

De probleemeigenaar: vermogensrechtelijke aspecten van kunst in de openbare ruimte

Een tour d’horizon

*Mr. M.R. de Zwaan en mr. C.H. Kan**

1 Inleiding

Kunst in de openbare ruimte (zie figuur 1) ontstaat, uitzonderingen daargelaten, niet spontaan. Doorgaans ligt aan het ontstaan een opdracht ten grondslag. Lokale of nationale overheden zijn de voornaamste opdrachtgevers. Particuliere opdrachtgevers zoals vastgoedeigenaren (kantoorgebouwen), semipublieke instellingen (woningbouwcorporaties, ziekenhuizen) en mecenasen komen ook voor. In de regel zal de opdrachtgever echter een gemeente, provincie of het Rijk zijn, al dan niet met tussenkomst van een (publiek- of privaatrechtelijke) rechtspersoon die de kunsten onder zijn hoede heeft en na een competitie waarin kunstenaars hebben meegedongen om de opdracht te verwerven. Een variant op de overheidsopdracht als ontstaansbasis van het kunstwerk in de openbare ruimte is de schenking van een bestaand werk door een mecenas aan de gemeenschap. Het bestaande kunstwerk verschijnt niet spontaan in de openbare ruimte, maar is geplaatst nadat het werk door de overheid is verworven, zoals recentelijk de schenking door de Stichting Droom en Daad aan de gemeente Rotterdam. Het op Art Basel aangekochte werk (figuur 2) gaat deel uitmaken van een collectie van kunstwerken in de openbare ruimte vervaardigd door internationaal gerenommeerde kunstenaars. Hoewel een schenkingsovereenkomst regelmatig ten grondslag ligt aan de plaatsing van een werk in de openbare ruimte, zullen wij in het beperkte bestek van deze bijdrage niet nader ingaan op de bijzonderheden die zich in de verhouding tussen partijen bij een schenking kunnen voordoen.¹

In deze bijdrage over vermogensrechtelijke aspecten van kunst in de openbare ruimte zijn de rode draad en het terugkerende spanningsveld de eigendomsverhouding tussen enerzijds de eigenaar van het (stoffelijke) kunstwerk en anderzijds de eigenaar van het auteursrecht dat rust op de geestelijke schepping die in het kunstwerk is uitgedrukt. Achtereenvolgens komen aan de orde: de aard van de overeenkomst en de aanloop naar realisatie en plaatsing van het kunstwerk, met aandacht voor de relevante risico’s en onzekerheden (par. 2), de eigendom van het kunstobject en van het auteursrecht op de kunstzinnige creatie – hoe verhouden deze zich van rechtswege tot elkaar en wat is mogelijk en wenselijk om contractueel nader te regelen? – (par. 3), en de complicaties die zich voor kunnen doen wanneer het kunstwerk eenmaal geplaatst is (par. 4). De aandacht gaat hier uit naar daden van beheer met betrekking tot het kunstwerk (in het bijzonder naar de veelvuldig voorkomende geschillen over onderhoud, verplaatsing, opslag en aanpassing of sloop) in relatie tot de persoonlijkheidsrechten van de kunstenaar. In paragraaf 5 richt de focus zich nog kort op de ‘burger’, die – als figuurlijke mede-eigenaar van de openbare ruimte – niet zelden zijn proteststem laat horen, en wij sluiten af met een korte conclusie (par. 6). Veel zal onbesproken moeten blijven vanwege het beperkte bestek van deze bijdrage, in het bijzonder de bestuursrechtelijke beslommingen die onvermijdelijk gepaard gaan met het in bezit nemen van de openbare ruimte. Ook de strafrechtelijke component (vandalisme enzovoort) zal buiten beschouwing blijven.

* Mr. M.R. de Zwaan is advocaat bij Bremer & De Zwaan te Amsterdam. Mr. C.H. Kan is advocaat bij Bremer & De Zwaan te Amsterdam.

¹ Zo werd ook het beroemde beeld van Osip Zadkine (De verwoeste stad) oorspronkelijk geschonken aan de stad Rotterdam en was op zeker moment zelfs sprake van verplaatsing van dit beeld naar de locatie waar nu het beeld van het meisje (figuur 2) door Price is geplaatst (www.nrc.nl/nieuws/2023/07/26/hoe-kan-het-dat-het-oorlogsmonument-van-zadkine-zo-omarmd-werd-a4170579). Plaatsing en verplaatsing van het kunstwerk zal als gevoelig thema in de driehoeksverhouding opdrachtgever-kunstenaar-publiek herhaaldelijk in deze bijdrage voorbijkomen.

Figuur 1 Streetart Frankey (foto en beeld), Korte Marnixkade, Amsterdam



Figuur 2 Moments Contained, Thomas J. Price (foto: Arie Kievit)



Voor de argeloze lezer die geen ervaring heeft met de praktijk van de vervaardiging van kunst in de openbare ruimte is het verhelderend om te weten dat de juridische vormgeving van de rechtsverhouding tussen de kunstenaar en de lokale overheid doorgaans niet overhoudt. De vastlegging van de onderlinge verhouding bestaat in de praktijk geregeld uit niet meer dan summier bevestigingsbrieven met verwijzingen naar randvoorwaarden en uitgangspunten bij een uitgeschreven competitie,² respectievelijk bij de voorgenomen verlening van de opdracht en soms naar algemene (overheids)inkoopvoorwaarden die relevanter zijn voor de aanschaf van kantoormeubilair van het gemeentehuis dan voor het realiseren, beheren en zo nodig restaureren van kunstwerken.³ De oorzaak van deze gebrekkige totstandkoming en vaak fragmentarische vastlegging van afspraken zal mede liggen in de aard van partijen. De opdrachtgever is niet een aanspreekbare persoon, maar een rechtspersoon die in de verschillende fasen wordt vertegenwoordigd door bijvoorbeeld een kunstcommissie, een kunstambtenaar tevens verantwoordelijk voor de groenvoorziening, een wethouder, een gebiedsmanager, een projectleider, een stedenbouwkundige, een landschapsarchitect en een commissie ruimtelijke kwaliteit, allen met hart voor de zaak, maar zonder onderlinge samenhang en gezagsverhouding.⁴ De kunstenaar op zijn beurt, uitverkoren om zijn artistieke kwaliteiten en aansprekende voorstel, vindt zichzelf na het winnen van een prijsvraag terug als vergadertijger en verantwoordelijk hoofdaannemer voor niet zelden zeer complexe en risicovolle bouwopdrachten, zonder relevante scholing en zonder budget voor alle onvoorziene kosten en inspanningen. Naast de bijzondere eigen aard van de partijen is het welhaast experimentele karakter van elk kunstwerk een omstandigheid om terdege rekening mee te houden. Het te vervaardigen kunstwerk is immers naar zijn aard zowel origineel als uniek. Er is geen sprake van een concreet werk waarvan zowel de productie als de gebruikseigenschappen bekend en uitgekristalliseerd zijn. In een evenwichtige verhouding tussen (overheids)opdrachtgever en kunstenaar zou de lotsverbondenheid die dit pionieren met zich meebrengt tot uitdrukking moeten komen. In de praktijk zien we dat helaas vaak niet of slechts in beperkte mate terug.

Er bestaan opmerkelijk genoeg wel degelijk leidraden, handleidingen, stappenplannen en zelfs modelovereenkomsten van behoorlijk niveau, die te vinden zijn op internet, maar die kennelijk niet breed worden toegepast. Afgaande op de bestaande jurisprudentie en de eigen ervaringen van de auteurs van deze

bijdrage, zou het zonder meer wenselijk zijn wanneer door de centrale overheid de toepassing van een (in samenspraak met vertegenwoordigers uit de praktijk ontwikkelde) uniforme modelovereenkomst met een gedetailleerde toelichting zou worden voorgeschreven.⁵

2 Overeenkomst, realisatie en plaatsing van het kunstwerk

2.1 Aard van de rechtsverhouding en van de overeenkomst

De totstandkoming van het kunstwerk kan worden onderscheiden in drie fasen ('voorlopig ontwerp', 'definitief ontwerp' en 'uitvoering'), die men ook aantreft in de standaard rechtsverhouding tussen de architect en een opdrachtgever bij de realisatie van een bouwwerk.⁶ Hoewel een gedetailleerde en evenwichtig geregelde 'partner'-verhouding tussen (overheids)opdrachtgever en kunstenaar wellicht het meest wenselijk is, komt in de praktijk de kunstenaar niet als partner, maar als opdrachtnemer (de creatief die een ontwerp vervaardigt) én aannemer (die een stoffelijk werk tot stand brengt en levert) naar voren. Het brengt met zich mee dat de overeenkomst tussen kunstenaar en opdrachtgever moet worden gelezen en begrepen in het licht van zowel titel 7 ('Opdracht') als titel 12 ('Aaneming van werk') van Boek 7 BW. De meeste bepalingen zijn van regelen recht. Afwijkingen in de overeenkomst zijn niet ongebruikelijk, maar nu de overeenkomsten tussen kunstenaar en (overheids)opdrachtgever nogal eens summier en onsamenhangend zijn (zoals gesignaleerd in de inleiding), blijft het wettelijke regime een belangrijke rol spelen. In beter uitgewerkte overeenkomsten zien wij vaak een betrekkelijk eenzijdige inrichting van de verplichtingen en aansprakelijkheden van de kunstenaar. Zo moet de kunstenaar instaan voor de productie/gebruikte materialen, voor werkzaamheden van ingeschakelde derde partijen, voor transport en uitvoering. Soms wordt de onderhoudsverplichting ook na de oplevering – al dan niet voor een bepaalde periode – bij de kunstenaar gelegd, die daar een specifiek budget voor toebedeeld krijgt. De kunstenaar moet de opdrachtgever dan gedurende die periode vrijwaren van (aanvullende) kosten.

2 Voor kunstwerken in de openbare ruimte worden door (overheids)opdrachtgevers dikwijls competities georganiseerd (om het proces 'democratisch' te laten verlopen). Er wordt dan vaak ook een kunstcommissie ingesteld om te oordelen over de ingezonden ontwerpen. De winnaar krijgt de kans om met de opdrachtgever een realisatietraject in te gaan en zijn ontwerp daadwerkelijk te (doen) vervaardigen. Een indruk van de vele competities die worden uitgeschreven door overheden en stichtingen biedt bijv. <https://oproepenvoorkunstenaars.nl/nl/oproepen>.

3 Deze constatering is gebaseerd op de waarneming in onze praktijk van deze situatie bij diverse gemeentelijke opdrachtgevers.

4 Uit de toespraak van Jeroen Boomgaard bij de opening van het kunstwerk van Femke Schaap (<https://stadscuratorium.nl/toespraak-jeroen-boomgaard-bij-opening-virtual-fountains/>).

5 Zie bijv. Stichting Cultuurfonds van de Bank Nederlandse Gemeenten (BNG Cultuurfonds), Handreiking beeldende kunst in de openbare ruimte, Den Haag 2000, Amsterdams Fonds voor de Kunst (AFK), Handleiding voor opdrachtgevers van kunst in de openbare ruimte (www.taak.me/activity/handleiding-voor-opdrachtgevers-van-kunst-in-de-openbare-ruimte-voltooid/) en de nieuwe modelovereenkomst Gemeentelijke beeldende kunstopdracht van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fvng.nl%2Ffiles%2Fvng%2Fvng%2FDocumenten%2Fvngdocumenten%2F2008_lbr%2FModelovereenkomst_gemeentelijke_beeldende_kunstopdracht_240608.doc&wdOrigin=BROWSELINK).

6 Met de zogeheten De Nieuwe Regeling (DNR) is in de bouwwereld een combinatie van een basisopdrachtovereenkomst met algemene voorwaarden en een zeer gedetailleerde en consistente juridische basis gecreëerd: <https://bna.nl/documenten/dnr-2011-rechtsverhouding-opdrachtgever>.

Figuur 3 Mannes, beeld Serafijn en NIO; links: bij oplevering in 2018 (foto: Bert Visser), rechts: na herstel in 2021 (foto: Poly Products, bron: Brabants Dagblad)



Een sprekend voorbeeld van de onbeheersbare moeilijkheden die kunnen ontstaan bij het ontbreken van een goede overeenkomst die is toegesneden op de aard van partijen en het doel dat zij met hun samenwerking willen realiseren, is de kwestie Serafijn c.s./Gemeente Assen. De ontwerpers van de houten, 6 meter hoge, ‘stationshond Mannes’ (architect NIO en kunstenaar Serafijn) werden door de gemeente aangesproken vanwege een gebrek (de ‘huid’ van Mannes liet los en er was sprake van kalkaanslag). De summiere overeenkomst bevatte vergaande verplichtingen (waaronder het onderhoud voor tien jaar) en aansprakelijkheden/vrijwaringen van de ontwerpers, die de bouw van het kunstwerk hadden uitbesteed aan een aannemer en onderaannemer op basis van overeenkomsten die op hun beurt geen goed geheel vormden met de contractuele verhouding tussen de ontwerpers en de gemeente. De twee jaar durende, complexe procedure, inclusief vrijwarings- en onder-vrijwaringsprocedure, vorderingen in reconventie en gevorderde voorlopige voorzieningen (vanwege de door de kunstenaar gewraakte wijze van ‘herstel’ van het kunstwerk, zie figuur 3), resulteerde ten slotte in een schikking (tussen alle betrokken

partijen), waarbij alleen de rechter echt blij was, omdat hij geen vonnis hoefde te wijzen.⁷

2.2 Oplevering en plaats(ing)

Zowel de plaatsing als de locatie van het kunstwerk vormt regelmatig een bron van conflict. Opmerkelijk genoeg is de verplichting tot plaatsing, al dan niet gepreciseerd door vermelding van de locatie, niet altijd opgenomen in de overeenkomst, nog daargelaten op wie deze verplichting, en/of de verplichting tot het verlenen van de noodzakelijke medewerking aan de plaatsing, rust. De casuïstische rechtspraak over dit onderwerp illustreert dat, ook bij afwezigheid van een uitdrukkelijke bepaling, uit de aard en/of strekking van de overeenkomst kan volgen dat de opdrachtgever verplicht is het werk te plaatsen, al dan niet op een bepaalde locatie. Tegelijkertijd blijkt uit deze jurisprudentie dat belangen van derden in voorkomende gevallen een in beginsel geldende plaatsingsverplichting terzijde kunnen schuiven.

⁷ Rb. Rotterdam 16 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1955 (vonnis in incident onder vrijwaring). De kunstenaar werd bijgestaan door de auteurs van dit artikel. Naast het conflict over de aansprakelijkheid voor het gebrek procedeerden partijen aldus ook over het resultaat van het herstel van het werk (buiten betrokkenheid van de kunstenaar, zie figuur 3), waarbij de kunstenaar een beroep deed op zijn persoonlijkheidsrechten, waarover verder par. 4 van deze bijdrage. Over de bereikte schikking in de kwestie Serafijn c.s./Gemeente Assen: www.rtvdrenthe.nl/nieuws/15304853/soap-rondom-stationshond-mannes-ten-einde-partijen-schikken.

Patrimonium/Reijers (1973)

De weduwe van kunstenaar Reijers dwong tot aan de Hoge Raad, op grond van een uitleg van de overeenkomst, plaatsing van het beeld *Handen* (figuur 4) op de oorspronkelijk beoogde locatie af.⁸ De rechtbank had nog overwogen dat plaatsing van het werk op een andere dan de beoogde plaats geen wanprestatie opleverde. Het hof ging daar niet in mee en legde de tussen Reijers en Patrimonium gesloten overeenkomst aldus uit dat deze de opdrachtgever verplichtte het beeld uitsluitend aan te brengen op de gevel van de 1e Lagere Technische School in Amsterdam, de plaats waar het beeld (ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijk beding) voor bestemd en (specifiek) ontworpen was en de plaats waarop de overleden kunstenaar het zich had voorgesteld. De Hoge Raad sanctioneerde de uitspraak van het hof.

Figuur 4 *Handen, Willem Reijers, Cygnus Gymnasium Amsterdam (bron foto: Wikipedia)*



Gemeente Haarlem/Spronken (1990)

De gemeente moest de sculptuur *De Zonnevechter* (figuur 5) plaatsen op de oorspronkelijk overeengekomen plaats (Grote Markt te Haarlem) en wijze (in een functionerende fonteinbak). Een beweerdelijk gebrek aan financiën kon de gemeente

⁸ HR 22 juni 1973, ECLI:NL:PHR:1973:AC5348, NJ 1974/61, m.nt. B. Wachter (Patrimonium/Reijers).

niet baten; uit (de aard van) de overeenkomst was niet gebleken van enig voorbehoud.⁹

Körmeling/Gemeente Vlaardingen (1994)

De gemeente Vlaardingen was vanwege strijd met zwaarwegende belangen van de bewoners van de seniorenflat niet gehouden tot plaatsing van het ontwerp van Körmeling (onder meer bestaande uit de neonletters 'DE NEGENDE VAN OMA') op het dak van de flat (art. 3:12 BW). Het hof Den Haag overwoog dat het hier niet ging om een kwestie van mooi of lelijk, maar om de blijvende aanwezigheid van een tekst die de bewoners van de flat stigmatiseert en waarmee zij in geval van plaatsing ongewild en voortdurend zouden worden geconfronteerd. Het oordeel hield stand in cassatie.¹⁰

⁹ Rb. Maastricht 11 mei 1989, AMI 1992, 35 en Hof 's-Hertogenbosch 17 december 1990, ECLI:NL:GHSHE:1990:AD1305, NJ 1991/444 (Gemeente Haarlem/Spronken). Voor de voorgeschiedenis: www.buitenbeeldenbeeld.nl/NoordHolland/SpronkenA.htm.

¹⁰ HR 20 mei 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1366, AA 1998/1, p. 46-52 (Körmeling/Gemeente Vlaardingen).

Figuur 5 De Zonnevechter, Arthur Spronken, Grote Markt Haarlem (bron foto: www.artatsite.com)



Figuur 6 Virtual Fountains, Femke Schaap, Europaplein Amsterdam (foto: Jan Vonk)



Schaap/Gemeente Amsterdam (2016, 2018)

Na een langdurig voortraject zag de gemeente Amsterdam vanwege buurtverzet af van plaatsing van het kunstwerk van Schaap (figuur 6) en vond hierbij steun van de voorzieningenrechter, die plaatsing op de oorspronkelijke locatie afwees na afweging van het belang van Schaap tegen belangen van de verzetbiedende buurtbewoners. De buurtbewoners kwamen onder andere op tegen de plaatsing van het kunstwerk vanwege vrees voor verkeersongelukken, epilepsieaanvallen door beweerdelijk stroboscopisch licht en een onveilige speelomgeving voor kinderen. Deze vrees was niet onderbouwd en was in de administratieve fase onderbouwd weerlegd. Volgens de voorzieningenrechter moest de gemeente echter ook rekening houden met de belangen van de zich op niet-rationele gronden verzettende buurtbewoners (en mocht zij dus besluiten af te zien van plaatsing).¹¹ Het hof oordeelde dat de gemeente gezien de strekking van de overeenkomst toch gehouden was tot plaatsing, zij het op een alternatieve locatie; de gemeente moest al het noodzakelijke doen dit op de kortst mogelijke termijn te bewerkstelligen.¹² Het hof verbond aan het onverhoopt niet slagen van plaatsing binnen twee jaar een dwangsom van € 50.000. Deze termijn werd door de gemeente niet gehaald; de dwangsom raakte verbeurd, maar noopte de kunstenaar tot verweer in een executiegeschil (inclusief hoger beroep) om de dwangsom te kunnen innen en het werk ten slotte geplaatst te krijgen.¹³

3 Eigendom van het kunstwerk

3.1 Het object

Een kunstwerk in openbare ruimte betreft, uitzonderingen daargelaten,¹⁴ een stoffelijk object en dus een ‘zaak’ (art. 3:2 BW) met een eigenaar (art. 5:1 BW).¹⁵ De vraag naar de materiële eigendom van kunstwerken moet worden onderscheiden van de vraag naar de eigendom van het auteursrecht op de ‘geestelijke schepping’ die in het object, het stoffelijk voorwerp, is vastgelegd (zie verder par. 2.2). Het kunstwerk in de openbare ruimte is in de regel een onroerende zaak (in de zin van art. 3:3 BW); het werk zal (uitgezonderd tijdelijk geëxpo-

seerde buitenkunst¹⁶) immers naar aard en inrichting bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te verblijven.¹⁷ Het gevolg is dat het kunstwerk zal worden nagetrokken door de grond, zodat de grondeigenaar in beginsel eigenaar van het kunstwerk is (art. 5:20 BW).

Deze notie is bevestigd in een uitspraak van de rechtbank Alkmaar. Het betrof de eigendom van door Rudi van de Wint vervaardigde kunstvoorwerpen op (duingebied) De Nollen.¹⁸ Na het overlijden van de kunstenaar in 2006 maakten de erven aanspraak op alle kunstwerken op het door de stichting De Nollen aangekochte en beheerde terrein. De rechtbank maakte onderscheid tussen enerzijds de in het landschap geplaatste sculpturen en anderzijds de schilderijen en andere kleine kunstobjecten. Uit de door de stichting ingediende publicaties met betrekking tot de sculpturen kon worden opgemaakt dat elke ingreep in het landschap tot in detail door de kunstenaar was doordacht, dat er sprake was van een ‘totaalkunstwerk’, en dat de samenhang tussen sculpturen en landschap ook door anderen werd herkend. Dit maakte volgens de rechtbank, in samenhang met de omvang en moeilijke verplaatsbaarheid van de sculpturen (veelal metershoge objecten van cortenstaal, die gedurende hun aanwezigheid bovendien niet aantoonbaar verplaatst waren), dat er sprake was van objecten die duurzaam verenigd waren met de grond. Op grond van natrekking was de stichting dus de eigenaar van deze sculpturen. Ter zake van de op het terrein aanwezige schilderijen en andere kleinere objecten kwam de rechtbank tot een ander oordeel (eigendom gebleven van de kunstenaar, respectievelijk de erven).¹⁹

De voorzieningenrechter van de rechtbank Overijssel oordeelde recentelijk in dezelfde zin over een vordering van de gemeente Enschede jegens een hoteleigenaar in Boekelo die het op zijn perceel aanwezige standbeeld wilde laten veilen nadat hem ter ore was gekomen dat een identiek exemplaar tijdens een veiling bij Christie’s in Parijs € 150.000 had opgebracht. Het beeld was volgens de gemeente in 1968 door de Koninklijke Nederlandsche Zoutindustrie geschonken aan de dorpsgemeenschap Boekelo. De gemeente probeerde een stokje voor

11 Rb. Amsterdam (vzr.) 17 oktober 2016, C/13/610830 / KG ZA 16-766 AB/EB (Schaap/Gemeente Amsterdam), r.o. 4.7 (niet gepubliceerd).

12 Hof Amsterdam 31 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:238, AMI 2018/2 m.nt. J.J.C. Kabel (Schaap/Gemeente Amsterdam).

13 Executiegeschil: Rb. Amsterdam 5 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:537 en Hof Amsterdam 16 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3766, ATR 2022/3, IEF 20385 (Schaap/Gemeente Amsterdam). In november 2022 wordt het kunstwerk van Schaap alsnog geplaatst (<https://kunstenbond.nl/nieuws/alsnog-feestelijke-opening-kunstwerk/>). De kunstenaar werd in de gerechtelijke procedures bijgestaan door de auteurs van dit artikel.

14 Bijv. www.nrc.nl/nieuws/2016/08/22/kunst-om-heel-goed-naar-te-kijken-3939652-a1517452.

15 Het recht van de eigenaar om ongestoord en met uitsluiting van eenieder gebruik te maken van zijn zaak (art. 5:1 lid 2 BW) is met recht als grondrecht verankerd (art. 17 lid 1 Handvest; art. 1 Eerste Protocol EVRM). Dat geldt overigens ook voor het recht op de schepping (art. 17 lid 2 Handvest: ‘intellectuele eigendom is beschermd’).

16 Zie Handreiking beeldende kunst in de openbare ruimte (BNG Cultuurfonds 2000), p. 32: ‘Met uitzondering van tijdelijke kunstwerken, wordt in de meeste gevallen na oplevering de opdrachtgever eigenaar van het kunstwerk (...)’, en Handleiding voor opdrachtgevers van kunst in de openbare ruimte (AFK), p. 93 (‘Tijdelijk werk’): ‘In geval van een immaterieel of tijdelijk werk geldt een minder strenge overgang. De kunstenaar blijft eigenaar van het werk (...)’.

17 HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478, NJ 1998/97 (Portacabin). De omstandigheid dat sommige kunstwerken geen vaste verbinding met de grond kennen, is niet doorslaggevend. De naar buiten kenbare bedoeling is dat wel.

18 Rb. Alkmaar 27 april 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ2734.

19 De rechtbank oordeelde dat, anders dan door de stichting gesteld, de schilderijen en kleine objecten niet werden nagetrokken door het totaal kunstwerk: ‘Het “totaalkunstwerk” is geen relevante zakenrechtelijke entiteit. (...) voor een geslaagd beroep op natrekking komt het aan op de relatie tussen de objecten en de grond.’

de veiling te steken en vorderde in kort geding afgifte.²⁰ De voorzieningenrechter wees de vordering van de hand. In het midden kon volgens de voorzieningenrechter blijven of het standbeeld in de jaren zestig daadwerkelijk was geschonken aan Boekelo; de hoteleigenaar had voldoende aannemelijk gemaakt dat het beeldhouwwerk naar aard en inrichting bestemd was om duurzaam ter plaatse te blijven (het standbeeld woog honderden kilo's, in de grond was een betonnen fundering aangebracht, en het standbeeld was van 1968 tot 2022 op dezelfde plek blijven staan) en hij aldus door natrekking eigenaar van het beeld was geworden.

Kunst in openbare ruimte (denk aan muurschilderingen) ontstaat, zoals in de inleiding opgemerkt, in de regel op basis van een opdracht(overeenkomst). Noodzakelijk is dat echter (zeker) niet. Het beroemdste hedendaagse voorbeeld van kunst zonder opdracht is het werk van Banksy. In 2015 oordeelde het Engelse High Court over de eigendom van een door Banksy vervaardigde (althans: aan Banksy toegeschreven) *mural* op een gebouw in Folkestone (figuur 7).²¹ De geestelijke eigendom stond in het geschil niet ter discussie (aldus de betrokken rechter: 'For the avoidance of doubt, I am not concerned with the copyright in the artistic work, which prima facie belongs to Banksy').²² Partijen bij het geschil waren The Creative Foundation (een stichting die van de eigenaar van het gebouw het recht op het betreffende stuk muur had verkregen) en de huurder van het gebouw. Laatstgenoemde had zonder de eigenaar van het gebouw te informeren het stuk muur met de schildering verwijderd en aangeboden op Art Basel Miami (verkoop bleef uit). In het geschil voor het High Court lag de vraag voor of de huurder op basis van de huurovereenkomst – die de huurder verplichtte het gebouw in goede conditie te houden en het daartoe benodigde herstel te verrichten – de schildering mocht verwijderen, en zo ja, of de huurder vervolgens (ook op basis van het contract) eigenaar was geworden van het verwijderde stuk muur. Mr. Justice Arnold beantwoordde deze vragen ontkennend. Op het uitgangspunt dat de eigenaar van een (onroerende) zaak eigenaar is van alle bestanddelen van die zaak, gold in casu geen uitzondering. Het contractuele beding zou wellicht zo kunnen worden geïnterpreteerd dat de huurder eigenaar zou worden van door hem verwijderd afval of zaken van verwaarloosbare waarde, maar niet van een stuk muur met een Banksy-schildering (van aanzienlijke waarde). Het stuk muur moest daarom worden afgegeven aan The Creative Foundation.

Figuur 7 Art Buff, Banksy, Folkestone (bron foto: Wikipedia)



Naar Nederlands recht zou in de Banksy-casus moeten worden beoordeeld of de muurschildering een 'bestanddeel' is van de muur van het gebouw. Wigman komt in zijn beschouwing,²³ via een toepassing van art. 5:3 jo. art. 3:4 BW, tot de conclusie dat dit inderdaad het geval is en dat de eigenaar van het gebouw naar Nederlands recht ook eigenaar van de muurschildering is geworden. Hoewel een 'mural' niet op grond van de 'verkeersopvatting' (art. 3:4 lid 1 BW) deel zal uitmaken van het gebouw, kan de schildering immers vermoedelijk niet 'zonder beschadiging van betekenis' worden afgescheiden van de muur, zodat aan het criterium van art. 3:4 lid 2 BW zal

20 Rb. Overijssel (vzr.) 1 december 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:3614. Het standbeeld *Le Grand Couple* van de Franse beeldhouwer Henri Étienne-Martin werd in 1968 in Boekelo onthuld. Het was een geschenk van de Koninklijke Nederlandsche Zoutindustrie aan de dorpsgemeenschap (<https://nos.nl/artikel/2454738-standbeeld-bij-hotel-in-boekelo-kan-worden-geveild-na-uitspraak-rechter>).

21 The Creative Foundation v Dreamland Leisure Limited & Ors [2015], EWHC 2556 (Ch) (www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2015/2556.html).

22 The Creative Foundation v Dreamland Leisure Limited & Ors [2015], EWHC 2556 (Ch), par. 2.

23 R. Wigman, Van wie is een muurschildering? (www.vwsadvocaten.nl/van-wie-is-een-muurschildering/#:~:text=De%20eigenaar%20van%20het%20gebouw%20is%20eigenaar%20van%20de%20bestanddelen,slechts%20gebruiken%20conform%20de%20huurovereenkomst).

zijn voldaan (zie figuur 8 en 9).²⁴ Deze feitelijke vraag naar de scheidbaarheid verdient bij een geschil grondige aandacht. Bij de verplaatsing van (eveneens uitermate kostbare) fresco's zijn steeds geavanceerdere technieken ontwikkeld om deze kunstwerken zonder schade van de muur te verwijderen.

3.2 De schepping

Het recht van de eigenaar om ongestoord en met uitsluiting van eenieder gebruik te maken van zijn zaak (art. 5:1 lid 2 BW) moet geschieden met inachtneming van rechten van derden en op wettelijke voorschriften en ongeschreven recht gegronde beperkingen. Zo zal de stoffelijke eigenaar van een kunstwerk het auteursrecht van de maker (of diens rechtsopvolger), de schepper van het werk, in acht moeten nemen.

De geestelijke eigendom, dat wil zeggen het auteursrecht op de creatieve schepping van de kunstenaar, kan door de kunstenaar worden overgedragen aan de opdrachtgever-eigenaar van het fysieke werk, zij het niet in volle omvang.²⁵

De 'beperkte' overdraagbaarheid van het auteursrecht is het gevolg van het feit dat een van de twee componenten waaruit het auteursrecht is samengesteld, te weten de zogeheten persoonlijkheidsrechten, niet vatbaar is voor overdracht. Deze persoonlijkheidsrechten (art. 25 Auteurswet (Aw)) moeten de hoogstpersoonlijke band tussen de maker en diens werk waarborgen en omvatten onder meer het recht op vermelding van de naam van de maker bij het werk en om zich te verzetten tegen wijzigingen en aantastingen van het werk (zie verder par. 4).

Maar ook de andere, wel voor overdracht vatbare component, die bestaat uit de exploitatierechten, wordt bij kunstwerken in openbare ruimte zelden in volledige omvang overgedragen aan de opdrachtgever-eigenaar. Doorgaans zal deze het kunstwerk immers niet willen exploiteren; het verrichten van bepaalde exploitatiehandelingen is voldoende. De opdrachtgever-eigenaar zal bijvoorbeeld het beeld als herkenningsteken in allerlei eigen uitingen (als onderdeel van de huisstijl in drukwerk en op de website van de opdrachtgever) willen laten zien en/of miniatuurversies als merchandise of relatiegeschenk aanbieden. In dergelijke gevallen is enkel de overdracht of licentiëring van bepaalde specifieke bevoegdheden voldoende.

Wanneer kunstenaar en opdrachtgever nalaten om gebruiks-/exploitatiebevoegdheden over te dragen of te licentiëren, komen ter zake van het gebruik van het werk ('de schepping') aan de eigenaar van een schilderwerk, beeldhouwwerk of werk van toegepaste kunst in openbare ruimte, van rechtswege enkele

bevoegdheden toe zoals vermeld in art. 23 Aw, te weten 'dat werk te verveelvoudigen of openbaar maken voor zover dat noodzakelijk is voor openbare tentoonstelling of openbare verkopen van dat werk, een en ander met uitsluiting van enig ander commercieel gebruik'.²⁶ De relevantie van deze bevoegdheden lijkt gering voor (de eigenaar van) een kunstwerk dat naar zijn aard bestemd is om tentoongesteld te zijn in de openbare ruimte, waardoor de bevoegdheid om het werk tentoon te stellen ook zonder uitdrukkelijke regeling of wettelijke grondslag reeds impliciet mag worden geacht te zijn verleend door de kunstenaar.

Een relevantere, maar niet uitsluitend aan de eigenaar van het kunstwerk toekomende, bevoegdheid is het recht van eenieder om *afbeeldingen* te verveelvoudigen en openbaar te maken van het kunstwerk dat gemaakt is om permanent 'in openbare plaatsen te worden geplaatst' (art. 18 Aw).²⁷ Deze bevoegdheid in het belang van de uitingsvrijheid en uitdrukking gevend aan de notie dat de publieke ruimte van ons allen is, kan onder omstandigheden en tot op zekere hoogte uitkomst bieden aan de opdrachtgever die heeft verzuimd om met deze wettelijke beperking overlappende gebruiksbevoegdheden overeen te komen. Toegepast op de onderhavige publicatie betekent de vrijheid ingevolge art. 18 Aw dat de toestemming van de kunstenaars in kwestie niet is vereist om hun werken in dit artikel op te nemen. Aangezien de werken zijn verveelvoudigd in de vorm van foto's is in beginsel overigens wel de toestemming van de fotograaf vereist voor publicatie, maar komen wij in dit geval ook daar niet aan toe omdat publicatie is toegestaan op grond van het citaatrecht (art. 15a Aw).

Vermeldenswaard (al zal het in de praktijk weinig voorkomen²⁸) is tot slot dat ook wanneer de kunstenaar zijn volledige auteursrechtelijke exploitatierechten overdraagt aan de opdrachtgever, hij in beginsel bevoegd blijft om zodanige wijzigingen in het werk aan te brengen als hem naar de regels van het maatschappelijk verkeer te goeder trouw vrijstaan ('droit de repentir', art. 25 lid 4 Aw). Te goeder trouw moet worden begrepen als 'naar redelijkheid en billijkheid' (en duidt dus op een afweging tussen de belangen van de stoffelijke en geestelijke eigenaar van een werk).²⁹

24 Bij sommige andere typen muurkunstwerken, zoals het werk Calypso Falls te Rotterdam – een aan een gebouw bevestigde muursticker met een foto van een beroemde IJslandse waterval (het betreft een voorbeeld uit de praktijk van auteurs, zie figuur 9) –, zou de toets van art. 3:4 lid 2 BW tot het tegenovergestelde resultaat kunnen leiden (wel zonder beschadiging van betekenis af te scheiden).

25 Zie verder voor de vermogensrechtelijke aspecten van het auteursrecht de bijdrage van Bouwman in dit themanummer.

26 Deze bevoegdheden komen overigens ook aan de bezitter of houder toe (art. 23 Aw).

27 Deze uitzondering op het auteursrecht geeft dus niet de bevoegdheid om andere verveelvoudigingen dan 'afbeeldingen' tot stand te brengen (zoals miniatuurversies van het kunstwerk (als merchandising)).

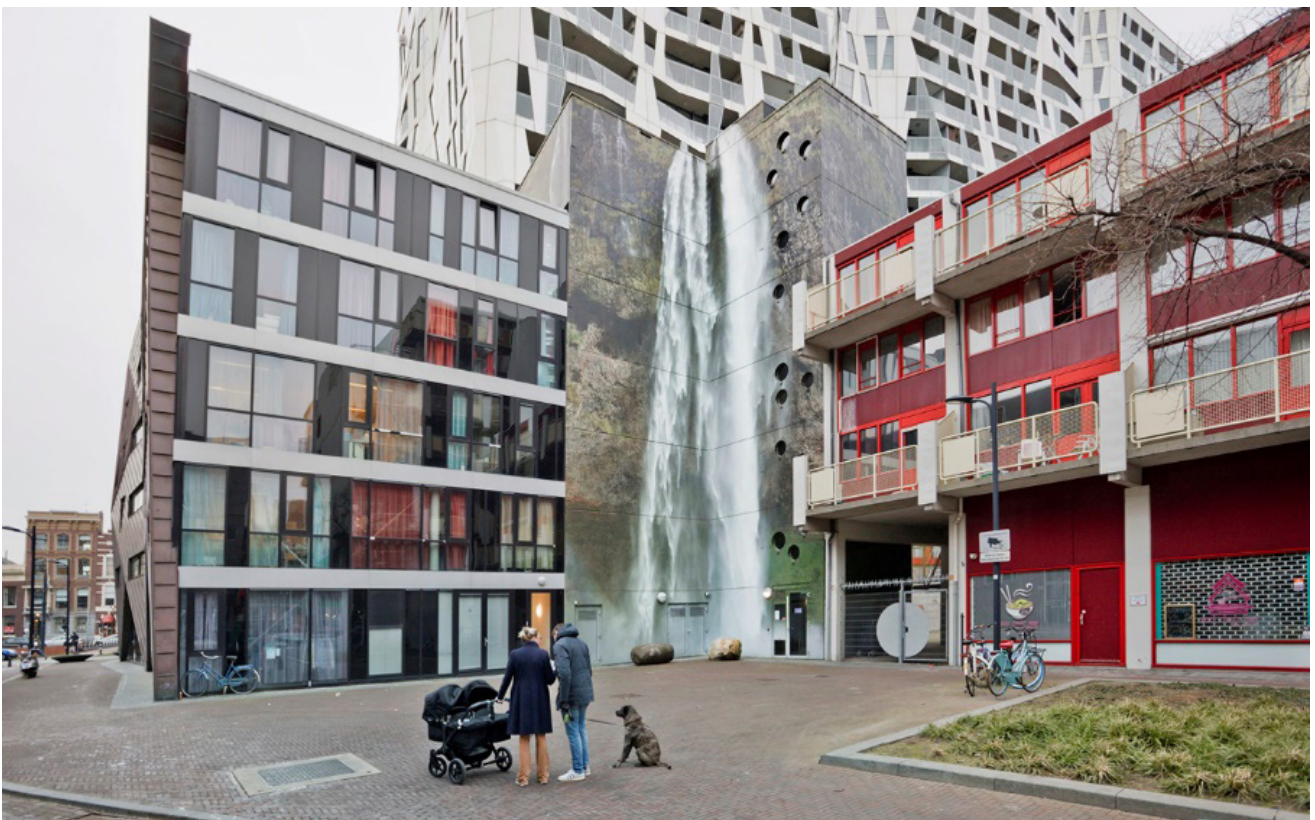
28 Het zal uitzonderlijker zijn dat een kunstenaar alsnog zijn werk wil wijzigen, dan dat de opdrachtgever op enig moment minder gelukkig is met het verworven werk en er iets aan wil laten veranderen. Beroemd voorbeeld betreft de te blote mannen die Michelangelo schilderde in de Sixtijnse Kapel en die op last van paus Pius IV allemaal broekjes aan geschilderd kregen.

29 Vgl. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 7.11.

Figuur 8 Een variant op de Banksy-kwestie; ditmaal in Oekraïne, waar dieven het gemunt hadden op de kostbare wanddecoratie (bron foto: www.opendemocracy.net/en/odr/ukraine-banksy-stolen-serbiy-dobhij-activist-army-auction/)



Figuur 9 Calypso Falls, Monique Bentbin & Rick Messemaker, Mauritsplein Rotterdam (foto: Otto Snoek). Wel of niet zonder schade van betekenis af te scheiden? Zie noot 24.



Figuur 10 De violist, maker anoniem, eigenaar gemeente Amsterdam (bron foto: <https://amsterdam.kunstwacht.nl/>)



4 De kunst om goed om te gaan met persoonlijkheidsrechten

Ook als het kunstwerk eenmaal in de openbare ruimte is geplaatst, is het niet zelden een bron van stevige juridische kopzorgen en hoofdbrekens verband houdende met het in verschillende handen zijn van de eigendom van het fysieke beeld en de eigendom van het auteursrecht op de geestelijke schepping. De eigenaar van een kunstwerk ziet zijn ongestoorde genot onder meer doorkruist door het auteursrecht, wanneer hij – bijvoorbeeld om praktische redenen – veranderingen aan of met betrekking tot het werk wil aanbrengen. Denk aan veranderingen die (in de optiek van de eigenaar) nodig zijn om het kunstwerk beter te kunnen onderhouden, of vandalismebestendiger te maken.³⁰ Of aan verplaatsing van het kunstwerk vanwege veranderingen in de directe omgeving van het werk.³¹ Het zijn handelingen die kunnen stuiten op bezwaar en/of verzet door de kunstenaar, die een beroep kan doen op de in paragraaf 4 besproken, niet voor overdracht vatbare ‘persoon-

lijkheidsrechten’. Tot op zekere hoogte kan de kunstenaar/maker wél afstand doen van zijn persoonlijkheidsrechten; die mogelijkheid geldt echter niet voor wat betreft het in art. 25 lid 1 sub d Aw omschreven verzetsrecht tegen ‘misvormingen, verminderingen en andere aantastingen’ van zijn werk.

Met betrekking tot de persoonlijkheidsrechten van de maker zijn twee arresten van de Hoge Raad, die de speelruimte van de beherende en beschikkende eigenaar van het kunstwerk bepalen, van essentieel belang. De arresten zijn allebei geweest op het gebied van de architectuur (de ‘bouwkunst’), maar zijn onverminderd relevant met betrekking tot handelingen (van de eigenaar) ten aanzien van andere kunst in openbare ruimte. Het eerste arrest (Jelles/Gemeente Zwolle³²) betreft de meest ingrijpende handeling die de stoffelijke eigenaar ter zake van het werk, zijn eigendom, kan verrichten, te weten: ‘vernietiging’ van het werk. Tot aan dit arrest liep de rechtspraak uiteen over de vraag of vernietiging van een (uniek) werk een ‘aantasting’ in de zin van art. 25 lid 1 sub d Aw kon opleveren (zie voor uiteenlopende oordelen met betrekking tot in opdracht gemaakte kunstwerken Lenartz/Gemeente Sittard³³ en Van

30 Vgl. Hof Arnhem 24 januari 1989, AMI 1989, p. 126 m.nt. Spoor (Marris/Gemeente Millingen). Het door de gemeente Millingen zonder voorafgaand overleg met de kunstenaar vervangen van het beschadigde keramieken beeld door een (vandalismebestendige) bronzen replica is een inbreuk op het auteursrecht van Marris.

31 Vgl. Rb. Almelo 29 oktober 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BG1982, NJF 2009/172 (Peeters/Gemeente Dinkelland). Kunstenaar Peeters verzet zich tegen verplaatsing van het in opdracht van de gemeente Dinkelland door hem vervaardigde oorlogsmonument. Beroep op art. 25 lid 1 sub d Aw wordt gehonoreerd. De rechtbank oordeelt dat de op het kunstwerk aanwezige zonnwijzer na verplaatsing van het kunstwerk (door de gewijzigde positie van het kunstwerk ten opzichte van de zon) minder goed werkt. Het is aannemelijk dat de kunstenaar hierdoor reputatieschade lijdt.

32 HR 6 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7830, BR 2004/79 m.nt. Adriaansens, AMI 2004/12 (met ill.) m.nt. JMBS, IER 2004/19 m.nt. FWG (Jelles/Gemeente Zwolle).

33 Hof 's-Hertogenbosch 17 december 1990, ECLI:NL:GHSHE:1990:AD1304, NJ 1991/443 (Lenartz/Gemeente Sittard).

den Berg/RU Groningen³⁴).³⁵ In Jelles/Gemeente Zwolle, waarin de architect ageerde tegen sloop van het door hem ontworpen Wavin-gebouw, hakte de Hoge Raad de knoop door: de sloop van een werk kan geen ‘aantasting’ zijn. Let wel: dit betekent niet dat de eigenaar het werk per definitie mag vernietigen en dat de belangen van de maker altijd ondergeschikt zijn aan die van de eigenaar. De vernietiging van een exemplaar van het werk kan misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 lid 2 BW) opleveren of anderszins onrechtmatig zijn jegens de maker, aldus de Hoge Raad. Het arrest illustreert dat daar eerder sprake van zal zijn bij unieke werken (zoals bij gebouwen en kunstwerken in openbare ruimte), en dat bij de sloop van zo’n werk onder omstandigheden van de eigenaar verlangd mag worden dat daarvoor een gegronde reden bestaat, en dat hij zich de belangen van de maker aantrekt door ten minste zorg te dragen voor documentatie van het werk, dan wel de maker daar zelf toe in staat te stellen.³⁶

Dit arrest heeft geleid tot een sterkere positie van de stoffelijke eigenaar die zich heeft voorgenomen over te gaan tot de sloop van een werk.³⁷ Voor wat betreft kunstwerken in openbare ruimte zien wij dit bijvoorbeeld terug in VOKO/Loppersum (2008)³⁸ en Milikowski/Gemeente Groningen (2015).³⁹ Dat het optreden tegen sloop van een kunstwerk niet per definitie een onbegonnen zaak is, volgt uit Eiser/Stichting ROC Drenthe (2018),⁴⁰ waarin het ROC besloot het ooit in opdracht van een rechtsvoorganger gemaakte kunstwerk (geplaatst voor het collegegebouw) te verwijderen vanwege het feit dat onderdelen van het kunstwerk doelwit waren geweest van diefstal. De rechtbank oordeelde dat de eigenaar misbruik van recht had gemaakt door zonder enig contact/voorafgaand overleg met de kunstenaar over te gaan tot verwijdering van het kunstwerk.⁴¹

Wanneer het niet gaat om vernietiging, maar om een aanpassing van het werk (door de eigenaar), is het tweede standaard

darrest, Dijkstra/De 4 Jaargetijden,⁴² richtinggevend. De Hoge Raad verschaftte in het arrest helderheid met betrekking tot de lang bestaande onduidelijkheid over de verhouding tussen enerzijds het niet voor afstand vatbare recht van de maker ‘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’ (art. 25 lid 1 sub d Aw) en anderzijds het voor afstand vatbare recht van de maker ‘zich te verzetten tegen elke andere wijziging in zijn werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet in strijd met de redelijkheid zou zijn’ (art. 25 lid 1 sub c Aw). De Hoge Raad overweegt dat het bij de sub c-grond gaat om wijzigingen die geen afbreuk doen aan de auteursrechtelijk beschermde trekken van een werk én wijzigingen die daar wel afbreuk aan doen maar niet tot reputatieschade kunnen leiden. De beoordeling van de sub c-grond behelst een redelijkheidstoets, waarbij de verwachting is dat het verzet tegen wijzigingen al gauw in strijd zal zijn met de redelijkheid (althans voor zover er een duidelijk belang bij wijziging van het werk aanwezig is aan de zijde van de eigenaar).⁴³ Bij de sub d-grond gaat het om ‘aantastingen’ die afbreuk doen aan de auteursrechtelijk beschermde trekken van het werk én tot reputatieschade kunnen leiden. Het element ‘reputatieschade’ is dus doorslaggevend. Als daar geen sprake van is (of kan zijn), wordt aan de sub d-grond niet toegekomen. De sub d-beoordeling vergt een geobjectiveerde toets. Bij de vraag of sprake is van (potentiële) reputatieschade gaat het om de publieke perceptie van de maker. Bij deze toets moet rekening worden gehouden met onder andere (zo overweegt de Hoge Raad): de aard en ernst van de aantasting, de mate van bekendheid van het werk en van de maker bij het relevante publiek, de waarneembaarheid van de aantasting voor het relevante publiek, de reden voor de wijziging waarin de aantasting is gelegen, en de tijd die reeds is verstreken tussen de voltooiing van het werk en de aantasting (plus eventuele andere omstandigheden van het geval). Is de uitkomst van deze toets dat er inderdaad reputatieschade valt te vrezen, dan is voor een (nader) belangenafweging geen plaats meer.⁴⁴

Ingewikkeld, maar daarom niet minder waar (maar wel wat moeilijker voorstelbaar), is dat strijdigheid met de persoonlijkheidsrechten zich ook voor kan doen zonder dat er wijzigingen worden aangebracht in het stoffelijke werk zelf. Verwaarlozing door achterstallig onderhoud, verplaatsing naar een andere locatie terwijl het kunstwerk juist in relatie tot de oorspronkelijke locatie van betekenis is, of zelfs wanneer het werk op zijn plaats blijft, maar die plaats verandert, kan ertoe leiden dat de auteursrechthebbende met een beroep op diens persoonlijk-

34 Rb. Groningen (pres.) 22 oktober 1993, Informatierecht/AMI 1994/103 en Hof Leeuwarden 29 december 1993, Informatierecht/AMI 1996/13 m.nt. Cohen Jehoram (Van den Berg/RU Groningen).

35 En zie voor een nog ouder oordeel Hof Amsterdam 16 juni 1977, NJ 1978/218, AMR 1978, p. 30, BIE 1978/27 (Koetsier/Schiphol): vernietiging ten gevolge van onvoorzienbare werking materiaal geen ‘aantasting’.

36 HR 6 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7830 (Jelles/Gemeente Zwolle), r.o. 4.6.

37 Zie o.a. annotaties J.J.C. Kabel bij Rb. Noord-Nederland 1 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1598, AMI 2014/1, IEF 14838 (Milikowski/Gemeente Groningen) en Rb. Amsterdam 21 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1577, AMI 2016/2 (Van Huut/CRI Residence Amstelveen B.V.). Zie ook P.G.F.A. Geerts & J. Becker, Wanneer mag een uniek exemplaar van een werk worden vernietigd? Hoge Raad Jelles/Zwolle revisited, IER 2015/2.

38 Hof Leeuwarden 16 januari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC2151, NJF 2008/290 (VOKO/Loppersum).

39 Rb. Noord-Nederland 1 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1598, IEF 14838 (Milikowski/Gemeente Groningen).

40 Rb. Noord-Nederland 18 december 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:5659 (Eiser/Stichting ROC Drenthe).

41 Rb. Noord-Nederland 18 december 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:5659 (Eiser/Stichting ROC Drenthe), r.o. 5.2-5.3.

42 HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:451, NJ 2019/324 m.nt. J.H. Spoor, IER 2019/27 m.nt. F.W. Grosheide, AMI 2019/3 m.nt. J.J.C. Kabel (Dijkstra/De 4 Jaargetijden).

43 P.G.F.A. Geerts e.a., Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2022/586, verwijzend naar Rb. Rotterdam (vzr.) 5 november 2021, IEF 20313 (Architect/Evides).

44 HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:451 (Dijkstra/De 4 Jaargetijden), r.o. 3.6.2-3.6.3 en 3.7.4.

heidsrechten de eigenaar met succes aan kan spreken.⁴⁵ De overwegend casuïstische jurisprudentie illustreert overigens wel hetgeen ook zonder rechterlijke tussenkomst vermoedelijk vanzelfsprekend is, te weten dat doorlopende zorg voor de openbare ruimte en het kunstwerk in het bijzonder zeer wenselijk is, en dat bij voorgenomen veranderingen de aanwezigheid van gegronde beweegredenen en het voeren van voorafgaand overleg met de kunstenaar veel moeilijkheden kunnen voorkomen.⁴⁶

5 Op de plaats (on)rust!

Het zijn niet alleen de onvervreembare persoonlijkheidsrechten van de kunstenaar die het ongestoorde genot van de eigenaar van het kunstwerk, ook na realisatie en plaatsing, nog kunnen verstoren. ‘Weinig onderwerpen zetten de verhouding tussen burger en lokale overheid zo snel op scherp als kunst in de openbare ruimte’, aldus het tijdschrift Binnenlands Bestuur in een serie over omstreden kunstwerken in de openbare ruimte.⁴⁷

Deze scherpstelling is niet zelden het gevolg van maatschappelijke discussies, zoals het debat over het koloniale verleden en de rol van de kerk en de staat, die kunnen leiden tot heftige controverses. Het betreft soms eeuwenoude beelden die door gewijzigde opvattingen binnen korte tijd uit de gratie raken (denk aan standbeelden van in ongenade gevallen historische figuren als Jan Pieterszoon Coen en Piet Hein).⁴⁸ Een actueel voorbeeld is de actie die wordt gevoerd tegen het historische beeld van missionaris Petrus Donders in het Wilhelminapark in Tilburg (figuur 11). ‘Peerke’ Donders sprak zich in de negentiende eeuw al uit tegen slavernij, maar het beeld roept protest op omdat het beeld Donders toont met voor hem een knielende creoolse lepralijder. De gemeente Tilburg besloot in

2022 een toelichting bij het beeld te plaatsen. Actievoerders vinden dit niet voldoende en eisen verwijdering van het ‘racistische, koloniale en stereotyperende’ beeld uit de openbare ruimte.⁴⁹

Figuur 11 Beeld: J.P. Maas (foto: John Goorts)



De door een maatschappelijk debat losgebrande beeldenstorm treft soms ook hedendaagse beelden, zoals het volgens tegenstanders onwaardige (te blote) beeld van de Surinaamse antiekolonialistische schrijver en verzetsstrijder Anton de Kom (figuur 12) en het aardgasmolecuul van Marc Ruygrok (figuur 13), dat van monument ter viering van het vijftigjarige jubileum van de aardgasvondst transformeerde tot (met rode verf bekladde) steen des aanstoets van de gaswinning.⁵⁰

45 Vgl. Rb. Almelo 29 oktober 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BG1982, NJF 2009/172 (Peeters/Gemeente Dinkelland): verplaatsing kunstwerk levert ‘aantasting’ op. Zie voor een veranderde omgeving van het werk o.a. Hof ’s-Hertogenbosch 24 februari 1993, AMI 1994/6, p. 116-117 (Devens/Gemeente Eijsden): plaatsing fontein in buurt kunstwerk is ‘aantasting’, Rb. Rotterdam (vzr.) 10 september 1998, ECLI:NL:RBROT:1998:AK3931, IER 1999/3 (Struycken/NAI): tijdelijke straatkunst misvormt lichtkunstwerk, en Rb. Groningen (vzr.) 10 september 2004, ECLI:NL:RBGRO:2004:AR1050, AMI 2004/6 m.nt. Krikke (Verbeek/Gemeente Groningen): kunstzinnige eenheid werk en omgeving doorbroken: ‘aantasting’. Een hierbij aansluitend voorbeeld: Rb. Breda (vzr.) 18 september 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ8029, AMI 2010/3 m.nt. Jan Kabel (Hermans/Stichting Vredesduif): plaatsing kunstwerk op te lage sokkel is ‘aantasting’.

46 Gevallen waarin gebrek aan voorafgaand overleg met de kunstenaar de eigenaar-opdrachtgever in de voet schiet: Hof Arnhem 24 januari 1989, AMI 1989, p. 126 m.nt. Spoor (Marris/Millingen), Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2769, IER 2015/43 m.nt. Rogier de Vrey (Roosegaarde/Gemeente Assen), Rb. Noord-Nederland 18 december 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:5659 (Eiser/Stichting ROC Drenthe) en de in par. 2.1 besproken kwestie Serafijn c.s./Gemeente Assen.

47 Zie www.binnenlandsbestuur.nl/bestuur-en-organisatie/serie-buitenkunst-een-surfplank-de-hand-van-satan.

48 Zie www.volkskrant.nl/cultuur-media/op-standbeelden-als-dat-van-j-p-coen-klonk-van-meet-af-aan-kritiek-wat-te-doen-nu-die-weer-aanzwelt-ba39ef7b/. en: www.ad.nl/rotterdam/standbeeld-piet-hein-beklad-tegen-de-voc-mentaliteit-a55fd19d/.

49 Rb. Zeeland-West-Brabant 23 mei 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:3509. De gang naar de bestuursrechter levert de actievoerders enkel een morele overwinning op (in de uitspraak worden de gronden van de eisers ‘voorstelbaar’ genoemd); de bestuursrechter verklaart het beroep ongegrond en verwijst de actiegroep naar de civiele rechter.

50 Beeld Anton de Kom, zie www.nu.nl/algemeen/719302/protest-bijonthulling-monument-verzetsheld-video.html. Gasmolecuul Ruygrok, zie Stelling van de dag: het kunstwerk van een molecuul in Groningen is een klap in het gezicht van de inwoner, Dagblad van het Noorden 28 december 2021. Zie ook www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/beeldenstorm-op-groningse-gasmolecule-blijft-voorlopig-uit-b6dcebe1/.

Figuur 12 Beeld: Jikke van Loon (foto: Hans Mooren)



Figuur 13 Gasmolecuul, Marc Ruygrok, A7 (foto: Venema Media)



Tegen De Tong van Lucifer van Rudi van de Wint (figuur 14) stak een gure christelijke wind op vanwege het vermeend godslasterlijke karakter van het beeld (het beeld zou de tong van de duivel symboliseren).⁵¹ De wind ging pas liggen toen het beeld werd omgedoopt in De Tong en na beschadiging en herstel op last van Gedeputeerde Staten van Flevoland eindelijk weer kon worden herplaatst op zijn oorspronkelijke plek overeenkomstig de uitdrukkelijke wil van de intussen overleden kunstenaar.⁵²

Niet zozeer een maatschappelijk ideologisch debat, als wel een krachtige afwijzing ('not in my backyard') van een provocerend beeld lag ten grondslag aan het legendarische gesol en gesleep met het beeld Kabouter Buttplug (figuur 15). Het beeld is toe aan zijn derde locatie in Rotterdam vanwege het door bewoners en bedrijfsleven opgeworpen verzet op grond van het aanstootgevende karakter dat werd beleefd of gevreesd. De kunstenaar die met het beeld van de kerstman en zijn dubbelzinnig gestileerde kerstboom een aanklacht tegen de consumptiemaatschappij wilde ponen, was onder meer niet welkom op de geprojecteerde locatie in de Rotterdamse Koopgoot.

Deze voorbeelden illustreren niet alleen het spanningsveld tussen de opdrachtgever-eigenaar, de kunstenaar-auteursrecht-hebbende en de burger bij het beheren en in stand houden van de openbare kunstwerken, maar misschien nog veel meer dat goede bedoelingen, goede contracten en goede inspraakprocedures niet kunnen voorkomen dat een kunstwerk uit de gratie raakt. De juridische barrières die de opdrachtgever in dat geval moet overwinnen om een oplossing te vinden die alle betrokkenen recht doet, zijn niet gering en helaas moeilijk te voorkomen.

6 Slot

De in deze bijdrage besproken thema's en voorbeelden laten zien dat de krachten waaraan de opdrachtgever-eigenaar onderhevig is, zich niet geheel via contracten, kieshokjes en bestuursrechtelijke kanalen laten voorkomen, respectievelijk reguleren. De opdrachtgever die met de beste bedoelingen de kwaliteit van de openbare ruimte met kunstwerken wil verrijken, zal derhalve moeten begrijpen en incalculeren dat een realisatietraject in de praktijk negen op de tien keer veel gecompliceerder is dan vooraf verwacht, dat het *droit moral* van de kunstenaar niet slechts een theoretisch concept is, dat ook het goederenrechtelijke regime (het natrekkingsleerstuk, verjaring) blijvende en langdurige oplettendheid vereist, en dat publieke opvattingen over kunst snel kunnen veranderen en ook los

daarvan de burger niet zal aarzelen zich (luid en duidelijk) uit te spreken over iedere verandering in 'zijn' omgeving.

Hij zal, kortom, moeten voorzien en aanvaarden dat het meest volledige, laat staan ongestoorde genot van de eigendom van het kunstwerk helaas een illusie is. Wij menen daarom dat de term 'problemeigenaar' misschien wel het meest gepast is.

Maar laat dit de opdrachtgever niet weerhouden om zich in te zetten voor de totstandkoming en aanwezigheid van kunst in de openbare ruimte, ook al is niet elke kunstopdracht artistiek of praktisch even geslaagd. Aan het vermijden van onverhoopt artistieke tegenvallers kan de jurist weinig doen, maar er is een dankbare taak voor hem weggelegd bij het bevorderen van een evenwichtige en voldoende uitgewerkte rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de kunstenaar. Zowel de aanzienlijke verschillen tussen de partijen, onder meer in deskundigheid en draagkracht, als de bijzondere complexiteit bij het realiseren van naar hun aard unieke werken en de daarmee verbonden risico's in verhouding tot de beperkte budgetten en bescheiden inkomsten verdienen immers een solide juridisch fundament.

⁵¹ Zie hierover www.volkskrant.nl/cultuur-media/hoe-de-titel-van-dit-duivelse-kunstwerk-de-pleuris-deed-uitbreken-in-flevoland~b96bd5aa/ (interview met SGP-politicus Sjaak Simonse: '(...) "Lucifer is een gevallen engel die met zijn tong de hemel likt", zegt hij, terwijl hij de Bijbel met uitleg opbergt. "Lucifer is een volgeling van de duivel. Er zijn maar twee machten: het rijk van God en het rijk van de duivel. En als je God niet eert, eer je de duivel. Daarom is dit kunstwerk een provocatie. Het kan niet anders dan dat de kunstenaar dat zo heeft bedoeld." (...)')

⁵² Zie www.trouw.nl/binnenland/godslasterlijk-kunstwerk-onder-nieuwenaam-terug-in-flevoland~bacff59f/.

Figuur 14 De foto verbeeldt het verzet tegen De Tong van Lucifer, Rudi van de Wint (foto: ANP Perssupport)



Figuur 15 Santa Claus, Paul McCarthy, Nieuwe Binnenweg Rotterdam (foto: Jan Kok)

