

lidstaten van de Europese Unie en de EU zelf. Beter had de rechter kunnen verwijzen naar overweging 27 bij de Auteursrechtlijn ('De beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn').

R.o. 5.7 wekt mogelijk de suggestie dat voor de vraag of TPB openbaar maakt van beslissende betekenis is of de uitwisseling van bestanden fysiek door TPB wordt ondersteund. Hoewel technische betrokkenheid zeker een rol kan spelen bij de openbaarmakingsvraag (zie HR 14 januari 1984, NJ 1984, 696 (Kabelpiraten)) is die niet van beslissende betekenis. Zo zijn naar algemeen wordt aangenomen hosting service providers geen 'openbaarmakers', ook al worden er via de servers van de providers op grote schaal auteursrechtelijk beschermde werken aan het publiek beschikbaar gesteld; zie Rb 's-Gravenhage 9 juni 1999, Informatierecht/AMI 1999-7, p. 113 (*Scientology/XS4ALL*). Hoewel de rechter in r.o. 5.8 nog een slag om de arm houdt, lijkt het inderdaad aannemelijk dat torrent-sites zoals TPB niet zelf openbaar maken.

Daarmee verplaatst de analyse zich naar de vraag of TPB auteursrechtinbreuk *bevordert* en dusdoende onrechtmatig handelt. De rechter overweegt in r.o. 5.11.2: 'The Pirate Bay stelt haar gebruikers stelselmatig in staat om inbreuk te maken op auteursrechten. The Pirate Bay stelt daartoe torrents ter download beschikbaar, helpt gebruikers bij het vinden van de gewenste torrent, moedigt gebruikers aan meer torrents te uploaden, en zorgt ervoor dat de torrents bruikbaar zijn voor haar gebruikers. Door deze handelswijze worden de gebruikers beter in staat gesteld om bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal met elkaar te delen. [...]'. Op grond hiervan concludeert de voorzieningenrechter (voorlopig) dat de handelwijze van TPB onrechtmatig is, een conclusie waarop mijns inziens weinig valt af te dingen.

Nr. 3 Hermans/Stichting Vredesduif

Rechtbank Breda 18 september 2009
zaaknummer / rolnummer: 208673 / KG ZA 09-520
(mr. C.J.G.M. van der Weide)

Lagere dan overeengekomen plaatsing van werk van beeldende kunst in de openbare ruimte. Primaire vordering tot hogere plaatsing reeds op contractuele basis toewijsbaar. Lagere plaatsing brengt bovendien nadeel toe aan eer en naam van de maker, temeer daar het kunstwerk daardoor vatbaarder wordt voor vandalisme.
(artikel 25 lid 1 sub d Auteurswet)

Vonnis in kort geding in de zaak van

Paul Hermans, wonende te Bavel, gemeente Breda, eiser, advocaat mr. F.E.R.M. Verhagen,

tegen

de stichting De Stichting Vredesduif, gevestigd en zaakdoende te Breda, gedaagde, advocaat mr. J.H.A. Klomp makers.

Partijen zullen hierna Hermans en de Stichting genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 11 september 2009 met producties, genummerd 1 tot en met 6;
- de bij faxbericht van 14 september 2009 ingediende producties, genummerd 1 tot en met 8 van de zijde van de Stichting;

- de bij faxbericht van 15 september 2009 ingediende producties, genummerd 9 tot en met 13 van de zijde van de Stichting;
- de bij faxbericht van 15 september 2009 ingediende producties, genummerd 7 en 8 van de zijde van Hermans;
- de mondelinge behandeling gehouden op 15 september 2009;
- de pleitnota van de zijde van de Stichting.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Het geschil

2.1. Hermans vordert samengevat – bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

primair de Stichting te verbieden om het vredesmonument zonder sokkel van tenminste 3,5 meter te plaatsen en te onthullen op het Groenedijkplein danwel een andere plek, niet zijnde een rotonde in Breda-Noord; te bepalen dat de Stichting bij overtreding van het onder I gevorderde verbod, een dwangsom van € 25.000,- zal verbeuren; subsidiair dat de Stichting binnen vier weken na betekening van dit vonnis zorg zal dragen voor plaatsing van het kunstwerk van Hermans op een sokkel van 3,5 meter; dat bij overtreding van het onder III gevorderde de Stichting een dwangsom verbeurt van € 1.000,- per dag; onder veroordeling van de Stichting in de kosten van de procedure.

2.2. De Stichting voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

3. De beoordeling

3.1. Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen en de overgelegde producties wordt uitgegaan van de volgende feiten: Hermans is beeldend kunstenaar.

In 2007 is door de projectgroep Vredesweek Breda Noord/Haagse Beemden een prijsvraag uitgeschreven voor het ontwerp van een vredesmonument in de wijk Hoge Vught.

Op 23 februari 2008 is uit vijf inzendingen het ontwerp van Hermans genaamd 'Noach's olifant' uitgekozen als winnend ontwerp.

Voor de realisatie van het vredesmonument – hierna aan te duiden als het kunstwerk – is de Stichting Vredesduif opgericht.

Op 5 februari 2009 is in het kader van de realisatie van het kunstwerk door partijen een overeenkomst gesloten waarbij twee, in die overeenkomst genoemde, bijlagen zijn gevoegd. Een bijlage betreft een foto (artist impression) van het kunstwerk en de andere bijlage betreft een offerte voor de realisatie van het kunstwerk, afkomstig van Polynova, gedateerd 11 januari 2009. In deze offerte is voorzien in plaatsing van het kunstwerk op een sokkel van 3,5 meter hoogte.

In deze overeenkomst is onder meer opgenomen dat '[...] Opdrachtgever zal kunstenaar steeds informeren over de gang van zaken en daar waar nodig kunstenaar betrekken bij de voortgang. [...] Kunstenaar zal door opdrachtgever betrokken worden bij de nadere detaillering van het monument, hierbij zal kunstenaar samenwerken met de uitvoerende bedrijven. [...] Daar waarzaken aan de orde komen die niet in deze overeenkomst zijn vastgelegd zullen kunstenaar en opdrachtgever een nadere afspraak maken waarbij de invloed van kunstenaar zich beperkt tot inhoudelijke inbreng m.b.t. het te vervaardigen beeld. [...]'

Op 10 april 2009 heeft de heer A een nadere offerte van 22 maart 2009 van Polynova voor akkoord ondertekend. Daarin is een handgeschreven wijziging aangebracht ten aanzien van de hoogte van de sokkel welke is veranderd van 3,5 naar 1 meter.

3.2. Hermans legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat de Stichting de door partijen gesloten overeenkomst niet nakomt en dat zijn op art. 25 van de Auteurswet gebaseerde persoonlijkheidsrecht wordt geschonden. Hij beroept zich daarbij op de, naar zijn stellingen, van de overeenkomst deel uitmakende offerte van Polynova van 11 januari 2009 waarin is vastgelegd dat plaatsing zal geschieden op een sokkel van 3,5 meter zodat de Stichting, bij een afwijkende plaatsing toerekenbaar tekort schiet.

Hermans stelt voorts, ten aanzien van de auteursrechtelijke grondslag, samengevat, dat het door hem ontworpen kunstwerk niet conform zijn artistieke visie geplaatst en onthuld dreigt te worden. Ten aanzien van zijn artistieke visie stelt Hermans dat hij zijn ontwerp destijds op een ronde schijf heeft gepresenteerd nu hij ten tijde van de presentatie uitging van de locatie aan de rotonde aan de Groenedijk. Hermans stelt dat met het veranderen van de locatie ook het ruimtelijk inzicht veranderde en derhalve ook de artistieke visie van Hermans ten opzichte van het kunstwerk. Hermans stelt dat (zeker) bij plaatsing op een andere locatie dan de aanvankelijk voorziene rotonde, plaatsing van het kunstwerk op een sokkel van 80 centimeter, niet overeenkomstig zijn artistieke visie is en dat zulks leidt tot aantasting van zijn eer en goede naam. Voorts speelt mee dat het kunstwerk bij een lagere dan de overeengekomen plaatsing, vatbaar zal zijn voor vandalisme.

3.3. De Stichting weersprekt de vordering en voert, samengevat, het volgende aan. De Stichting stelt dat het ten tijde van de prijsvraag niet duidelijk was waar het kunstwerk geplaatst zou worden zodat ten aanzien van de wijze van plaatsing de persoonlijke artistieke visie van de maker niet aan de orde was. De Stichting stelt voorts dat in de overeenkomst is opgenomen dat zij alle besluiten neemt inzake de realisering van het kunstwerk, waarbij zij bedongen heeft dat de plaats van het kunstwerk in samenspraak met de gemeente tot stand zou komen. Hermans heeft daarmee afstand gedaan van zijn persoonlijkheidsrechten, voor zover die reeds bestonden. Voorts blijkt uit de op de overeenkomst handgeschreven tekst dat Hermans ervan op de hoogte was dat het kunstwerk mogelijk niet volgens zijn artistieke visie gerealiseerd zou worden. Ten aanzien van de bij de overeenkomst behorende offerte van Polynova, waarin staat dat de sokkel een hoogte heeft van 3,5 meter stelt de Stichting dat de vermelding van de hoogte berust op een beschrijving en bovendien niet is bedoeld dat de offerte leidraad zou zijn met betrekking tot de wijze waarop het kunstwerk gerealiseerd zou gaan worden. De enige functie van deze bijlage was dat daarmee de hoogte van het bedrag dat Hermans zou ontvangen voor zijn kunstwerk, zijnde 15% van de realisatiekosten, vast zou komen te staan. Bovendien, zo stelt de Stichting, was de offerte gericht aan de Stichting en is die op 22 maart 2009 ten aanzien van de hoogte van de sokkel aangepast. Voorts heeft Hermans het ontwerp niet gepresenteerd op een sokkel. Tot slot stelt de Stichting dat haar belang is gelegen in het feit dat op 19 september a.s. de feestelijke onthulling van het monument zal plaatsvinden en dat dit belang dient te prevaleren boven het belang van Hermans nu reeds vele activiteiten rond de onthulling hebben plaatsgevonden en andere zullen volgen, waaronder de komst van staatssecretaris Albayrak van Justitie die de onthulling zal verrichten.

3.4. Het spoedeisend belang vloeit voort uit de aard van de zaak.

3.5. Vooropgesteld wordt dat de onduidelijkheid aangaande de locatie waar het kunstwerk zal worden geplaatst, maakt dat de locatie van plaatsing buiten beschouwing wordt gelaten. Hermans heeft een kunstwerk ontworpen voor een niet vaststaande locatie in Breda-Noord. Noch de prijsvraag immers, noch de overeenkomst tussen partijen bevat een aanduiding van de locatie voor oprichting van het kunstwerk. Voorts zijn er in diverse artikelen in de plaatselijke pers verscheidene locaties genoemd, zoals onder meer de rotonde Doornboslaan/Cornelis Jooststraat/Groenedijk, de Brede School en het Johan Cruijff court. Hermans heeft weliswaar voor de presentatie van zijn ontwerp, als locatie de rotonde

aan de Groenedijk als uitgangspunt genomen doch beide partijen wisten dat die locatie niet vaststond en afhankelijk was van buiten hun macht liggende factoren zoals toestemming van de gemeente, zodat de voorzieningenrechter aan de verandering van de locatie geen zelfstandige betekenis toekent. Voor zover in het gevorderde een verbod dient te worden gelezen tot plaatsing, elders dan op een rotonde is de vordering dan ook niet toewijsbaar.

Of aan Hermans wel of niet het overeengekomen bedrag is betaald en op welke wijze de specifieke beschrijving van het kunstwerk diende plaats te vinden zal – als irrelevant voor het gevorderde – buiten beschouwing worden gelaten.

Het geschilpunt beperkt zich derhalve tot de vraag of het kunstwerk op de wijze zoals thans door de Stichting is voorgenomen, op het Groenedijkplein op een sokkel van 80 centimeter hoogte, mag worden geplaatst en onthuld.

3.6. In een van de twee bijlagen bij de overeenkomst, zijnde de offerte van Polynova van 11 januari 2009, is met zoveel woorden opgenomen dat het de bedoeling is het kunstwerk op een sokkel te plaatsen van 3,5 meter hoog. Met de verwijzing naar deze bijlage in de overeenkomst zelf, maakt die bijlage deel daarvan uit zodat op de Stichting de contractuele plicht rust het kunstwerk dienovereenkomstig te plaatsen. Aangevoerd is wel dat het hier zou gaan om een beschrijving en dat in werkelijkheid plaatsing op een hoogte van één meter beoogd werd, doch gesteld noch gebleken is dat die lagere hoogte ook tussen de Stichting en Hermans is overeengekomen. Integendeel, de Stichting heeft betoogd dat ter zake van de wijze van plaatsen – buiten de in haar visie als beschrijving aan te merken vermelding ten aanzien van de hoogte – in het geheel niets is overeengekomen. Onder die omstandigheden komt de Stichting geen beroep toe op het ontbreken van een, met haar in de bijlage opgenomen verklaring overeenstemmende wil ten aanzien van de hoogte waarop het kunstwerk dient te worden geplaatst. Hermans mocht vertrouwen op de juistheid van de vermelding van deze hoogte van 3,5 meter in de offerte. Aan het feit dat later de hoogte, in de door Polynova en de heer A op 10 april 2009 getekende offerte van Polynova van 22 maart 2009, is aangepast naar 1 meter komt evenmin betekenis toe. Niet gesteld of gebleken is immers van instemming van Hermans met de daarin aangepaste wijziging van de hoogte van de sokkel. De primaire vordering is daarmee reeds op de contractuele grondslag in beginsel toewijsbaar.

3.7. Ten aanzien van de op het Auteursrecht steunende grondslag geldt het volgende. Tussen partijen is niet in geschil dat nader overleg tussen hen ertoe heeft geleid dat Hermans, die in het aanvankelijke ontwerp uitging van een spanwijdte van zeven meter, later akkoord ging met een spanwijdte van het kunstwerk van 3,5 meter. Dit vindt bevestiging in het e-mailbericht van Hermans van 25 maart 2008, waarin onder meer is geschreven '[...] Bij 'n halvering van maatvoering, welke niet mijn voorkeur geniet zou het beeld op een sokkelpaal geplaatst moeten worden van zo'n zeven meter. [...]'. Uit dit e-mailbericht van Hermans volgt evident zijn oordeel, dat de aanpassing van de maatvoering, invloed heeft op zijn artistieke visie op de wijze van plaatsing van het kunstwerk.

Hermans doet hier dus een beroep op zijn persoonlijkheidsrechten. De voorzieningenrechter leidt uit de stellingen van Hermans af dat hij specifiek een beroep doet op artikel 25 lid 1 sub d Auteurswet, zijnde 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. Voor zover al afstand van de in dat onderdeel van artikel 25 Auteurswet beschreven recht kan worden gedaan, is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat noch uit de in het geding gebrachte stukken noch uit het verhandelde ter zitting van zodanige afstand – zoals door de Stichting is betoogd – is gebleken.

Uit de in het geding gebrachte stukken blijkt juist dat Hermans diverse malen contact heeft opgenomen met de Stichting ten einde tot een oplossing te komen met betrekking tot de wijze waarop het kunstwerk zou worden geplaatst, waaruit kan worden opgemaakt dat Hermans zich betrokken voelde bij de totstandkoming van zijn kunstwerk. Ook de bestuurders van Stichting hebben – zoals door hen ter zitting spontaan verklaard – hunnerzijds vele malen vergeefs getracht Hermans te bewegen tot inschikkelijkheid ten aanzien van zijn standpunt met betrekking tot de wijze van plaatsing, welke handelwijze duidt op erkenning van het recht van Hermans volgens uit art. 25 lid 1 sub d Auteurswet.

Aan de orde is dan de vraag of, in de omstandigheden van het geval, een plaatsing op een basis van 80 cm hoogte een misvorming, verminking of andere aantasting van het kunstwerk oplevert welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van Hermans of aan zijn waarde in deze hoedanigheid.

Gegeven het feit dat in het eerdere overleg tussen partijen de door de Stichting voorgenomen terugbrenging van de spanwijdte van 7 meter tot 3,5 meter heeft geleid tot de artistieke visie van Hermans dat alsdan plaatsing op een sokkel van 3,5 meter diende te volgen, is de voorzieningenrechter van oordeel dat sprake is van aantasting van het werk bij plaatsing op de thans door de Stichting voorgenomen wijze tegen de uitdrukkelijke wil van Hermans.

De voorzieningenrechter betreft in dat oordeel mede dat Hermans voorshands voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat door de plaatsing van het kunstwerk op een sokkel van 80 centimeter, nadeel zal worden toegebracht aan zijn eer en de naam, te meer nu het kunstwerk bij een lagere plaatsing vatbaarder wordt voor vandalisme, waartegen het niet bestand is, dan in het geval het geplaatst wordt op een rotonde of op een sokkel van 3,5 meter hoogte.

3.8. De stelling van de Stichting dat zij een groot maatschappelijk evenement heeft georganiseerd waarbij onder meer vele vrijwilligers en organisaties betrokken zijn en het afgelasten van het evenement grote gevolgen heeft, kan aan het oordeel van de voorzieningenrechter niet afdoen nu enkel een (groot) belang – zonder recht – onvoldoende is om een toerekenbare tekortkoming of een op auteursrecht inbreukmakende handeling, te kunnen rechtvaardigen.

3.9. De Stichting zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Hermans worden begroot op:

- dagvaarding	€	85,98
- betaald vast recht		65,50
- in debet gesteld vast recht		196,50
- salaris advocaat		816,-
Totaal	€	1.163,98

4. De beslissing

De voorzieningenrechter

4.1. verbiedt de Stichting om het vredesmonument zonder sokkel van tenminste 3,5 meter te plaatsen en te onthullen op het Groenedijkplein danwel een andere plek, in Breda-Noord,

4.2. bepaalt dat de Stichting indien zij in strijd handelt met het onder 4.1 bepaalde, aan Hermans een dwangsom verbeurt van € 25.000,-,

4.3. veroordeelt de Stichting in de proceskosten, aan de zijde van Hermans tot op heden begroot op € 1.163,98,

4.4. bepaalt, nu Hermans met een toevoeging procedeert, dat die kostenbetaling dient te geschieden door voldoening

A. aan de griffier van deze rechtbank, door middel van overschrijving op bankrekeningnummer [...], MvJ, arrondissement Breda (535) wegens:

het in debet gestelde vastrecht € 196,50

explootkosten € 85,98

advocaatsalaris € 816,-

met welke bedragen de griffier zal dienen te handelen overeenkomstig het bepaalde bij art. 243 Rv;

B. aan de eisende partij het voor haar rekening gekomen

vastrecht ad € 65,50

4.5. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,

4.6. wijst af het anders of meer gevorderde.

Noot

J.J.C. Kabel



Paul Hermans, Noach's olifant, thans zonder sokkel verblijvend in zorgcentrum (!) Raffy voor Molukse en Indische ouderen te Breda. Zie voor het oeuvre van Hermans: <http://www.paulhermans.com/>

Het had zo'n mooie dag kunnen worden op 19 september; de onthulling van het vredesmonument door Minister van Justitie Ernst Hirsch Ballin en alles leek ook mee te zitten, maar helaas strooide de uitspraak van het kort geding roet in het eten en viel letterlijk de openingsactiviteit in duigen.

Honderden mensen werden hierdoor gedupeerd, een zevental koren die liederen hadden ingestudeerd, een vijftal basisscholen, een middelbare school en twee zorgcentra en alle buurtbewoners die aan het plein de vlag zouden uithangen. Spontaan en uit protest hebben ze dit, de vlaggen uitgehangen, toch gedaan op die zaterdag en zo goed en zo kwaad als dat ging, hebben wij als bestuur de mensen te woord gestaan op die bewuste zaterdagochtend.

Het was heel vervelend en voor ons niet te begrijpen dat de kunstenaar niet wilde ingaan op onze voorstellen om de onthulling toch door te laten gaan met de toezegging dat daarna bekeken zou worden hoe de Vredesduif op een paal geplaatst zou kunnen worden, zowel voor, tijdens als na het kort geding.

We kunnen ons voorstellen dat u als koorlid, parochiaan of wijkbewoner verrast werd door het afblazen van de onthulling en alle festiviteiten. Er was voor ons als bestuur echter geen andere keus door de dwangmaatregelen die de rechter in het vonnis heeft vastgesteld.

Aldus een bericht van Pastor Jan Hopman, voorzitter van de Stichting Vredesduif op de website van de parochie Breda-Noord naar aanleiding van het hier te bespreken vonnis. Zo zien we maar weer

wat voor ingrijpende gevolgen een beslissing van de rechter over zo iets op het oog triviaals als de plaatsing van een kunstwerk kan hebben. Ik denk niet dat een hoger beroep hier verandering in zal brengen en ik zal dat uitleggen. Dat maakt een wat algemenere vraag interessant: wat zijn de factoren die beslissend zijn voor de toewijzing van een vordering wegens veronderstelde inbreuk op de integriteit van maker en/of werk? Had de Stichting en haar advocaat niet kunnen verwachten dat het zo droevig zou uitpakken? Hopman had nog vlak voor de uitspraak verklaard: 'Ik kan me niet voorstellen dat de rechter de onthulling niet laat doorgaan.'



(bron: www.paulhermans.com)

De feiten die in dit geval doorslaggevend zijn geweest voor de beslissing, zijn als volgt. Tussen de Stichting Vredesduif als opdrachtgever en kunstenaar Paul Hermans is begin 2009 een overeenkomst gesloten met als bijlage een offerte voor de realisatie van het ontwerp voor een vredesmonument in de Bredase wijk Hoge Vught. Het monument draagt de naam *Noach's Olijftak* en bestaat uit een keramieken duif met een vleugelspanwijdte van 3,5 meter. In de offerte is voorzien in plaatsing van het werk op een sokkel van 3,5 meter hoogte. De overeenkomst bevat onder meer de clausule dat de opdrachtgever de kunstenaar steeds zal informeren over de gang van zaken en zal betrekken bij de voortgang. Over plaatsing



(bron: www.bndestem.nl)

van het monument zijn geen duidelijke afspraken gemaakt. De hoogte van 3,5 meter is eenzijdig, dus zonder overleg met de kunstenaar, door de opdrachtgever in de offerte handmatig gewijzigd in 1 meter. Aan die wijziging is gedeeltelijk maar niet definitief uitvoering gegeven: het beeld staat ingepakt en voor onthulling gereed op een betonnen blok van 1 meter hoog. Zie de eerste foto hieronder. Op de tweede foto ziet men jeugdige vandaaltjes in spé rondom hun slachtoffer zwermen. De schutting die het beeld moet beschermen, staat al vol met graffiti. Dat is, naast zijn artistieke visie op de hoogte waarop het beeld zichtbaar moet zijn, waarvoor de maker bang is en waarin wij hem in deze barre tijden alleen maar gelijk kunnen geven.

De maker vordert op 11 september een verbod om het vredesmonument zonder sokkel van tenminste 3,5 meter te plaatsen en te onthullen. De onthulling van het monument zal plaatsvinden op zaterdag 19 september. Toewijzing van de vordering van Hermans betekent een enorme klap voor de organisatie. Voor de feestelijke onthulling is een subsidie van € 5000,- verkregen van de Bredase instelling 'Hart voor je Buurt', maar liefst zeven koren zullen de onthulling muzikaal ondersteunen, dansgroepen en kinderen van basisscholen leveren een bijdrage en, als klap op de vuurpijl, zal minister Hirsch Ballin in eigen persoon de onthulling verrichten.

Wanneer er ooit sprake is geweest van een tegenstelling tussen een individueel belang van een eigenwijze kunstenaar en het collectief belang van een hele gemeenschap, dan is dat wel hier het geval geweest. Saillant Hollands detail als ik goed ben geïnformeerd: de plaatsing op het betonblok zou gratis zijn.

Het gaat over aantasting van beeldende kunst in de openbare ruimte. Wanneer vaststaat dat er sprake is van aantasting, is uit de rechtspraak een aantal factoren af te leiden die in dit soort gevallen succes hebben opgeleverd voor de maker als eiser in een procedure: (1) er is een duidelijke afspraak of toezegging, (2) de aan-gevochten uitvoering van het werk is nog niet gerealiseerd, (3) de maker kan een beroep doen op zijn exploitatierecht, (4) de maker is eigenaar van het werk. Een combinatie van de eerste twee leidt altijd tot succes. Bij de derde factor gaat het om gevallen waarin het beroep op het exploitatierecht ingegeven wordt door onvrede over de uitvoering van een werk. Gewone eigendom tenslotte kan dienen om de maker tegen beschadiging te beschermen die zijn reputatie als maker schaadt of kan schaden.

Duidelijke afspraken kunnen twee kanten opwerken. Zij kunnen werken in het voordeel van de maker. Maar zij kunnen uiteraard ook zijn gemaakt om van lastige makers af te komen of om van te voren duidelijk te maken tot hoever de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever of de eigenaar van het werk strekt. Van dat laatste vormen de Algemene Voorwaarden van het Amsterdams Fonds voor de Kunst een voorbeeld. Die voorwaarden stellen onder meer een termijn (tenminste tien jaar) aan de openbaarmaking van een werk en bevatten clausules over de plaatsing van het werk. In groter verband zijn in dit opzicht van belang de *Handreiking beeldende kunst in de openbare ruimte* van de Stichting Cultuurfonds van de Bank Nederlandse Gemeenten uit 2000, in 2003 opgevolgd door de handreiking *Beelden buiten, beheer & behoud* van diezelfde bank tezamen met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en het Instituut Collectie Nederland. Eerstgenoemde handreiking bevat een *Voorbeeldcontract Gemeentelijke beeldende kunstopdracht* met daarin bepalingen omtrent beheer en onderhoud, verplaatsing en afbraak.

In ons geval was er tussen de (particuliere) Stichting en de kunstenaar een duidelijke afspraak gemaakt over de uitvoering van het werk. Al uit *Stichting Patrimonium's Nijverheidsscholen tegen de erven van de beeldhouwer Willem Reijers* (HR 22 juni 1973, NJ 1974, 61) blijkt hoe doorslaggevend zo'n duidelijke afspraak over de uitvoering van een werk kan zijn. In dat geval ging het over de plaatsing van Reijers' muurplastiek *De Handen* aan de gevel van de 1^e Lagere Technische School aan de Vrolikstraat/hoek Wibautstraat te Amsterdam. De Stichting liet het beeld aan een andere school dan afgesproken aanbrengen.



(bron: www.kunstwacht.nl/publiek/oostwatergraafsmeer/kunstwerk/73/)

Het Hof leidde uit de feiten af 'dat de onderhavige, tussen Patrimonium enerzijds en de beeldhouwer, resp., diens erven anderzijds bestaande overeenkomst – gezien haar eigen aard – Patrimonium in de gehoudenheid stelt het beeld aan geen ander gebouw dan aan de 1^e LTS te plaatsen, benevens om het beeld ook metterdaad aan te brengen tegen meerbedoelde gevel van de 1^e LTS [...]'. Dat oordeel was uiteraard tegen cassatie bestand en daardoor kon het cassatiemiddel van Patrimonium, dat ook al zou er sprake zijn van wanprestatie, het toch niet zo kan zijn dat zij tot plaatsing verplicht was, worden gepasseerd. De overeenkomst leidt hier tot

een gevolg dat gunstiger uitpakt voor de maker dan hij had kunnen bereiken met een beroep op artikel 25 Aw. Dat artikel kent immers geen recht op openbaarmaking van het werk. Ook in *Bastion Hotels/Lous* (Arbitraal vonnis van 10 juni 1004, *Informatierecht/AMI* 1995-1, p. 16-18) leidde de overeenkomst tot een veroordeling om het werk te plaatsen zoals oorspronkelijk was overeengekomen. In *Frenkel/de Stichting KRO* (HR 1 juli 1985, *NJ* 1986, 692) is het eveneens de uitleg van de overeenkomst die leidt tot verplichte uitzending van Frenkels film *Dromen leven*. In dat laatste geval wordt de uitleg mede bepaald doordat, aldus met zoveel woorden de Hoge Raad, bij uitzending 'niet alleen de belangen van de zendgemachtigde, maar ook de belangen en morele rechten (curs. JJCK) van de auteur betrokken zijn.' Het is echter de vraag hoeveel gewicht die morele rechten in de schaal leggen en of het niet zo is dat de rechter gewoon rekening houdt met, zoals elders in het arrest wordt gezegd, het typische karakter van een 'auteursrechtsovereenkomst als de onderhavige.' Dat is een niet onbelangrijk verschil, omdat ingevolge artikel 1019h BRv bij wanprestatie nu eenmaal andere proceskostenveroordelingen kunnen worden toegewezen dan bij inbreuk op een auteursrecht.

Interessante vraag terzijde is of genoemd artikel ook van toepassing is op een inbreuk op morele rechten. Men zou denken van niet, omdat de Richtlijn 2004/48/EG (de Handhavingsrichtlijn) waarvan artikel 1019h BRv het gevolg is, uitdrukkelijk bedoeld lijkt om afschrikwekkend te werken op piraterij en op evidente en massale inbreuk op intellectuele eigendomsrechten en niet op het anders plaatsen van een beeld. Dat is onder meer het standpunt van Ploeger in de op Boek 9 gevoerde discussie over dit onderwerp. Tegenover die teleologische uitleg staat de grammaticale van Visser: morele rechten zijn auteursrechten en daarmee uit. Zie Boek 9, nr. 3284 en de aldaar genoemde overige vindplaatsen.

Ik dacht aanvankelijk zoals Ploeger. Een systematische uitleg van de desbetreffende artikelen in de Richtlijn leidt echter tot een ander resultaat. Preamble (13) luidt: 'De werkingssfeer van deze richtlijn dient zo breed mogelijk te worden vastgesteld, zodat zij alle intellectuele eigendomsrechten omvat die onder de communautaire bepalingen op dit gebied en/of het nationaal recht van de betrokken lidstaat vallen[...].' Preamble (14) luidt: De maatregelen ingesteld bij artikel 6, lid 2, artikel 8, lid 1, en artikel 9, lid 2, moeten uitsluitend van toepassing zijn op handelingen die op commerciële schaal worden verricht. [...]. De in deze preamble genoemde artikelen hebben achtereenvolgens betrekking op het overleggen van bewijsmateriaal, het recht op informatie en op beslag. Uit deze opsomming volgt dus dat voor andere relevante artikelen de beperking tot op commerciële schaal verrichte handelingen niet geldt. Tezamen met het ruime toepassingsgebied komt dat er dus op neer dat voor inbreuk op de nationale morele rechten, artikel 14 van de Richtlijn (de regeling voor proceskosten) van toepassing is. Artikel 14 is tezamen met artikel 13 onderdeel van Afdeling 6, getiteld *Schadevergoeding en aan de procedure verbonden kosten*. Artikel 13 bepaalt dat bij bewuste inbreuk ten aanzien van de schadevergoeding rekening moet worden gehouden met negatieve economische gevolgen, waaronder winstderving, die de benadeelde partij heeft ondervonden, de onrechtmatige winst die de inbreukmaker heeft genoten en, in passende gevallen, andere elementen dan economische factoren, onder meer de morele schade die de rechthebbende door de inbreuk heeft geleden. Artikel 14 bepaalt dat de lidstaten er zorg voor dragen dat, als algemene regel, redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, door de verliezende partij zullen worden gedragen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet. Deze artikelen tezamen leiden tot een uitleg waarin de rechter voldoende vrijheid heeft om bij een proceskostenveroordeling ingeval van een inbreuk op morele rechten mede rekening te houden met het al dan niet economisch nadeel dat de rechthebbende door de inbreuk leidt, dan wel met het ontbreken van economisch voordeel bij de inbreukmaker. In Hof Leeuwarden 16 januari 2008, *LJN* BC2151 (*VOKO/Loppersum*) wijst het Hof in een artikel 25 Aw zaak een volledige proceskostenveroordeling toe aan

gedaagde, mede omdat eiser zelf om een volledige proceskostenveroordeling had gevraagd.

Afwijkingen van oorspronkelijke toezeggingen worden in beperkte mate geaccepteerd via het middel van een uitleg te goeder trouw of van een uitleg naar redelijkheid en billijkheid van de overeenkomst. Zo worden in *Körmeling/de Gemeente Vlaardingen* (HR 20 mei 1994, *NJ* 1996, 661) zwaarwegende belangen van bewoners betrokken in de uitleg van de tussen de gemeente en architect/beeldend kunstenaar Körmeling gesloten overeenkomst. Die belangen staan de toegezegde plaatsing in de weg. Datzelfde is het geval met *Smeets/Crematorium en Begraafplaatsen Nijmegen* (Rb. Arnhem 13 juli 1989, *Informatierecht/AMI* 1990-2, p. 33-35). Zwaarwegende belangen van betrokkenen zijn belangen die betrokkenen beschermen tegen belachelijk maken (*Körmeling/Vlaardingen*) of tegen confrontatie met een niet passende omgeving in ernstige situaties (*Smeets/Crematorium*; zie ook Pres. Rb. Amsterdam 28 oktober 1993, *Informatierecht/AMI* 1994-5, p. 103 waar bij het ontbreken van een overeenkomst gewoon belangen tegen elkaar worden afgewogen). Als te licht bevonden belangen of omstandigheden zijn geoordeeld de omstandigheid dat artistieke inzichten zijn gewijzigd of dat er financiële belangen gemoeid zijn met het al dan niet nakomen van een toezegging (zie bijvoorbeeld *Sprongen/Gemeente Haarlem* (Hof Den Bosch 17 december 1990, *NJ* 1991, 444, *Informatierecht/AMI* 1992-2, p. 36)).

De beruchte *Normative Kraft des Faktischen* is ook hier een bron van recht. Ik heb al eerder elders gezien wat de lijn is bij herstelverordeningen c.q. bij vorderingen tot een verbod van latere aanpassingen of gedeeltelijke sloop van gebouwen. Die rechtspraak lijkt wisselend, maar kent wel degelijk een vaste lijn: plannen tot drastische ingrepen in het totale aanzicht van een gebouw kunnen met een verbod worden tegengegaan. Bij gerealiseerde verbouwingen heeft een architect het veel moeilijker, zeker bij ondergeschikte aanpassingen (zie Jan Kabel, 'Privaatrechtelijk droit au respect bij vernietiging', in: Inge van der Vlies, *Kunst, recht en beleid*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2009, p. 69). Het komt er dus voor de maker als eiser op aan al in een vroeg stadium te ageren en niet te wachten tot er wellicht onherstelbare uitvoeringsmaatregelen zijn getroffen.

In veel van de gevallen waarom het hier gaat, blijft het auteursrecht bij de maker. Eerder genoemde Algemene voorwaarden van het AFK laten het auteursrecht bij de maker en bevatten verder enkele beperkingen met betrekking tot het maken van afbeeldingen en kopieën van het werk. Datzelfde is het geval met bovengenoemd *Voorbeeldcontract Gemeentelijke beeldende kunstopdracht*. Wanneer de maker nog een beroep kan doen op zijn gewone exploitatierecht heeft hij of zij het helemaal gemakkelijk. Immers, behoudens een beroep op bestaande beperkingen en eventuele contractuele afspraken zal eisers vordering tot een verbod van openbaarmaking van het aangetaste werk altijd worden toegewezen. De bekende uitspraak van de Hoge Raad in het *Suske & Wiske*-geval is daarvan een sprekend voorbeeld (HR 13 april 1984, *NJ* 1984, 524). De enige vraag die de rechter daar heeft te beantwoorden, is of er inbreuk op het auteursrecht is gemaakt. Is die vraag eenmaal bevestigend beantwoord, dan is er geen ruimte meer voor een beroep op belangen van het publiek die een aantasting van de integriteit van de maker en van diens morele rechten zouden kunnen rechtvaardigen. Het gaat dan immers juridisch gezien niet om een inbreuk op die persoonlijkheidsrechten, terwijl het in het *Suske & Wiske*-geval zonneklaar was dat het de maker daar feitelijk wel om te doen was en dat er van schade aan de vermogensrechtelijke exploitatie van zijn werk in het geheel geen sprake kon zijn. Het *Suske & Wiske*-geval staat niet alleen. In het in dit nummer door Spoor besproken vonnis *Sponselee & C. Buijsrogge/Stichting De Kerk in Klooster*, hebben eisers publicatie van een werk dat zij kwalitatief beneden de maat vonden, kunnen verbieden op basis van hun exploitatierecht. De overwegingen die de rechter in die zaak nog wijdt aan artikel 25 Aw zijn voor toewijzing van de eis eigenlijk overbodig.

De eigenaar van een werk kan zich beroepen op zijn eigendomsrecht. Uit HR 16 november 1984, NJ 1985, 270 (*Miletic/Gemeente Amsterdam*) volgt dat zo'n beroep bescherming kan bieden tegen opzettelijke verwaarlozing van een kunstwerk. In dat arrest werd het door de Gemeente als vuilnis afvoeren van een beeldhouwwerk van Miletic als onrechtmatig gekwalificeerd. Die bescherming gaat verder dan wat artikel 25 Aw kan bieden, omdat een beroep op dat artikel vereist dat de verwaarlozing ('aantasting') nadeel kan toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid.

Hoe na dit overzichtje de uitspraak van de Bredase voorzieningenrechter te plaatsen? De overeenkomst is duidelijk en de definitieve uitvoering van de aantasting (onthulling van het te laag geplaatste werk) is nog niet gerealiseerd: dat leidt onverbidde tot een verbod. Niemand heeft daar natuurlijk wat aan en het is te hopen dat de Stichting het hogerop zoekt!

Nr. 4 Kisses

Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 15 september 2009
zaaknummer / rolnummer: 344219 / KG ZA 09-1029
(mr. G.R.B. van Peursems)

De verpakking en reclame van de 'Naomi Campbell Cat Deluxe'- en 'Naomi Campbell Cat Deluxe With Kisses'-productlijnen maken geen inbreuk op beeldmerk en verpakkingen van de 'So...? Kiss me'-productlijn. Zelfs al zou sprake zijn van in voldoende mate overeenstemmende totaalindrukken, dan nog is niet voldoende aannemelijk geworden dat sprake is van ontlening.

1. de rechtspersoon naar vreemd recht Debonair Trading International LDA, gevestigd te Funchal, Madeira, Portugal,
2. de rechtspersoon naar vreemd recht Incos Limited, gevestigd te Middlesex, Verenigd Koninkrijk, eiseressen, advocaten mr. J.A. Schaap en mr. J.A.K. van den Berg,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Procter & Gamble Nederland BV, gevestigd te Rotterdam, en drie andere P&G vennootschappen, gedaagden, advocaten mr. T. Cohen Jehoram en mr. E.S. Rethmeier.

[...]

2. Uitgangspunten

2.1. In kort geding kan van het navolgende worden uitgegaan.

2.2. DBI is een internationaal opererende onderneming die actief is op de markt voor cosmetica-artikelen. Onder de gemeenschappelijke aanduiding 'SO...?' voert DBI verschillende productlijnen met parfums en aanverwante artikelen, waarmee zij zich richt op jonge vrouwen en tieners.

2.3. DBI heeft op 21 maart 2006 onder nummer 004243713 voor waren in onder meer klasse 3 (parfumerieën, deodorantia, reukzakjes, lotions voor het lichaam, douchegels, glinsterlotions) een op 14 januari 2005 gedeponeerd teken, de hieronder weergegeven afbeelding van een lippenstiftafdruk, doen registreren als Gemeenschapsmerk (hierna te noemen: 'het Beeldmerk'):



2.4. Incos is exclusief licentiehouder van de merkrechten op het Beeldmerk in de Benelux, het Verenigd Koninkrijk en een aantal andere Europese landen.

2.5. Het is in de parfumbbranche gangbaar om een commercieel succesvolle productlijn te gebruiken als basis voor een afgeleide productlijn, een zogenoemde flanker. Dat gebeurt met de intentie (verder) te profiteren van de marketinginspanningen die zijn gericht ten behoeve van de eerder gelanceerde productlijn.

2.6. Sinds 2001 voert DBI een productlijn onder de aanduiding 'SO...? KISS ME'. Deze productlijn kreeg in 2005 een flanker met de aanduiding 'SO...? KISS ME ALL OVER'. Op de verpakkingen van producten uit deze beide productlijnen wordt het Beeldmerk gebruikt in de vorm van rood/roze lippenstiftafdrukken. Deze productlijn bestaat (voor zover van belang) uit eaux de toilette, douchegels, bodylotions, deodorants en giftsets. Het Beeldmerk wordt eveneens toegepast op bepaalde merchandisingproducten. Hieronder worden enkele voorbeelden van de verpakkingen en producten in kwestie weergegeven.



2.7. In Nederland worden de 'SO...? KISS ME'-producten uitsluitend verkocht door Kruidvat.

2.8. Procter & Gamble is een internationaal opererende onderneming die actief is op veel uiteenlopende gebieden. Een van die gebieden is de cosmeticamarkt.

2.9. Ten behoeve van een aantal van haar cosmeticaproducten heeft Procter & Gamble in 1999 samenwerking gezocht met het wereldwijd bekende model Naomi Campbell. Die samenwerking heeft geresulteerd in verscheidene productlijnen, waarbij de naam en/of beeltenis van Naomi Campbell worden gebruikt om de producten onder de aandacht te brengen. In 2006 werd in dit kader een zesde parfumlijn gelanceerd onder de aanduiding 'Naomi Campbell Cat Deluxe', in 2006 en 2008 gevolgd door een zevende lijn genaamd 'Naomi Campbell Winter Kiss'. Met deze 'Naomi Campbell Cat Deluxe'-productlijn richt Procter & Gamble zich (deels) op dezelfde doelgroep als Debonair doet met haar 'SO...? KISS ME'-producten, zij het dat de producten van Procter & Gamble in een hoger prijssegment vallen dan die van Debonair en een luxere uitstraling wordt beoogd. Overigens zijn de Naomi Campbell-producten van Procter & Gamble ook verkrijgbaar via Kruidvat. Hieronder zijn een product met bijbehorende verpakking en een reclame-uiting van de 'Naomi Campbell Cat Deluxe'-productlijn weergegeven.



2.10. Procter & Gamble heeft in 2008 respectievelijk het voorjaar van 2009 de flankers 'Naomi Campbell Cat Deluxe At Night' en 'Naomi Campbell Cat Deluxe With Kisses' op de markt gebracht. Van deze laatste productlijn worden hieronder een product met bijbehorende verpakking en een reclame-uiting weergegeven.