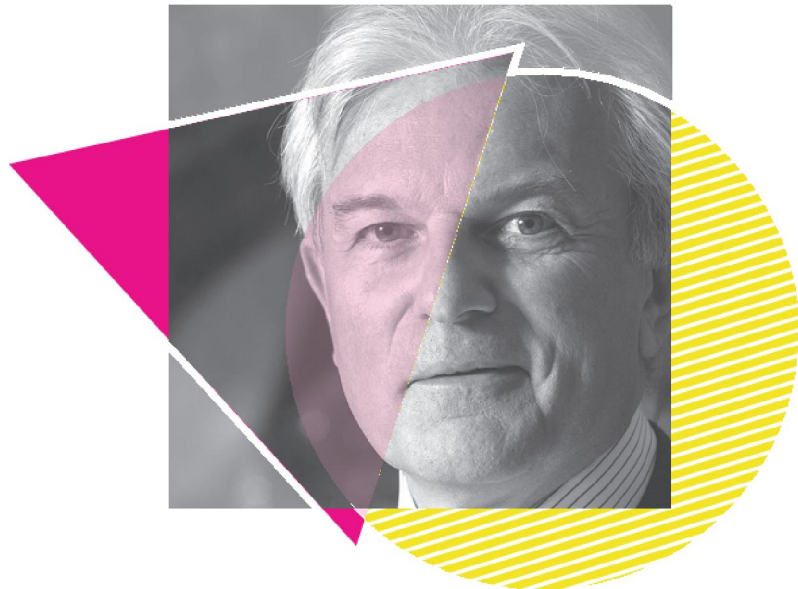


KUNSTRECHT: (G)EEN VAK APART?

De heer mr. P.W.L. (Paul) Russell

Mr. Paul W.L. Russell is sedert 1976 senior partner en directeur van Russell Advocaten B.V. te Amsterdam en is gespecialiseerd in ondernemingsrecht en kunst en recht. Hij is oud-lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal (2003-2011), lid van de Nederlands-Franse Samenwerkingsraad en Regeringscommissaris bij de Lotto. Hij publiceerde over kunst en recht onder andere in De regelen der kunst (1989) en 'Beleidswijzigingen bij de Restitutiecommissie' in In dienst van het recht grenzen verleggen. Liber amicorum aangeboden aan prof. mr. Gr. van der Burght (2009). Mr. Russell procedeert en adviseert regelmatig over kunstkwesities als restitutie van oorlogsbuit, de Wet tot behoud van cultuurbezit, consignatie, onjuiste toeschrijving, vervalsing, veilingkoop/verkoop, etc.



KUNSTRECHT: (G)EEN VAK APART? ▲ ● ■

De heer mr. P.W.L. (Paul) Russell

Bestaat er een zelfstandig vakgebied kunstrecht? In Nederland en België lijkt dat niet het geval te zijn. Er is tenminste geen enkele Nederlandstalige publicatie te vinden met dit woord in de titel. In het Duitse taalgebied denkt men daar anders over met een aan kunstrecht gewijd tijdschrift, *Kunst und Recht*, *Journal für Kunstrecht*, *Urheberrecht und Kulturpolitik* en boekenreeksen als *Schriften zum Kunst- und Kulturrecht* en *Studien zum Kunstrecht*. In het algemeen geeft men in Nederland de voorkeur aan “kunst en recht” in plaats van “kunstrecht”.¹

Daarmee zijn wij direct bij de voornaamste vraag van dit artikel: wat is het eigen domein van de in kunstzaken procederende en adviserende advocaat? Is dat zijn kennis van het – al dan niet afzonderlijk bestaande – kunstrecht of is dat de verbinding van twee werelden, die van de kunst – in het bijzonder: de kunsthandel, het veilingwezen en de particuliere en institutionele verzamelaars – en van het recht? Om deze vraag te kunnen beantwoorden zal ik drie onderwerpen behandelen, namelijk (1) de toepassing van algemene rechtsregels, met name uit het verbintenissenrecht, in de kunsthandel, (2) twee binnen de kunsthandel veel voorkomende handelswijzen, de veilingkoop en de consignatie, en (3) een tweetal publiekrechtelijke regelingen die speciaal voor de kunstwereld van belang zijn, namelijk de Wet tot behoud van cultuurbezit en de instelling van de Restitutiecommissie door de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

“ALGEMEEN RECHT” EN DE KUNSTWERELD

Het belang van kennis van de kunstsector, voor het procederen in kunstzaken, vloeit rechtstreeks voort uit de in het Burgerlijk Wetboek staande verwijzingen naar “de omstandigheden van het geval” en de “in het verkeer geldende opvattingen”. Voor de kunsthandel waar vaak zaken rondom de authenticiteit en kwaliteit van kunstwerken spelen is hierbij vooral art. 6:228 lid 2 BW van belang, dat vastlegt wanneer er geen beroep op dwaling gedaan kan worden. In deze zaken dient de advocaat dus duidelijk te kunnen maken wat die verkeersopvattingen en omstandigheden zijn, die bijvoorbeeld bepalen voor wiens rekening een te lage verkoopprijs of onjuiste toeschrijving komt. Aan de hand van een aantal recente voorbeelden zal ik dit illustreren.

Onlangs kregen zowel de Rechtbank Alkmaar als het Hof Amsterdam de vraag te beantwoorden of er sprake was van dwaling en voor wiens rekening de gevolgen ervan dienden te komen. Een particulier verkocht voor een “spotprijs” een schilderij van de 19e-eeuwse Nederlandse schilder Adrianus Eversen aan een kunsthandelaar. Deze bood het schilderij voor meer dan het twintigvoudige van het door hem betaalde bedrag te koop aan (€ 69.000 in plaats van € 2.500). De verkoper beriep zich op dwaling en verzocht ontbinding van de koopovereenkomst. Een deskundigenbericht stelde de waarde van het schilderij op € 22.500, hoger dan de € 15.000 waarvoor de kunsthandelaar het inmiddels verkocht had. Een dergelijk prijsverschil had de professionele koper volgens de rechtbank moeten melden en er was dus sprake van schending van de mededelingsplicht uit art. 6:228 lid 1 sub b BW. De rechtbank vernietigde de koopovereenkomst wegens dwaling. De koper moest € 20.000 betalen (waarde minus het reeds betaalde bedrag), aangezien teruggave niet meer mogelijk was. Het hof stelde echter dat er geen beroep gedaan kon worden op dwaling. Er was namelijk geen geschil over de intrinsieke eigenschappen van het schilderij (zoals de maker), maar alleen over de prijs. Het prijsverschil was echter niet zodanig dat afgeweken diende te worden van de regel dat

¹ Zie bijvoorbeeld de ondertitel van W.M.J. Russell (red.), *De regelen der kunst. Drie opstellen over de verhouding van kunst en recht*, Amsterdam: VU Uitgeverij, 1989 en de *Ars Aequi* Wetsedities *Kunst en recht*.

het vragen van een te lage prijs voor rekening van de verkoper komt, daarmee impliciet verwijzend naar de verkeersopvattingen uit art. 6:228 lid 2.²

Een belangrijk en steeds terugkerend probleem in de kunsthandel is het bestaan van valse of niet-authentieke kunstwerken.³ Niet alleen worden vanwege de stijging van de kunstprijzen kunstwerken steeds vaker bewust vervalst, ook voortschrijdend wetenschappelijk inzicht kan leiden tot het toeschrijven van een kunstwerk aan een andere maker. Daarnaast kan de authenticiteit van een kunstwerk ook nog worden aangetast door ingrijpende restauraties of overschilderingen. De onzekerheid over toeschrijvingen – die als gevolg van voortschrijdend wetenschappelijk onderzoek kunnen veranderen – en de fluctuaties van de prijzen in de kunsthandel maken dat verschillende auteurs de kunstkoop *sui generis* als een kansovereenkomst typeren. Gangbaarder is de opvatting dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of de kunstkoop daadwerkelijk als een kansovereenkomst dient te worden beschouwd. Indicatoren dat sprake is van een kansovereenkomst zijn een relatief lage prijs van het aangeboden,⁴ terughoudendheid van de verkoper bij de toeschrijving aan een bepaalde kunstenaar, geen of nauwelijks onderzoek door de koper en uiteraard ook bepalingen in de koopovereenkomst zelf.⁵ Procedures over authenticiteit gaan daarom niet alleen over de vraag of het werk al dan niet echt is, maar vooral of de verkoper de echtheid heeft gegarandeerd. Volgens art. 6:228 lid 2 BW kan immers ook de aard van de overeenkomst een beroep op dwaling doen afstuiten.

Dit overkwam een verzamelaar van bronzen beelden. Nadat hij ontdekte dat hij een paar valse bronzen van Degas had, twijfelde hij ook aan de authenticiteit van andere beelden die hij bij dezelfde kunsthandelaar had gekocht. Deze twijfel bleek terecht. De koper vorderde derhalve teruggave van de niet onaanzienlijke koopsom. Uiteindelijk draaide de zaak om de vraag of er al dan niet een garantie was gegeven. De rechter in eerste aanleg stelde dat de koper als kunstkenner uit het ontbreken van provenances (documentatie betreffende de herkomst) van de kunstwerken had dienen af te leiden dat de verkoper een voorbehoud met betrekking tot de authenticiteit maakte.⁶ De koper ging in hoger beroep. De verkoper had namelijk op uitdrukkelijke vragen van de koper steeds zonder voorbehoud gesteld dat het ging om authentieke werken. Het hof Arnhem stelde hem in de gelegenheid om hiervan bewijs te leveren.⁷

Het hof volgde hiermee de lijn van haar uitspraak in de zaak van een waarschijnlijk vals schilderij van de Belgische landschapsschilder Charles Leickert (1816-1907). Hier was na de veiling door het Notarishuis en na verwijdering van een UV-werende vernislaag, die tijdens de kijkdagen een onderzoek naar overschilderingen onmogelijk had gemaakt, aan het licht gekomen dat het schilderij waarschijnlijk niet van Leickert was. Door steeds uitdrukkelijk te bevestigen dat het een echte Leickert was, had het Notarishuis niet de indruk gewekt dat sprake was van een kanskoop. Dit werd bevestigd doordat de algemene voorwaarden een terugnameregeling bij onjuiste toeschrijving bevatten. Partijen schikten de zaak voordat door een deskundigenbericht kon worden vastgesteld of de Leickert authentiek was.⁸

2 Hof Amsterdam 29 januari 2013, *LJNBZ5643*. Zie ook de commentaren van Reinier Russell en Eltjo Schrage op dit arrest op njblog.nl, 18 april 2013.

3 Zie hierover onder meer het hoofdstuk "Echt of vals?" in: E.J.H. Schrage, *De regelen der kunst III*, Amsterdam: Russell Advocaten, 2007, p. 67-110.

4 Een lage prijs hoeft niet noodzakelijk tot de conclusie te leiden dat sprake is van een kansovereenkomst. In 1955 achtte de Rechtbank Zutphen het bijvoorbeeld legitiem dat mr. A.A.G. Smeets, de "vader" van de "offshore bedrijven" op Curaçao, zich beriep op dwaling bij de aankoop van waarschijnlijk niet echte schilderijen, omdat hij mocht aannemen dat de lage prijs die hij als "vriendendienst" had betaald voor een zevental schilderijen, was veroorzaakt door het feit dat de verkopende kunsthandelaar dit gedwongen had gedaan om in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien na zijn vlucht uit het bezette Nederland. De profiteur werd dus beschermd toen zijn profijt bleek tegen te vallen. Rb. Zutphen 8 december 1955, *NJ* 1955, 20.

5 R.J.Q. Klomp, 'Kunstkoop, dwaling en conformiteit', in: *ORP* 2011-5, p. 43-45, aldaar p. 43.

6 Rb. Utrecht 20 juli 2011, nr. 285538 / HA ZA 10-953.

7 Hof Arnhem 18 december 2012, *LJNBV8863*.

8 Hof Arnhem 4 december 2007, *LJNBC4738* en 9 september 2008, *LJNB16403*. Klomp, 'Kunstkoop, dwaling en conformiteit', p. 43-45.

Veilinghuis Christie's had zich beter beschermd tegen een beroep op dwaling. Het veilde een schilderij van de Leidse landschapsschilder Jan van Goyen (1596-1656), die vooral bekend is vanwege zijn spectaculaire luchten. Het veilinghuis had de koper weliswaar geattendeerd op de aanwezigheid van retoucheringen, maar na grondig onderzoek bleek meer dan de helft van het werk niet van de hand van Van Goyen, waaronder uitgerekend de lucht. De koper eiste dat Christie's het schilderij wegens dwaling zou terugnemen en de koopprijs zou restitueren. Christie's weigerde dit onder verwijzing naar de algemene voorwaarden waarin stond dat toeschrijvingen geen garantie waren, maar alleen een opinie. De rechter stelde het veilinghuis in het gelijk. Er was geen garantie gegeven en de toeschrijving was bovendien in lijn met H.U. Becks catalogus van het oeuvre van Van Goyen.⁹

Naast de authenticiteit is ook de kwaliteit van een kunstwerk een belangrijke eigenschap van het schilderij. Beschadigingen doen de waarde drastisch dalen. Dergelijke aantastingen zijn niet altijd direct zichtbaar. Een kunstverzamelaar die op de kunstbeurs TEFAF te Maastricht voor € 325.000 een schilderij kocht van de 19e-eeuwse landschapsschilder Fredrik Marinus Kruseman (1816-1882), ontdekte kort na de aankoop een barst in het schilderij. Hij ontbond om deze reden de koopovereenkomst wegens non-conformiteit, dwaling en misbruik van omstandigheden. Volgens hem was de verkoper op de hoogte van de aanwezigheid van deze barst en had deze dienen te melden. De kunsthandelaar weigerde de ontbinding te accepteren, waarop koper beslag legde onder de kunsthandel en – vanwege de vermeende onjuiste voorlichting – de kunsthandelaar in privé. Hierna vorderden de beslagenen opheffing van het beslag. Tegenover de deskundigenverklaringen van de koper die moesten aantonen dat dergelijke houtbarsten een aanzienlijke waardevermindering veroorzaken, bracht de verkoper verklaringen in het geding die aantoonde dat barsten in het hout inherent zijn aan dergelijke grote, op hout geschilderde schilderijen uit die periode, omdat die altijd uit meerdere houtpanelen waren opgebouwd. De rechter in kort geding meende dat de bepaling van het waardeverlies de summiere toetsing van de terechtheid van het beslag te buiten ging, maar verminderde de omvang van het beslag wel tot het gestelde waardeverlies aangezien de koper het kunstwerk nog steeds in zijn bezit had. Het beslag onder de privépersoon werd opgeheven omdat de koopovereenkomst alleen met de galerie was gesloten.¹⁰ Uiteindelijk schikten partijen de zaak.



F.M. Kruseman, *Winterlandschap met ijsvermaak en figuren voor een stadspoort*

Uit de verschillende zaken blijkt dat de beoordeling of een werk authentiek is en welke invloed de kwaliteit op de prijs heeft, een kwestie is die de rechter doorgaans door deskundigen zal laten beslissen. Het is dan ook van groot belang om tijdig – dat wil zeggen: eerder dan de tegenpartij – de juiste deskundigen in te schakelen. In het algemeen zal het bij authenticiteitsvragen rond werken van bekende kunstenaars niet al te moeilijk zijn om de belangrijkste specialisten te vinden. Een bescheiden onderzoek naar oeuvrecatalogi zal al snel duidelijk maken wie dit zijn. Wanneer het echter gaat om de prijzen op de kunstmarkt wordt het ingewikkelder. Dan krijgt men te maken met gevestigde belangen. Een deskundige zal immers minder geneigd zijn om een voor een handelaar nadelige opinie te geven wanneer hij zelf veel zaken doet met die handelaar. De advocaat zal dus over diepgaande eigen kennis van de kunsthandel dienen te beschikken, zeker wanneer de cliënt een particulier is die niet zelf die kennis kan inbrengen.

9 Hof Amsterdam 11 september 2012, *L/NBY7731*.

10 Rb. Amsterdam (vzr.) 23 december 2011, nr. 504289 / KG RK 11-3476 HJ/CB.

DE EIGEN HANDELSWIJZEN IN DE KUNSTSECTOR

In de kunsthandel komen enkele vormen van eigendomsoverdracht vaker voor dan elders in het economisch verkeer gebruikelijk is. Dit hangt samen met de eigen aard van de kunsthandel. Zowel via de veiling als via het in consignatie geven van een kunstwerk aan een internationaal opererende kunsthandelaar kan de verkoper een groter publiek van kunstkopers bereiken dan hij op eigen houtje kan.

Veilingkoop

Doorgaans worden op veilingen voorwerpen uit particulier bezit aangeboden. Indien sprake is van een particuliere verkoper zal een particuliere koper zich tegenover de verkoper niet kunnen beroepen op de extra bescherming van de consumentenkoop. Vaak geeft het veilinghuis echter de naam van de verkoper niet prijs, zodat niet kan worden vastgesteld of sprake is van een particuliere, dan wel een professionele verkoper. In dat geval kan de rechter aannemen dat het veilinghuis als verkoper optreedt en zal hij de regels van de consumentenkoop kunnen toepassen. Dit overkwam een internetveiling die voor € 2.200 een schilderij *Theedoeken aan de waslijn* verkocht dat volgens de omschrijving van Jopie Huisman, de bekende "voddenschilder", zou zijn. Het Jopie Huisman Museum te Workum verklaarde het werk op basis van de gebruikte kleuren en de ondertekening "Joop Huisman" voor vals. De koper vorderde ontbinding, dan wel vernietiging van de koop. Het hof was van mening dat er uitgegaan diende te worden van consumentenkoop, omdat het veilinghuis geen gegevens had verstrekt die zijn stelling onderbouwden dat de verkoper een particulier was. De koper mocht dan ook op basis van de omschrijving ervan uitgaan dat hij een echte Jopie Huisman kocht, zelfs al was de richtprijs van € 250 tot € 350 maar een fractie van wat gebruikelijk is voor werken van de schilder. De prijs kan immers aanzienlijk fluctueren afhankelijk van de kwaliteit van het aangeboden, iets wat de leek moeilijk kan beoordelen. Het veilinghuis diende dan ook de verkoopprijs te vergoeden.¹¹

Niet alleen wat betreft de verkoper kan de situatie op de veiling ondoorzichtig zijn. Dat kan ook gelden voor de kopers. Willem L. Baars verhaalt in zijn boek over de kunstmarkt *Wie bepaalt de waarde van kunst?* hoe in de jaren zeventig de veilingen werden beheerst door een kleine groep kunsthandelaren die deze lucratieve markt voor zich probeerden te houden door potentiële concurrenten het leven zuur te maken door te blijven bieden op de werken die deze wensten aan te schaffen.¹² Uiteraard was dit in het voordeel van de verkoper van het betreffende werk. De beperking van het aantal bieders was echter op langere termijn in het nadeel van de aanbidders. Nog nadeliger voor inbrengers kunnen combinaties van gevestigde kunsthandelaren uitpakken wanneer deze afspreken dat ze niet tegen elkaar opbieden en achteraf de zo vergaarde "buit" alsmede de winst daarop zullen verdelen. De NMa verdacht in 2011 een aantal gerenommeerde Nederlandse kunsthandels ervan een dergelijke "ring" te hebben opgezet en startte een onderzoek naar kartelvorming. Een van de kunsthandelaren had zelf in het NRC een smeug verhaal over zijn ervaringen laten afdrucken. Dat zette de NMa aan het denken. Hieruit bleek dat er in een aantal gevallen kort na een veiling schilderijen onderling werden doorverkocht en de winst verdeeld. Omdat de werken voor die hogere prijs ook op de veiling hadden kunnen worden gekocht, wekte dit de indruk dat er afspraken waren gemaakt die de inbrenger en veilinghouder benadeelden. Uiteindelijk staakte de NMa het onderzoek naar verboden mededinging, nadat de betrokken kunsthandelaren toezegden dat zij geen afspraken meer zullen maken over het biedgedrag op veilingen en elkaar geen vergoedingen meer zullen uitkeren. Indien zij toch gezamenlijk willen bieden op bepaalde kunstwerken zal dit vooraf kenbaar worden gemaakt aan de veilingmeester. Afspraken over samenwerking bij biedingen zullen schriftelijk worden vastgelegd. De NMa zal controleren of de kunsthandelaren zich aan hun toezegging zullen houden. Op deze wijze bespaarde de

¹¹ Hof Amsterdam 9 oktober 2012. *LJ/NBY5415*.

¹² W.L. Baars, *Wie bepaalt de waarde van kunst?*, Amsterdam: Nieuw Amsterdam, 2010, p. 50.

NMa zich een tijdrovend en complex onderzoek naar biedingscombinaties, die niet alleen een negatief effect op de prijsvorming hoeven te hebben – een groep kan immers meer betalen dan een enkeling –, terwijl de kunsthandelaren zeker wisten dat zij geen boete hoefden te betalen voor hun acties in het verleden.¹³ Deze afspraak bindt in principe alleen de kunsthandelaren die de afspraak maakten met de NMa, maar in de praktijk ook concurrenten.

Consignatie

Consignatie houdt in dat de verkoper zijn kunstwerk aan een derde – meestal een kunsthandelaar – geeft met daarbij de opdracht om het kunstwerk te verkopen voor een vooraf bepaalde minimumprijs en de koopsom af te dragen aan de eigenaar. De kunsthandelaar kent immers de internationale markt voor de kunstenaar en zijn goede naam is een extra garantie voor de kwaliteit en prijs van het kunstwerk. Doorgaans wordt ook een courtage voor de kunsthandelaar vastgelegd.

Problemen kunnen er echter ontstaan wanneer degene die de kunstwerken in consignatie heeft, ze bijvoorbeeld verkoopt voor een lagere prijs of het ontvangen geld in het geheel niet afdraagt aan de eigenaar. Kan deze zijn verlies nog verhalen op consignatiehouder of zijn kunstwerk terugvorderen van de koper? Deze vragen speelden in de zaak rondom het schilderij *Zee* van de bekende zeeschilder Hendrik Willem Mesdag (1831-1915). Via een kennis hadden de eigenaars het schilderij in consignatie gegeven aan een kunsthandelaar met daarbij de voorwaarden dat de minimumprijs € 135.000 was en er alleen verkocht mocht worden na voorafgaand overleg. De kunsthandel verkocht het schilderij samen met andere werken ter vereffening van een – pretense – schuld voor € 80.000, maar droeg niets af aan de eigenaars. Kort hierna ging de kunsthandel failliet, terwijl de handelaar veroordeeld werd wegens verduistering. Hij bood dus geen verhaal. De eigenaars vorderden hierop hun schilderij terug van de kopers. De Hoge Raad gaf hen gelijk. De kunsthandelaar had bij de verkoop niet aan de voorwaarden van de consignatieovereenkomst voldaan en was derhalve niet beschikkingsbevoegd. Konden de kopers dan een beroep doen op de bescherming wegens goede trouw? Dat was volgens de Hoge Raad niet het geval. Zij wisten op het moment van levering dat de kunsthandelaar geregeld sjoemelde en het feit dat het schilderij voor een veel te lage prijs werd aangeboden had hen, daar zij ook zelf in kunst handelden, aan het denken moeten zetten.¹⁴

In een vergelijkbare zaak was een schilderij van Jan Sluijters (1881-1957), *Stilleven van fruit en bloemen*, in 1994 aan een kunsthandelaar gegeven om het te verkopen. Het schilderij werd niet verkocht, maar ook niet teruggegeven. In 2006 werd de inmiddels spoorloos verdwenen kunsthandelaar veroordeeld wegens oplichting. Het schilderij dook in 2010 op de bekende PAN-beurs in Amsterdam op. De erfgenamen van de oorspronkelijke eigenaar vorderden het schilderij op. De rechtbank gaf hen hierin géén gelijk. De nieuwe eigenaar had het schilderij onder geldige titel verworven en de erven konden wegens het ontbreken van de consignatieovereenkomst niet aantonen dat de kunsthandelaar niet bevoegd was geweest om het werk te verkopen, wat hen wel recht op het schilderij zou hebben kunnen geven.¹⁵

Dat bij consignatie niet meteen duidelijk is wie de eigenaar is, kan ook voor problemen bij het leggen van beslag leiden. Dat merkte de verkoper in de al genoemde Eversen-zaak toen deze conservatoir beslag liet leggen op het schilderij. Dit was inmiddels doorverkocht en door de nieuwe eigenaar in consignatie gegeven aan de kopende kunsthandelaar. Al hing het in diens galerie, het was niet zijn eigendom. De Rechtbank Alkmaar hief dan ook het beslag op.¹⁶

13 NMa 25 februari 2013, 7533 (*Toezeggingsbesluit kunstveilingen*).

14 HR 14 januari 2011, *LJNB03251*, *NJ*2012, 88 m.nt. F.M.J. Verstijlen en *JOR*2012, 34 m.nt. B.A. Schuijling.

15 Rb. Amsterdam 7 december 2011, *LJNBV3045*.

16 Rb. Alkmaar 3 maart 2010, nr. 115342 / HA ZA 09-1049.

ENKELE SPECIALE REGELINGEN VOOR DE KUNSTWERELD

Van een afzonderlijk rechtsgebied kunstrecht lijkt in de praktijk nog het meest sprake te zijn binnen het bestuursrecht. Kunst heeft immers een belangrijke publieke functie en de belangrijkste kunstvoorwerpen in Nederland zijn in het bezit van overheids- en semioverheidsorganen. De enige aan kunst gerelateerde juridische leerstoel in Nederland valt daarom juist onder dat rechtsgebied: de leerstoel "Kunst en recht" met het daaraan verbonden Centrum voor Kunst, recht en beleid aan de Universiteit van Amsterdam die momenteel bekleed wordt door Inge van der Vlies. Uit de verschillende regelingen die voor de kunstwereld gelden, kies ik een tweetal dat ingrijpende gevolgen heeft gehad voor het kunstbezit van particulieren. De eerste is de Wet tot behoud van cultuurbezit, die de mogelijkheden om kunstvoorwerpen te verkopen ingrijpend beperkt. De tweede, de instelling van de Restitutiecommissie, stelt particulieren in staat kunstvoorwerpen waarvan het bezit vanwege het naziregime onvrijwillig verloren is gegaan weer terug te krijgen.

Wet tot behoud van cultuurbezit

De Wet tot behoud van cultuurbezit¹⁷ uit 1984 heeft tot doel "het behoud van het Nederlands cultuurbezit te bevorderen door het vaststellen van bepalingen die de mogelijkheid openen te voorkomen dat voorwerpen van bijzondere cultuurhistorische of wetenschappelijke betekenis teloorgaan voor het Nederlands cultuurbezit".¹⁸ Het belangrijkste instrument dat hiertoe in de wet is opgenomen is een lijst van voorwerpen en verzamelingen in het bezit van particulieren, verenigingen of stichtingen, die niet naar het buitenland mogen worden verkocht of verplaatst, tenzij met toestemming van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Op overtreding hiervan staan hoge boetes en zelfs gevangenisstraf.

Voorwerpen staan op de lijst indien zij onmisbaar en onvervangbaar zijn. Dat is het geval bij werken die een symboolwaarde voor het nationale verleden, een schakelfunctie in de ontwikkeling van wetenschap en cultuur, dan wel een ijkwaarde voor het wetenschappelijk onderzoek bezitten. In de praktijk laten deze criteria de nodige ruimte en kunnen bijvoorbeeld ook voorwerpen uit andere culturen op de lijst geplaatst worden. De oorspronkelijke lijst is in de jaren tachtig samengesteld door de toenmalige Rijkscommissie voor Musea. Musea maakten van deze gelegenheid gebruik om werken die zij in bruikleen hadden gekregen op de lijst te plaatsen, dit ter bescherming van de door hen tentoongestelde werken en de daarmee verbonden inkomsten. Ook particulieren en organisaties kunnen een verzoek indienen om voorwerpen op de lijst te plaatsen. Dat gebeurt echter zelden. De eigenaresse van een verzameling van vermeende werken van Vincent van Gogh die via plaatsing op de lijst haar verzameling meer prestige probeerde te verlenen, lijkt een uitzondering te zijn. Omdat de echtheid van de aan Van Gogh toegeschreven werken zeer twijfelachtig was, oordeelde de Raad van State dat plaatsing op de lijst terecht geweigerd was.¹⁹

Gezien het internationale karakter van de kunsthandel is plaatsing op de lijst Wet tot behoud van cultuurbezit een zeer ingrijpende maatregel die aanzienlijke financieel nadelige gevolgen kan hebben voor de eigenaren. Juist voor belangrijke kunstwerken kan de optimale prijs alleen op de internationale kunstmarkt worden gerealiseerd, terwijl de wet de verkoop beperkt tot alléén de veel minder kapitaalkrachtige en kooplustige Nederlandse markt. Toch zijn er sinds de invoering van de wet in 1985 slechts twee procedures bekend waarin eigenaren verzochten om een op de lijst geplaatst voorwerp daarvan te schrappen. De eerste zaak betrof een schilderij van Jan Brueghel de Oude (1585-1625), ook wel bekend als de "Fluwelen Brueghel", *Bloemstillevens in houten*

17 Meer over de achtergronden van de Wet tot behoud van cultuurbezit in P.W.L. Russell, 'Wet tot behoud van cultuurbezit', in: W.M.J. Russell (red.), *De regelen der kunst*, Amsterdam: VU Uitgeverij, 1989, p. 49-105, en P.S. Sjouke, *Het behoud van cultuurgoederen, twee werelden, twee visies*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1999, p. 147-171.

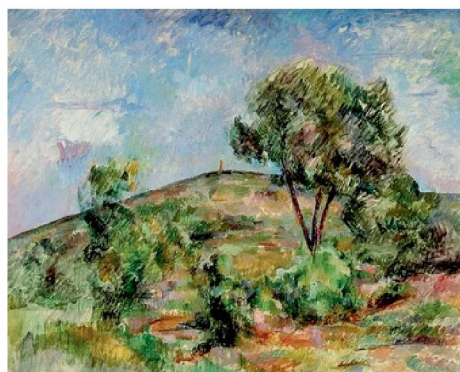
18 Aanhef van de Wet tot behoud van cultuurbezit van 1 februari 1984.

19 RvS 10 september 2003, *LJ/NAJ3289*.

kuip. Dit was door de in kunstkringen bekende familie Thürkow aan Museum Boijmans van Beuningen in bruikleen gegeven. In 1987 overleed de eigenaresse en zij legateerde het schilderij aan de verzamelaar Diethelm Doll in Duitsland. De legataris verzocht hierop om het schilderij te schrappen van de lijst, zodat hij het kon uitvoeren. De Staat weigerde dit aangezien het werk vanwege de verfijnde techniek en de unieke omvang op de lijst was geplaatst. De legataris ging hiertegen in beroep, wat het begin van een lange reeks procedures bleek te worden. De belangrijkste argumenten voor schrapping waren dat het werk niet van Jan Brueghel de Oude bleek te zijn, maar een atelierstuk en dat er bovendien meerdere vrijwel identieke exemplaren van het schilderij bestonden, waarvan er bovendien reeds minstens één in Nederland aanwezig was, namelijk in het Rijksmuseum. Ook zou het schilderij van mindere kwaliteit zijn dan de andere exemplaren, om welke reden Museum Boijmans het niet tentoonstelde. Dit alles pleitte er niet voor om het schilderij als “onmisbaar en onvervangbaar” te karakteriseren, twee van de belangrijkste voorwaarden voor plaatsing op de lijst. De bezwaren leidden echter niet tot de gewenste schrapping, maar – indien zij al werden geaccepteerd – slechts tot aanpassing van de reden tot plaatsing op de lijst, waardoor het bezwaar steeds verviel. De Staat maakte de zaak tot een principekwestie. Indien schrapping op verzoek makkelijker zou worden werd de lijst minder statisch en daarmee ook minder geschikt als middel om het behoud van cultuurbezit te realiseren. Uiteindelijk staakte Doll de ongelijke strijd, waarna de Staat voor 1,1 miljoen gulden het schilderij moest kopen van de eigenaar. Omdat zij met het schilderij in het Rijksmuseum al een beter exemplaar van het kunstwerk in bezit had, betaalde de Staat daarmee eigenlijk te veel voor dit schilderij. Het staat inmiddels weer in het depot van Museum Boijmans van Beuningen.²⁰

Ook het tweede geval betrof een schilderij dat in bruikleen was gegeven aan Museum Boijmans. Ditmaal was het een werk van de Franse schilder Paul Cézanne (1839-1906), *Paysage près d'Aix avec la Tour César*. Toen de eigenaresse in 1995 het schilderij wilde verkopen bleek dit op de lijst Wet tot behoud van cultuurbezit te staan. Op een verzoek om het schilderij uit te mogen voeren werd negatief beschikt, hoewel een specifieke band tussen het schilderij en de Nederlandse cultuurgeschiedenis moeilijk en slechts via een omweg te leggen is. De eigenaresse bood het schilderij voor de taxatieprijs van 10 miljoen gulden aan de Staat aan, maar deze reageerde hierop niet binnen de gestelde termijn. Een nieuwe taxatie door Sotheby's in Londen van 14,5 miljoen gulden werd door de Staat beantwoord met een bod van 6,5 miljoen gulden. Tegelijk met dit bod werd de eigenaresse onder druk gezet door het uitbrengen van een persbericht met daarin de hoogte van het bod en haar personalia, inclusief woonplaats. De kosten van de daardoor nodige alarminstallatie werden uiteindelijk vergoed door de overheid. Het was ten slotte aan de Rechtbank 's-Gravenhage om de prijs vast te stellen. De door de rechtbank benoemde buitenlandse deskundigen kwamen uit op een bedrag van ca. 15 miljoen gulden. De Staat trok hierop haar bod in. Als zij een keuze tussen een Nederlands en een buitenlands kunstwerk moet maken, dan valt de keuze op het Nederlandse kunstwerk, zeker bij gebrek aan middelen. In 1998 kocht een anonieme mecenas het schilderij en gaf het in bruikleen aan Museum Boijmans.²¹

Uiteindelijk kreeg dus in beide gevallen de eigenaar dankzij goede juridische advisering nog een vrij redelijke prijs voor het kunstvoorwerp. De bijkomende kosten, zoals advocatenkosten en gederfde rente vanwege het moeten uitstellen van de verkoop, werden echter niet



Paul Cézanne, *Paysage près d'Aix avec la Tour César*

20 E.J.H. Schrage, *De regelen der kunst II*, Amsterdam: Russell Advocaten, z.j. [=2003], p. 48-49.

21 Schrage, *Regelen der kunst II*, p. 46-47; Sjouke, *Behoud van cultuurgoederen*, p. 169-170.

vergoed. De slepende procedures leidden tot aanpassing van de Wet tot behoud van cultuurbezit en maakten haar eerlijker. Zo werden in navolging van een naar aanleiding van deze zaken opgesteld advies van de Adviescommissie Wet tot behoud van cultuurbezit de beslistermijnen van de Staat ingekort, terwijl door toevoeging van een nieuw artikel 3d aan de wet de mogelijkheid werd geschapen om voorwerpen van de lijst te schrappen.²²

Restitutiecommissie

In 1937 vluchtte de Joodse ondernemer Ernst Flersheim vanuit Frankfurt am Main naar Nederland. Daar verkocht hij het schilderij *De Thames bij London Bridge* door Jan Toorop om de vlucht van zijn familieleden uit Nazi-Duitsland te financieren. Het kwam al snel in bezit van Museum Boijmans. Een groot deel van zijn bezit, waaronder nog meer schilderijen en tekeningen van Jan Toorop, met wie hij tijdens zijn vakanties in het Zeeuwse Domburg bevriend was geraakt, bleef in Frankfurt achter en werd in beslag genomen door de nazi's. Ernst Flersheim en zijn vrouw werden in 1944 vermoord in het concentratiekamp Bergen-Belsen, maar een van hun kinderen overleefde de oorlog. In de loop van een Wiedergutmachungsprocedure bij het Landgericht Frankfurt am Main bleek aan de erfgenamen dat een van de verloren gegane werken, de tekening *Godsvertrouwen*, in Museum Boijmans hing als eigendom van de Stichting Museum Boymans. Het museum weigerde echter afgifte, zelfs nadat het in 1955 door de Wiedergutmachungskammer hiertoe was veroordeeld. In januari 1999 deden de erven Flersheim een nieuwe poging om *Godsvertrouwen* terug te krijgen. Tegelijkertijd claimden zij *De Thames bij London Bridge*, ervan uitgaande dat ook dit in beslag was genomen in Frankfurt. Dat bleek niet het geval en het schilderij werd niet gerestitueerd, omdat niet duidelijk was hoe Flersheim het bezit had verloren. Wel besloot Museum Boijmans na grote druk in de pers in 2001 om de tekening terug te geven tegen betaling van de oorspronkelijke aanschafprijs uit 1943.



Jan Toorop, *Gebed voor de maaltijd*

De erven ontdekten dat er sinds 1981 in het Zeeuws Museum te Middelburg een andere Toorop uit de verzameling van Ernst Flersheim hing, namelijk *Gebed voor de maaltijd*. Ook dit museum ontving in 1999 een claim. Een constructie waarbij de erfgenamen het schilderij voor een bepaald bedrag konden kopen onder het voorbehoud dat zij het aan het museum in bruikleen zouden geven en nalaten bleek door verschillen tussen het fiscaal recht van de Verenigde Staten en dat van Nederland niet haalbaar, waarop het museum het schilderij behield. Procederen was geen optie, aangezien de rechter de claim vrijwel zeker zou afwijzen

wegens verjaring, zoals reeds in 1999 was gebeurd door mr. M.M. Steenbeek, de voorzitter van de Zeeuwse Museumstichting en tevens de president van de in deze zaak bevoegde Rechtbank Middelburg. De zaken leken hiermee definitief afgedaan te zijn.

Dankzij hun advocaat kregen de erven Flersheim echter een herkansing. In 2002 werd de Restitutiecommissie ingesteld.²³ Aanleiding hiervoor was het groeiende besef dat er na de Tweede Wereldoorlog geen sprake was geweest van werkelijk rechtsherstel. Eén van de schrijnendste voorbeelden hiervan was het ontstaan van de Collectie Nationaal Kunstbezit. Hierin bevinden zich kunstvoorwerpen die in Duits bezit waren gekomen en waarvan de oorspronkelijke Nederlandse, vaak Joodse eigenaar niet terug te vinden was. De Stichting

22 Adviescommissie Wet tot behoud van cultuurbezit, *De wet tot behoud van cultuurbezit. Een evaluatie van de werking van de wet*, z.pl., 1999, p. 37-39.

23 Over de Restitutiecommissie zie: P.W.L. Russell, 'Beleidswijzigingen bij de Restitutiecommissie?', in: A.H.N. Stollenwerck e.a. (red.), *In dienst van het recht grenzen verleggen. Liber amicorum aangeboden aan prof. mr. Gr. van der Burght*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 199-212; Schrage, *Regelen der kunst III*, 46-63; K. Lubina, *Contested cultural property. The return of Nazi spoliated art and human remains from public collections* (proefschrift Universiteit Maastricht, 2009), p. 294-342.

Kunstbezit had de eigenaren moeten opsporen, maar hield zich in de praktijk vooral bezig met het beheer van de collectie. De museumdirecteuren in het bestuur aarzelden niet om het kunstbestand van hun museum uit te breiden met voorwerpen uit deze collectie.²⁴

De Restitutiecommissie behandelt verzoeken om teruggave van kunstwerken in de Collectie Nationaal Kunstbezit, waarvan de eigenaar als gevolg van het naziregime het bezit verloor. Bij dergelijke verzoeken zal de Staat geen beroep doen op de verjaringstermijn van de vordering en worden er minder zware eisen gesteld aan de bewijslast dat het bezitsverlies onvrijwillig was.²⁵ Dezelfde regeling gold tot juli 2012 ook voor andere kunstvoorwerpen in rijksbezit, terwijl particulieren op basis van vrijwilligheid verzoeken aan de Restitutiecommissie kunnen voorleggen,²⁶ mits zij het advies als bindend accepteren en de huidige eigenaar geen beroep doet op verjaring. Hiertoe bleken zowel Museum Boijmans als het Zeeuws Museum in 2006 bereid. De erven Flersheim waren daarmee de eersten die een geschil tussen particulieren aan de Restitutiecommissie voorlegden.

Hernieuwd onderzoek naar de aankoop van *De Thames bij London Bridge* bracht aan het licht dat het schilderij door Flersheim zelf was verkocht.²⁷ Museum Boijmans stelde daarom dat het bezitsverlies vrijwillig was. De erven gingen uit van een gedwongen verkoop, dus onvrijwillig bezitsverlies. Het schilderij was Duitsland uitgesmokkeld om daarmee de vlucht van de andere leden van de familie Flersheim te financieren. De Restitutiecommissie volgde de visie van de erven en het museum moest het schilderij tegen vergoeding van de geïndexeerde aankoopprijs afstaan.²⁸ Ook in de Zeeuwse zaak kregen de erven, onder wie een New Yorkse bankier, tegen betaling van de geïndexeerde aankoopprijs hun eigendom terug.²⁹ Het verweer van het Zeeuws Museum dat het pas in 1981, dus ver na de oorlog, het schilderij had gekocht van een te goeder naam en faam bekendstaande kunsthandelaar baatte het museum niet, evenmin als de stelling dat het kunstwerk een zodanig essentieel onderdeel van de collectie was, dat verlies hiervan door het museum onbillijk zou zijn. De advocaten van de erven voerden daartegenover met succes aan dat het museum bij de aankoop de herkomst niet adequaat had onderzocht. Hierdoor had het verzuimd te zien dat het schilderij in de oorlog in het bezit was geweest van mr. W.M.A. Weitjens, een kantonrechter die tijdens de Duitse bezetting lid van de Hoge Raad was geworden, een bedenkelijke rol had gespeeld in de kunsthandel en in 1948 was veroordeeld wegens zijn nationaalsocialistische gezindheid en handel met de vijand. Toch liep het nog redelijk goed af voor het Zeeuws Museum. Het kocht opnieuw *Gebed voor de maaltijd* zodat het schilderij nog steeds hangt in de provincie waar de Flersheims zo graag op vakantie gingen.

In 2007 maakte de Restitutiecommissie uiteindelijk een reglement voor de bindend adviesprocedure. Hierin kreeg bij de behandeling van verzoeken om restitutie van kunstvoorwerpen uit particulier bezit ook de afweging van de belangen van beide partijen, verzoeker en bezitter, een vaste plaats. Dat een dergelijke belangenafweging zich niet verdraagt met de morele redenen voor restitutie heb ik reeds eerder elders betoogd.³⁰ In de praktijk betekent dit dat naarmate het belang van een kunstwerk voor de collectie van de eigenaar groter is – en daarmee vaak ook de waarde hoger –, de kans dat de verzoeker

24 Schrage, *Regelen der kunst III*, p. 38-46; H.C.F. Schoordijk, *Over roofkunst gesproken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 43-81.

25 Dit geldt voor particulieren. Bij kunsthandelaren ligt dit iets anders daar zij immers uit hoofde van hun beroep kunst verkopen. Zie hierover F. Kunert en A. Marck, 'The Dutch art market 1930-1945 and Dutch restitution policy regarding art dealers', in: E. Blimlinger en M. Mayer, *Kunst sammeln, Kunst handeln. Beiträge des Internationalen Symposiums in Wien*, Schriftenreihe der Kommission für Provenienzforschung 3, Wien/Köln/Weimar: Böhlau Verlag, 2012, p. 133-153.

26 Besluit adviescommissie restitutieverzoeken en Tweede Wereldoorlog 16 november 2001, art. 2 lid 2, *Stcrt.* 2001, 248.

27 Dit onderzoek is uitgegeven: A. Hopmans, *Verwerving en restitutie: de zaak Toorop*, Rotterdam: Museum Boijmans van Beuningen, 2008.

28 Restitutiecommissie, 3 maart 2008, Zaak 3.48. Te raadplegen op http://www.restitutiecommissie.nl/adviezen/advies_348.html.

29 Restitutiecommissie, 7 april 2008, Zaak 3.45. Te raadplegen op http://www.restitutiecommissie.nl/adviezen/advies_345.html.

30 Russell, *Beleidswijzigingen*, p. 207-208.

het kunstwerk gerestitueerd krijgt kleiner wordt.³¹ Met andere woorden: naarmate het gepleegde onrecht groter is, wordt de kans dat alsnog recht gedaan zal worden kleiner. Dat kan onmogelijk de bedoeling zijn. Sinds juli 2012 dient de Restitutiecommissie deze belangenafweging ook te maken bij voorwerpen in rijksbezit, maar niet behorend tot de NK-collectie, terwijl vanaf 30 juni 2015, twee jaar na de verwachte afrondingsdatum van het onderzoek naar museale verwervingen in de periode 1933-1945, dat zelfs zal gelden voor voorwerpen uit de NK-collectie. Hierbij is door de Staatssecretaris voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschap wel aangetekend dat de aanwezigheid van een kunstvoorwerp in de NK-collectie een factor is die niet in het voordeel van de Staat zal pleiten.³²

CONCLUSIE

Onderscheidt de “kunstrechtadvocaat” zich van zijn collega’s? Dat is niet door zijn kennis van een aparte discipline kunstrecht. Als die er al zou zijn, dan moet deze toch vooral gezocht worden in specifieke regelingen van meer bestuursrechtelijke aard, zoals die in het derde deel van dit artikel aan de orde zijn gekomen. Het overgrote deel van de kunstzaken betreft echter de toepassing van met name het verbintenissenrecht binnen een specifieke context. Wat de “kunstrechtadvocaat” tot een specialist maakt is, dan ook zijn kennis van de kunst, de kunstwereld en de vele belangen die daar spelen en zijn vermogen om deze kennis kundig in kunstzaken in te zetten.

En soms zijn zelfs die kennis en kunde niet voldoende. Een cliënt had in 1997 bij een kunsthandelaar een schilderij gekocht met een winterscene van Jan Jacob Spohler (1811-1866), een meester in dit genre. Na de koop en betaling bleef het schilderij bij de kunsthandelaar om schoongemaakt te worden. In 2009 verzocht de eigenaar afgifte van zijn schilderij. Dat weigerde de nieuwe eigenaar van de galerie omdat het schilderij bij de koop van de kunsthandelaar niet aan hem overgedragen zou zijn. Het werk zou inmiddels verkocht zijn door de vorige galeriehoudster, hoewel bij een bezoek in 2003 nog uitdrukkelijk aan hem was aangegeven dat het niet verkocht mocht worden. De voormalige galeriehoudster stelde dat doordat het schilderij niet binnen vijf jaar was afgehaald, zijn leveringsverplichting was komen te vervallen en hij daardoor eigenaar van het schilderij was geworden. De naam van de nieuwe bezitter werd niet bekendgemaakt, dus er kon geen vordering tegen hem worden ingesteld, noch kon beslag op het schilderij worden gelegd. Hoe kon de eigenaar nu zijn schilderij terug krijgen? Hij besloot om de druk op de kunsthandelaar te verhogen. Er werden brieven aan (internationale) beroepsorganisaties van antiquairs verzonden en er werd aangifte gedaan van verduistering, dan wel oplichting. Dat zou moeten leiden tot een strafrechtelijk onderzoek dat de verblijfplaats van het schilderij aan het licht kon brengen. Helaas besloot de officier van justitie om geen vervolging in te stellen, aangezien hij meende dat de kwestie via het civiel recht diende te worden opgelost. Een klaagschrift bij het hof 's-Hertogenbosch sorteerde eerst wel, uiteindelijk evenmin effect. Ook hier was men – nadat de kunsthandelaar was gehoord – van mening dat eerst in de civiele procedure vastgesteld diende te worden wie nu de eigenaar van het schilderij was, alvorens er eventueel reden zou kunnen zijn voor strafvervolging. Het blijft zelfs voor de in kunstzaken gespecialiseerde advocaat een hele kunst om “verdwenen” kunstwerken terug te halen.

31 Zie bijvoorbeeld de overwegingen van de Restitutiecommissie in de beslissingen op de verzoeken 3.126, 3.128 en 3.131. Te raadplegen op <http://www.restitutiecommissie.nl/adviezen.html>.

32 *Kamerstukken II 2011/12, 25 839, nr. 41.*