt, indien niet wordt geschorst, het geding op naam van de oorspronkelijke partij voortgezet in de instantie waarin het verkeert: zie Hugenholtz/Heemskerk (2002), nr. 105.
- 12 Bij vermogensschade kan bijvoorbeeld worden gedacht aan waardevermindering van het auteursrecht (zie IEC (Deurvorst), art. 27a Aw, p. 22h); of gemiste opdrachten als gevolg van de reputatieschade. Immateriële schade is met name bij inbreuk op persoonlijkheidsrechten mogelijk (Spoor/Verkade, Auteursrecht, 2e druk 1993, p. 413, nr. 281).
- 13 Voor de overgang van het recht op smartengeld, zie S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss. Leiden 1998), pp. 315-317 en 319-323.
- 14 Zie conclusie A-G Vranken voor HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 (Ontvanger/Bos), onder nr. 42, met verwijzingen.
- 15 Zie: F. van Isacker, De morele rechten van de auteur, diss. Leuven, Brussel 1961, p. 140 e.v.; Spoor/Verkade, a.w., p. 314, nr. 212.
- 16 Art. 6bis is bij de herziening van Rome (1928) in de Berner Conventie opgenomen. In 1931 meende de Nederlandse wetgever te kunnen volstaan met het schrappen van de voordien in art. 25 Aw voorkomende uitzondering voor 'bouwwerken' (zie: De Vries, Parl. Gesch. Aw 1912 (losbl.), pp. 25.11-25.13).
- 17 Zie: De Vries, Parl. Gesch. Aw 1912 (losbl.), p. 25.14.
- 18 De bepaling is in 1972 opgenomen als lid 1 sub c van art. 25 Aw. De henummering van sub c naar sub d vond plaats in 1989 toen het vroegere sub a werd gesplitst in een sub a en b.
- 19 MvT (1972), De Vries, Parl. Gesch. Aw, p. 25.14.
- 20 Verslag van een openbaar gehoor op 30 juni 1971 (nr. 14), De Vries, Parl. Gesch. Aw, p. 25.17.
- 21 Handelingen TK 10 mei 1972, De Vries, Parl. Gesch. Aw, pp. 25.18-19.
- 22 Handelingen TK 10 mei 1972, De Vries, Parl. Gesch. Aw, p. 25.20.
- 23 Hof 's-Hertogenbosch 17 december 1990, NJ 1991, 443, AMI 1992, p. 34, IER 1991, p. 63 m.nt. SdW (Lenartz/Gemeente Sittard), bekrachtigend Pres. Rb. Maastricht 21 februari 1990, AMI 1992, p. 33, IER 1991, p. 63.
- 24 Rb. Zwolle 21 november 2001, gepubliceerd in IER 2002, 139 m.nt. Kabel.
- 25 Een oudere, maar minder typische zaak is: Rb. Haarlem 18 november 1975 en Hof Amsterdam 1977, NJ 1978, 218, Auteursrecht 1978, p. 30 (Koetsier/Luchthaven Schiphol). In dat geval was de vernietiging van het werk van Koetsier een 'niet beoogd en voorzien gevolg' (nl. het uit zichzelf kromtrekken van panelen waarop wanddecoratie was aangebracht, na het verwijderen van die panelen). Volgens het hof viel dat geval buiten de werking van art. 25 lid 1 sub d Aw. Van een onrechtmatige daad was volgens het hof evenmin sprake, nu 'als regel een maker van een werk dat uitsluitend bestemd is voor een bepaald voorwerp of een bepaalde omgeving en daaraan stoffelijk en esthetisch is aangepast [zal] hebben te aanvaarden dat, indien dat voorwerp of die omgeving ophoudt te bestaan, het werk dat lot deelt'.
- Met een vrijwel gelijklopende overweging oordeelde de Pres. Rb. Haarlem 12 april 1996 (Klingers/gemeente Haarlem) dat art. 25 lid 1 sub d Aw niet van toepassing was op de vernietiging van een overigens wettelijk auteursrechtelijk beschermd geachte inrichting van een kinderspeelplaats (niet gepubliceerd, kort geciteerd in IEC art. 25 Aw, aant. 8.6 (Mom)).
- 26 J.I. Krikke, noot in AMI 2002/5, p. 191.
- 27 Als bijlage opgenomen in S. Ricketson, The Berne Convention for the protection of literary and artistic works 1886-1986, Kluwer 1986, p. 975.
- 28 Ricketson, a.w., p. 470. Ook J.A.L. Sterling, World Copyright Law, Londen 1998, p. 283, par. 8.05, merkt op dat de conventie de vraag of vernietiging onder het *droit au respect* valt, openlaat: 'Some argue that destruction is the ultimate form of mutilation, an act covered by Article 6bis of the Berne Convention. Others argue that if the work has disappeared from sight, the author's reputation cannot be damaged by something that the public cannot perceive. The Berne Convention gives no specific guidance on this point (...)'. Bij Van Isacker (1961) kan een andere mening worden aangetroffen aangaande de reikwijdte van art. 6bis BC (a.w., p. 164).
- 29 S. Gerbrandy, Kort commentaar op de auteurswet 1912, Arnhem 1988, pp. 304-305.
- 30 H. Cohen Jehoram, noten bij Pres. Rb Amsterdam 17 oktober 1991 (Staal/Beurspassage; 'Gebouw van IJzer'), AMI 1993, p. 186 e.v. (190), Hof Leeuwarden 29 december 1993 (Van den Berg/RU Groningen) en Pres. Rb. Leeuwarden 29 november 1994 (Vegter/Friesland Bank), AMI 1996, p. 13 e.v. (16), en Rb. Utrecht 3 juni 1998 (Van Schijndel/Gemeente Utrecht), AMI 1999, p. 39 e.v. (41).
- 31 H.C. Wesseling, Overzicht auteursrechtelijke aspecten van de bouw, Bouwrecht 1991, p. 660 (661). In dezelfde zin C.A. Adriaansens, Auteursrecht van de architect, Den Haag 1999, p. 49, die een grens trekt bij misbruik van bevoegdheid door de eigenaar van het bouwwerk.
- 32 R.L. du Bois, Een overspanning van de auteursrechtgedachte, AMI 2000, p. 98 e.v. (101), onder

kritische verwijzing naar het aanstonds te noemen arrest van Hof Leeuwarden van 17 maart 1999 inzake Bonnema/SBB ('De Golfslag'). Niet geheel duidelijk is of Du Bois meent dat sloop in het algemeen geen aantasting kan zijn, of dat dit onder omstandigheden wél zo kan zijn, maar steeds een belangenafweging mogelijk is.

33 Gepubliceerd in AMI 1999, pp. 156-157. Samenstelling van de commissie: prof. mr. E.J. Dommering, dr. F. Grijzenhout, mr. R.F.V.M. van Kempen-Smits, dr. H. Leyten, prof. dr. W.H. Vroom en mr. P. Witteman.

34 Dit lijkt ook het uitgangspunt van de toenmalige staatssecretaris van Volkshuisvesting, ruimtelijke ordening en milieubeheer Remkes. In reactie op kamervragen die waren gesteld naar aanleiding van het arrest van Hof Leeuwarden in de nog te vermelden zaak Bonnema/SBB ('De Golfslag') antwoordde de staatssecretaris ten deze: 'indien de sloop van een gebouw een zodanige wijziging of misvorming van het auteursrechtelijk beschermde werk van de architect oplevert dat daarmee diens integriteit als maker wordt aangetast, dan heeft hij krachtens artikel 25 Auteurswet 1912 het recht om zich daartegen te verzetten. Of zijn belang prevaleert boven dat van de eigenaar van het gebouw is een vraag die zich niet in zijn algemeenheid laat beantwoorden, doch is afhankelijk van de concrete omstandigheden en is slechts onderworpen aan het oordeel van de rechter.' Zie Aanhangsel Handelingen TK, vergaderjaar 1998-1999, nr. 1230, ook weergegeven in AMI 1999, pp. 99-100.

35 Anders Hof Leeuwarden 17 maart 1999, NJ 1999, 707, AMI 1999/10, pp. 158 e.v. m.nt. J.J.C. Kabel, IER 2000/1, p. 16 (Bonnema/SBB, 'De Golfslag'). Het hof heeft zich in dit arrest in een, althans op het eerste gezicht, meer absolute zin uitgesproken. Volgens dit arrest valt vernietiging onder aantasting, en is een belangenafweging bij de beoordeling van het recht zich daartegen te verzetten niet mogelijk. In zijn oordeel of van reputatieschade sprake was betrof het hof niettemin de gronden die voor de sloop van het gebouw bestonden. F.W. Grosheide, IER 2000, p. 55 sluit zich bij deze uitspraak van Hof Leeuwarden aan. Van een meer absolute opvatting omtrent art. 25 lid 1 sub d getuigt ook Pres. Rb. Leeuwarden 12 juli 1988, IER 1988, p. 88 m.nt. L. Wichers Hoeth, AMI 1989, p. 17 m.nt. H. Cohen Jehoram, BIE 1990, p. 54 m.nt. S. Boekman.

36 Zie bijv. Hof Leeuwarden 29 december 1993, AMI 1996, p. 13 (Van den Berg/RU Groningen) en Rb. Utrecht 3 juni 1998, AMI 1999, p. 39 e.v. (Van Schijndel/Gemeente Utrecht); Hof Amsterdam 26 juli 2001, AMI 2001, p. 148 m.nt. Quaadvlieg, Bouwrecht 2002, p. 537 m.nt. C.A. Adriaansens (R?ling/Gemeente Haarlem).

37 A.A. Quaadvlieg, Auteur en aantasting, werk en waardigheid (rede KUN 1992), Zwolle 1992, p. 16, noot 36; N. van Lingen, Auteursrecht in hoofdlijnen, 5e druk Groningen 2002, p. 113.

38 Vgl. voetnoot 35.

39 Vgl. de terminologie in het arrest a quo, rov. 4.3.

40 J.J.C. Kabel, noot onder Hof Leeuwarden 17 maart 1999 (Bonnema/SBB, 'De Golfslag') AMI 1999, p. 158 e.v. (159).

41 Spoor/Verkade, a.w., p. 318, nr. 214.

42 Quaadvlieg (rede), pp. 39-43.

43 Quaadvlieg (rede), pp. 19-38. Ook Spoor en Verkade (a.w., p. 305, nr. 207) menen (meer in het algemeen) dat de rechter bij de toepassing van art. 25 een beoordelingsmarge heeft, waarbij de soort en aard van het werk een rol kunnen spelen.

44 Van Lingen, a.w., p. 113.

45 Spoor/Verkade, a.w., p. 322, nr. 216.

46 HR 21 maart 1975, NJ 1975, 410; HR 16 november 1984, NJ 1985, 270; HR 24 november 1989, NJ 1990, 164 (Miletic/Amsterdam I, II en III).

47 HR 16 november 1984, NJ 1985, 270 (Miletic II).

48 Zie Spoor/Verkade, a.w., Deventer 1993, p. 322, nr. 216; IEC art. 25 Aw, aant. 8.6 (Mom). Gerbrandy, a.w. pp. 304-305 bespreekt het arrest in dit verband niet en acht de kwestie (in 1988) nog immer omstreden. Anders H.S.M. Kruijer, Het persoonlijkheidsrecht van de auteur - Een reconstructie van de zaak Miletic, WPNR 6418-6419 (2000), pp. 669-675 en 699-700 (672).

49 Niet zonder meer duidelijk is of 'daartoe' in de aangehaalde overweging terugslaat op de vergoeding van immateriële schade, of op de schending van het persoonlijkheidsrecht. Bij lezing in eerstbedoelde zin zouden de door de Hoge Raad vereiste bijkomende omstandigheden alleen voor de schadevergoeding gelden, en zou de enkele vernietiging reeds een schending van het droit au respect opleveren (met dank aan mijn oudstudent mr. U.B. Bout).

50 Zie conclusie A-G Ten Kate voor dit arrest, nrs. 1-4.

51 HR 1 juli 1985, NJ 1986, 692 m.nt. CJHB, Auteursrecht/AMR 1985, p. 111 m.nt. DWFV, AA 1986, p. 125 m.nt. Cohen Jehoram (Frenkel/KRO).

52 In het verwijzingsarrest oordeelde het hof Den Haag vervolgens dat de KRO, tegen de achtergrond van de aard van de overeenkomst en het (kenbare) belang van Frenkel bij uitzending, aan de gedane toezegging moest worden gehouden en geen beroep meer kon worden gedaan op de bedongen beslissingsvrijheid, behoudens zwaarwegende belangen, waaronder niet het afwijkende kwaliteitsoordeel van de opvolger van Wijsen of de beperkte zendtijd kon worden begrepen, Hof 's-Gravenhage 4 juni 1986, KG 1986, 401, NJ 1987, 472, Informatierecht/AMI 1986, p. 139 ('Dromen leven', eindarrest).

53 HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691 m.nt. CJHB, AMI 1995, 12 m.nt. Quaadvlieg ('De negende van Oma'). Het door de kunstenaar (K?rmeling) ingediende ontwerp bestond onder meer in de plaatsing van de tekst 'de negende van Oma' in neonletters op een aan de gemeente toebehorende bejaardenflat, welke tekst de bewoners denigrerend achtten.

54 Genoemd wordt in dit verband tenslotte wel HR 22 juni 1973, NJ 1974, 61 m.nt. BW (Patrimonium/Reijers). Het betrof een geval waarin een school het in opdracht gemaakte kunstwerk op een andere gevel plaatste dan de kunstenaar voor ogen had gestaan. Het hof leidde uit een groot aantal omstandigheden af dat

de overeenkomst tussen opdrachtgever en de kunstenaar inhield dat het kunstwerk op een bepaalde (andere) gevel zou worden aangebracht. Hierdoor pleegde de opdrachtgever wanprestatie. Het hof kwam daardoor niet meer toe aan de op art. 25 Aw gegronde grief. De HR oordeelde op het door de school ingestelde cassatieberoep dat de door het hof gegeven uitleg van de overeenkomst feitelijk en niet onbegrijpelijk was. De HR sprak zich dus evenmin over art. 25 Aw uit.

55 Ik wijs in dit verband nog op het vonnis van Rb. Arnhem 13 juli 1989, AMI 1990, p. 33 m.nt. DWFV (Smeets/Crematorium Jonkerbos). In deze zaak ging het om de - niet met art. 25 Aw strijdig geoordeelde - verwijdering van een door de kunstenaar voor het crematorium gemaakt wandtapijt, waarbij de verwijdering geschiedde na veelvuldige klachten dat het wandtapijt 'te vrolijk' was.

56 Zo ook Quaedvlieg, IER 2000, p. 15 en voorts K.E. Verzijden, Morele rechten in de polder, Informatierecht/AMI 2000, p. 37 e.v. (38).

57 Quaedvlieg, rede, p. 7.

58 G. Schulze, a.w., p. 182, onder verwijzing naar de Amtliche Begründung, te vinden bij M. Schulze, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, p. 435.

59 G. Schrickler (/A. Dietz), Urheberrecht, Kommentar, 2. Auflage, M?nchen (Beck) 1999, pp. 252-253.

60 Schrickler/Dietz, a.w., pp. 299-300.

61 G. Schulze, Vernichtung von Bauwerken, in: Festschrift Dietz, M?nchen 2001, p. 181.

62 Schrickler/Dietz, a.w., pp. 300-301.

63 Reichsgericht 8 juni 1912, RGZ Bd. 79, p. 397 ('Felseniland mit Sirenen'; het betrof geschilderde naaktfiguren, door de eigenaar 'aangekleed').

64 LG M?nchen I, NJW 1982, p. 655 (Hajek/ADAC).

65 OLG M?nchen, ZUM 2001, p. 339 e.v. (344) ('St. Ulrich').

66 Zie C. Colombet, Propri?te? litt?raire et artistique et droits voisins, Paris 1994, pp. 124 e.v.; A. Lucas/H.-J. Lucas, Trait? de la propri?te? litt?raire et artistique, 2?me ed. Paris 2001, pp. 341-342.

67 Colombet, a.w., pp. 171-172; Lucas/Lucas, a.w., p. 341.

68 Cour de Cassation 7 januari 1992, RIDA 1992, nr. 152, p. 194; Lucas/Lucas, a.w., pp. 341-342 en 344; zie ook Verzijden, a.w., pp. 43-44.

69 Lucas/Lucas, a.w., pp. 344-345.

70 Art. 80 is gebaseerd op art. 6bis BC, maar in 'apparently narrower terms', zie W. Cornish/D. Llewelyn, Intellectual Property (5th edition), London 2003, p. 459.

71 Zie ook: E.P. Skone James e.a, Copinger and Skone James on Copyright, Londen 1991, pp. 784 e.v. (785); H. Laddie, P. Prescott, M. Victoria, The Modern Law of Copyright and Designs, London/Dublin/Edinburgh 2000, Vol. I, pp. 596-597; Cornish/Llewelyn, a.w., p. 463.

72 Laddie/Prescott/Vitoria, a.w., p. 594.

73 Cornish/Llewelyn, a.w., p. 462.

74 M. Rehbinder, Schweizerisches Urheberrecht, Bern 1996, pp. 111-112.

75 D. Barrelet/W. Egloff, Das neue Urheberrecht, Bern 1994, p. 84.

76 Over deze bepaling, zie F. Gotzen, Algemene beginselen, in: F. Gotzen (red.), Belgisch auteursrecht van oud naar nieuw, Brussel 1996, pp. 90-92 (die de vraag naar de vernietiging aldaar niet behandelt); A. Berenboom, Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins, Brussel 1995, p. 134 e.v.; F. de Visscher & B. Michaux, Pr?cis du droit d'auteur et des droits voisins, Brussel 2000, p. 145 e.v.

77 Berenboom, a.w., p. 130. In gelijke zin, althans ten aanzien van 'vrijwillige en bedoelde vernietiging', reeds (naar oud recht): Van Isacker, a.w., pp. 163-164 (bij vernietiging wegens slordigheid e.d. zou de wet in het voordeel van de eigenaar moeten worden uitgelegd).

78 Berenboom, a.w., pp. 139-140. Berenboom spreekt van het werk in het algemeen en bespreekt bouwwerken niet afzonderlijk. Hij verwijst uitsluitend naar Franse uitspraken.

79 J. Corbet, Auteursrecht, Brussel 1991, pp. 55-56. Corbet verwijst hiervoor overigens rechtstreeks naar Hof Amsterdam 16 juni 1977, NJ 1978, 218, Auteursrecht 1978, p. 30 (Koetsier/Schiphol).

80 De Visscher & Michaux, a.w., pp. 208-209, nr. 240.

81 De Visscher & Michaux noemen nog wel Trib. Bruxelles 15 december 1930, Pas. 1931, II, 6 ('Balustrade de Louvain').

82 Asser, Civiele cassatie, Nijmegen 2003, pp. 78-79.

83 Veegens/Korthals Altes/Groen, Cassatie in burgerlijke zaken, Zwolle 1989, pp. 104 en 286.

84 HR 11 mei 2001, NJ 2002, 55 m.nt. JHS, IER 2001, p. 190 (Vredestein). Vgl. ook Spoor/Verkade, a.w., nr. 366, p. 527.

85 MvT (1972), zie De Vries, Parl. Gesch. Aw, p. 25.14.

86 Ten overvloede: het middelonderdeel gaat er kennelijk van uit, en ik ga ervan uit, dat verworpen zou zijn het standpunt, neergelegd in middelonderdeel I.1 (art. 25 lid 1 sub d Aw ziet niet op vernietiging).

87 Vergelijk HR 5 januari 1979, NJ 1979, 339 m.nt. LWH (Heertje c.s./Hollebrand c.s.): zie p. 1053, overlopende alinea van linker naar rechter kolom.

88 Met juistheid wijst 'middel III' van het incidentele cassatiemiddel, dat overigens geen klacht bevat, ten deze op de inleidende dagvaarding zijdens Jelles, en op de in cassatie niet bestreden rov. 4.1 van 's hofs arrest.

89 Natuurlijk zullen er op individueel niveau altijd personen zijn (waaronder allicht de maker zelf) die ter zake een andere mening hebben. De rechter is evenwel de aangewezen instantie om hierover het voor de maatschappij beslissende oordeel te vellen.

90 Ik onderken de mogelijke tegenwerping dat nu juist een afweging die medebrengt dat het gebouw ni?t afgebroken dient te worden, de naam en de eer van de architect en diens waarde in die hoedanigheid, verder kan vergroten. Ik meen evenwel dat dit niet de bedoeling van criterium van art. 25 lid 1 sub d Aw kan zijn: in dat geval zou de toetsing altijd in het voordeel van de architect moeten uitvallen.