
IER 2015/43

RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

10 juni 2015

(mr. H. Wolthuis)

m.nt. RdV

Kunstenaar beroept zich jegens Gemeente op eerbiediging van zijn persoonlijkheidsrechten (art. 25 lid 1 Aw sub c: wijziging en sub d: aantasting/verminking). Gemeente verweert zich met een beroep op de openbare orde en veiligheid (gevaarlijke situatie door onderbelichting en overlast door hangjongeren). De voorzieningenrechter beveelt beide partijen om samen te werken om het kunstwerk en de luifelverlichting zodanig aan

4 Svensson, r.o. 25-31.

5 Svensson, r.o. 34-41.

6 J. Reinbothe, S. von Lewinski, The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, p. 131.

te passen dat een veiliger situatie ontstaat met inachtneming van de persoonlijkheidsrechten van de kunstenaar.

Art. 25 lid 1 sub c en sub d Auteurswet

nr. C/19/109082 / KG ZA 15-31

ECLI:NL:RBNNE:2015:2769

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

STUDIO ROOSEGAARDE B.V.,

gevestigd te Waddinxveen,

2. **DANIËL FERDINAND ROOSEGAARDE,**

wonende te Amsterdam,

eisers in conventie,

verweerders in reconventie,

advocaat mr. D.M. Wille te Amsterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE ASSEN,

zetelend te Assen,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

advocaat mr. dr. M.H. Elferink te Enschede.

Partijen zullen hierna Studio Roosegaarde en Daan Roosegaarde, gezamenlijk te noemen Roosegaarde c.s., en de gemeente genoemd worden.

IN CONVENTIE EN IN RECONVENTIE

1. De procedure

(...)

2. De feiten

2.1. Studio Roosegaarde verricht volgens haar omschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel de volgende activiteiten: het onderzoeken, ontwerpen, ontwikkelen en adviseren op het gebied van innovatie en design van interactieve landschappen.

2.2. Daan Roosegaarde is kunstenaar en ontwerper op het gebied van technologische innovaties en via zijn vennootschap Roosegaarde Holding B.V. enig bestuurder en aandeelhouder van Roosegaarde B.V.

2.3. Roosegaarde c.s. heeft in opdracht van de gemeente het lichtkunstwerk Sensor Valley 8.0 gerealiseerd. Het lichtkunstwerk omvat 15 pilaren, elk 2,5 meter hoog, voorzien van LED's, sensoren, draadloze onderlinge communicatieapparatuur en interactieve software en elektronica. De lichtpilaren lichten op bij aanraking of wanneer de bezoeker langsluip. Het lichtkunstwerk is een uniek exemplaar en bevindt zich voor de gevel en gedeeltelijk onder de luifel van het theater en bioscoopcomplex De Nieuwe Kolk aan de Weiersstraat 1 in Assen, zoals hieronder afgebeeld. Het kunstwerk is op 20 april 2012 onthuld.



2.4. Voorafgaand aan de realisatie van het kunstwerk heeft Roosegaarde c.s. op 19 september 2010 een offerte aan de gemeente gestuurd. Onder Conditioes staat vermeld:

– Gebaseerd op contract & document "Randvoorwaarden 'Sensor Valley'_Studio Roosegaarde".

2.5. Op 15 oktober 2010 is tussen partijen een overeenkomst ondertekend. In deze overeenkomst is bepaald, voor zover hier van belang:

"De gemeente neemt de randvoorwaarden gesteld door de kunstenaar in acht:

1. Het kunstwerk dient zoveel mogelijk in een schaduwrijke omgeving te worden geplaatst. Bij het kunstwerk dient de belichting lokaal te worden uitgezet (met inachtneming van de regels voor openbare orde en veiligheid). Dit wordt gecompenseerd door het licht van het kunstwerk.

2. (...)

3. Na oplevering dienen visuele wijzigingen van tevoren worden besproken met de kunstenaar. Hieronder vallen elementen zoals belichting of externe elementen die de zichtlijnen of compositie van het kunstwerk belemmeren. Het kunstwerk zelf mag niet worden verplaatst of visueel worden veranderd.

(...)

Bij overtreding van de randvoorwaarden zal het kunstwerk in originele staat worden hersteld en de werkzame uren en materialen van de kunstenaar worden gefactureerd aan de gemeente."

2.6. Roosegaarde heeft bij e-mail d.d. 21 september 2011 aan de gemeente en de BAM, naar aanleiding van een e-mail van [medewerker Bam] van Bam Techniek, het volgende bericht:

"Dit is een probleem. Sensor Valley is een lichtkunstwerk (zie bijlage) en ik zie nu hele hoge lichtwaardes van de BAM op de grond bij de entree. Dan is er van het kunstwerk niets meer te zien of te ervaren.

Afgesproken was dat de plek rondom de entree donker zou blijven. De lichtpilaren zullen voldoende licht geven. Mijn dringend advies is dus om de lichtspots weg te laten bij de entree/overkapping.

(...).

2.7. De heer [medewerker gemeente] heeft daarop per e-mail d.d. 22 september 2011 als volgt gereageerd:

"(...).

Voor de duur dat het kunstwerk er staat (minimaal 10 jaar) kan de afspraak zijn, is de afspraak dat de luifel verlichting niet brand en voor de momenten waarop het er voor een evenement, het tijdelijk dringend weg moet, is het noodzakelijk om over verlichting in de luifel te beschikken als onderdeel van het gebouw. Niemand weet hoe de wereld er over 10 jaar uitziet."

2.8. In mei 2012 heeft een mailwisseling tussen partij- en plaatsgevonden over o.a. de luifelverlichting. De gemeente heeft daarbij toegezegd, dat de verlichting van de luifel uitblijft, maar geeft aan dat zich steeds meer hangjeugd verzamelt voor De Nieuwe Kolk, met name onder de luifel, en dat de trappen amper zijn aangelicht. De gemeente geeft aan deze punten met Roosegaarde te willen bespreken.

2.9. Vanaf eind 2014 houdt de gemeente 's avonds en 's nachts de luifelverlichting ingeschakeld. Roosegaarde c.s. is hierover niet geïnformeerd door de gemeente. Op 9 januari 2015 hebben partijen daarover een gesprek gehad. Door Roosegaarde c.s. is daarvan notulen opgemaakt, die hij op 19 januari 2015 naar de gemeente heeft gemaild. De gemeente heeft per e-mail d.d. 10 februari 2015 laten weten het niet eens te zijn met de weergave van het gesprek.

2.10. Bij brief d.d. 3 februari 2015 heeft de advocaat van Roosegaarde c.s. de gemeente verzocht en voor zover nodig gesommeerd toe te zeggen de inbreuk op de persoonlijkheidsrechten van Roosegaarde c.s. per direct blijvend te staken. De gemeente heeft bij brief d.d. 6 februari 2015 afwijzend gereageerd op dit verzoek c.q. sommatie. Daarop heeft tussen partijen schriftelijk en telefonisch contact plaatsgevonden, maar partijen hebben niet tot een oplossing kunnen komen.

IN CONVENTIE

3. *Het geschil in conventie*

3.1. Roosegaarde c.s. vordert dat de voorzieningen-rechter bij vonnis, voorzover mogelijk, uitvoerbaar bij voorraad:

Primair

1. de gemeente zal bevelen om, onmiddellijk na de betekening van dit vonnis, iedere inbreuk op de persoonlijkheidsrechten van Roosegaarde c.s. te staken en gestaakt te houden door de Luifelverlichting blijvend uit te schakelen zodanig dat de Beoogde Situatie wordt hersteld;
2. de gemeente zal bevelen tot nakoming, onmiddellijk na de betekening van dit vonnis, van de in artikel 1 sub 1, sub 3 en sub 5 Overeenkomst bestaande verplichtingen, door de Luifelverlichting blijvend uit te schakelen zodanig dat de Beoogde Situatie wordt hersteld en de door Roosegaarde c.s. gemaakte kosten aan Roosegaarde c.s. te betalen.

Subsidiar

3. de gemeente zal bevelen om, binnen zeven (7) dagen na betekening van dit vonnis, in overleg te treden met Roosegaarde c.s. en (tegen vergoeding van de kosten en schade van Roosegaarde c.s.) een nieuw lichtplan te maken en uit te voeren zodanig dat de inbreuk op de rechten van Roosegaarde c.s. wordt beëindigd, waarbij, mocht de gemeente dit niet binnen een maand na betekening van het te dezen te wijzen vonnis voltooid hebben, de gemeente wordt bevolen na die maand de Luifelverlichting blijvend uit te schakelen totdat het nieuwe lichtplan naar wens van Roosegaarde c.s. is uitgevoerd;

Primair en subsidiar

4. de gemeente zal veroordelen om aan Roosegaarde c.s., ten titel van dwangsommen, onmiddellijk opeisbaar en niet voor matiging vatbaar bedrag van EUR 5.000,- (zegge: vijfduizend Euro) te betalen voor iedere dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, of - zulks ter keuze van Roosegaarde c.s. voor iedere keer, dat de gemeente in strijd handelt of laat handelen met het hiervoor onder sub 1, 2, en/of sub 3 gevorderde;
5. de gemeente zal veroordelen in de volledige kosten van deze procedure op grond van artikel 1019h Rv, bestaande uit de gerechtskosten en de andere feitelijk door Roosegaarde c.s. gemaakte kosten, waaronder het volledige salaris en de verschotten van hun advocaat, dan wel een ander in goede justitie te bepalen bedrag ter vergoeding van de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die Roosegaarde c.s. hebben gemaakt.

3.2. Roosegaarde c.s. stelt daartoe - samengevat - het volgende. Het lichtkunstwerk is een auteursrechtelijk beschermd werk in de zin van artikel 10 Auteurswet (Aw). De gemeente heeft het lichtkunstwerk in 2012 aanvaard in de staat die het toen had. De gemeente heeft zonder aankondiging of afstemming de luifelverlichting aangedaan.

Door het inschakelen van de luifelverlichting is sprake van een openbaarmaking van het lichtkunstwerk zonder toestemming van Roosegaarde c.s., hetgeen een inbreuk op zijn auteursrecht oplevert. Roosegaarde c.s. heeft in zijn hoedanigheid van auteursrechthebbende op grond van art. 25 Aw jo art. 10 Aw het recht zich te verzetten tegen elke wijziging in het werk (art. 25 lid 1 sub c Aw) en het recht zich te verzetten tegen elke misvorming, vermindering of andere aantasting van het lichtkunstwerk (art. 25 lid 1 sub d Aw). Roosegaarde c.s. stelt schade te lijden omdat het nu ontstane effect en de huidige staat van het lichtkunstwerk hun reputatie als kunstenaar(s) aantast. Hij stelt een spoedeisend belang te hebben bij zijn vordering. Dit belang vloeit voort uit het voortdurende karakter van de inbreuk op zijn persoonlijkheidsrechten.

3.3. De gemeente voert verweer. Zij voert - samengevat weergegeven aan - dat Roosegaarde c.s. haar verplichtingen uit de overeenkomst niet nakomt, nu het kunstwerk het uitzetten van de lokale verlichting niet compenseert. Roosegaarde c.s. verkeert derhalve in schuldeisersver-

zuim en de gemeente is bevoegd haar verplichtingen uit de overeenkomst op te schorten. De gemeente wordt sinds de oplevering geconfronteerd met klachten van bezoekers en valpartijen, zelfs met botbreuken tot gevolg, omdat het plein voor het theater en de trappen naar het theater te donker zijn. De gemeente beroept zich op een door haar in het geding gebracht lichtrapport d.d. 16 maart 2015, waaruit volgens haar blijkt dat het licht uit de pilaren de uitschakeling van de luifelverlichting geenszins compenseert. De gemeente betwist daarnaast het beroep van Roosegaarde c.s. op de schending van persoonlijkheidsrechten. De gemeente betwist het spoedeisend belang bij de vorderingen van Roosegaarde c.s., nu sinds 19 februari jl. de luifelverlichting is uitgeschakeld. De gemeente meent daarnaast dat de onderhavige zaak zich niet goed leent voor een kort geding.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

IN RECONVENTIE

4. *Het geschil in reconventie*

4.1. De gemeente vordert dat de voorzieningenrechter, bij vonnis in kort geding voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

- I.a. Roosegaarde c.s. zal veroordelen de op haar rustende verplichtingen uit de overeenkomst van 15 oktober 2010, in het bijzonder de verplichting als omschreven in artikel 1 sub 1 onder A (Algemene bepalingen) na te komen in die zin dat het uitzetten van de lokale verlichting zal worden gecompenseerd door het licht van het kunstwerk;
- I.b. Roosegaarde c.s. zal veroordelen de op haar rustende verplichtingen uit de overeenkomst van 15 oktober 2010, in het bijzonder de verplichting als omschreven in artikel 1 sub 1 onder A (Algemene bepalingen) na te komen in die zin dat het kunstwerk de onvoldoende belichting van het plein en de trappen voor de Nieuwe Kolk dusdanig dient te compenseren dat er niet langer sprake is van een onveilige en gevaarzettende situatie;

Subsidiar:

- II. Roosegaarde c.s. zal gebieden per direct met de gemeente in overleg te treden teneinde nieuwe afspraken te maken over de belichting van het plein en de trappen voor de Nieuwe Kolk, en mee te werken aan een oplossing die een veilige en niet gevaarzettende situatie waarborgt, ongeacht of de uitstraling van het licht van het kunstwerk dan wel de omgevingsverlichting daarvoor gewijzigd dient te worden, en waarbij geldt dat bij gebreke van totstandkoming van een zodanige oplossing de luifelverlichting ingeschakeld zal blijven;

Primair en subsidiair:

- III. Roosegaarde c.s. zal veroordelen om aan de gemeente, ten titel van dwangsommen, een onmiddellijk opeisbaar en niet voor matiging vatbaar bedrag van € 5.000,-

(zegge: vijfduizend euro) te betalen voor iedere dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, of - zulks ter keuze van de gemeente - voor iedere keer dat Roosegaarde c.s. in strijd handelt of laat handelen met het hiervoor onder sub Ia en Ib en II gevorderde.

- IV. Roosegaarde c.s. zal veroordelen in de kosten van dit geding, alsmede Roosegaarde c.s. te veroordelen tot betaling van de nakosten tot een bedrag van € 131,-, dan wel indien betekening van het vonnis plaatsvindt, tot een bedrag van € 199,-, waarbij betaling van € 131,- respectievelijk € 199,- dient te geschieden binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis respectievelijk binnen veertien dagen na dagtekening van de betekening, bij gebreke waarvan Roosegaarde c.s. ook over deze nakosten de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW verschuldigd zal worden;
- V. Althans een zodanige voorziening te treffen als de voorzieningenrechter juist acht.

4.2. De gemeente stelt een spoedeisend belang te hebben bij haar vorderingen. Zij stelt daartoe dat Roosegaarde c.s. het werk heeft opgeleverd zonder dat deze de uitschakeling van de lokale verlichting voldoende compenseert, zodat niet is voldaan aan de eisen van veiligheid en openbare orde. Zij is als wegbeheerder aansprakelijk voor schade als de weg, inclusief de openbare verlichting, niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert. Indien de luifelverlichting is uitgeschakeld brengt dit iedere dag en nacht een gevaarzettende situatie met zich mee, waarvoor de gemeente in beginsel aansprakelijk is.

4.3. Studio Roosegaarde en Daan Roosegaarde, gezamenlijk te noemen Roosegaarde c.s., voeren verweer.

4.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

IN CONVENTIE EN IN RECONVENTIE

5. *De beoordeling in conventie en in reconventie*

5.1. Het spoedeisend belang in conventie staat voldoende vast.

De gemeente heeft weliswaar aangegeven dat het spoedeisend belang ontbreekt, omdat de luifelverlichting al sinds 19 februari jl. uitgeschakeld is, maar de gemeente heeft geen definitieve toezegging gedaan, zodat de onzekerheid over de vraag of de verlichting weer aangaat nog reëel is.

Het spoedeisend belang in reconventie staat eveneens voldoende vast, gelet op de veiligheidsproblematiek en de daarmee mogelijk samenhangende aansprakelijkheid van de gemeente als wegbeheerder.

5.2. De voorzieningenrechter zal hierna, gelet op de samenhang tussen de wederzijdse vorderingen, de conventie en reconventie gezamenlijk bespreken. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat voldoende vast staat dat de gemeente inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Roosegaarde (c.s.) dan wel op de persoonlijkheidsrechten van Roosegaarde (c.s.). Het inschakelen van de luifelverlichting leidt ertoe, dat het lichtkunstwerk visueel wordt gewijzigd (art. 25 lid 1 sub c Aw), dan wel wordt aangetast

en verminkt (art. 25 lid sub d Aw). Dit blijkt naar het oordeel van de voorzieningenrechter ook uit de door Roosegaarde c.s. overgelegde productie 7, waarop duidelijk te zien is dat het effect van het kunstwerk door het inschakelen van de luifelverlichting is gewijzigd. Ook is voldoende aannemelijk, dat Roosegaarde c.s. daardoor schade lijdt, nu het effect dat daardoor is ontstaan zijn reputatie als kunstenaar aantast. De gemeente voert nog aan, dat Roosegaarde c.s. zich niet in redelijkheid kan verzetten tegen een wijziging in het werk, nu de veiligheid van burgers en de openbare orde in het geding is. Ook het recht van verzet op grond van art. 25 lid 1 sub d vindt zijn begrenzing in de redelijkheid op grond van de veiligheid en openbare orde. De voorzieningenrechter zal het aspect van de veiligheid en openbare orde hierna behandelen.

5.3. De vraag die vervolgens beantwoord moet worden is of de primaire vorderingen van partijen toewijsbaar zijn. De voorzieningenrechter beantwoordt deze vraag ontkennend en overweegt daartoe het volgende.

5.4. In de overeenkomst tussen partijen d.d. 15 oktober 2010 is in art. 1 onder de randvoorwaarden bepaald dat bij het kunstwerk de belichting lokaal dient te worden uitgezet (met inachtneming van de regels voor openbare orde en veiligheid). De voorzieningenrechter acht voorshands voldoende aannemelijk dat de verlichting is ingeschakeld omdat de veiligheid en openbare orde in het geding zijn en dat de gemeente dit deswege ook kon doen. Roosegaarde stelt weliswaar, dat de verlichting is ingeschakeld in verband met commerciële doeleinden, en stelt zich ook op het standpunt dat dit door de gemeente is erkend (daarbij verwijzend naar de door hem opgemaakte notulen van het gesprek van 6 februari 2015), maar de weergave van het gesprek door Roosegaarde c.s. is door de gemeente niet bevestigd. Uit onder meer de e-mail d.d. mei 2012 van de gemeente aan Roosegaarde c.s. en de verklaring van [medewerker De Nieuwe Kolk], operationeel manager van De Nieuwe Kolk d.d. 13 maart 2015 (prod. 11 van de gemeente) blijkt dat het met name gaat om aspecten van veiligheid en openbare orde.

In de randvoorwaarden onder 3. is echter bepaald dat na oplevering visuele wijzigingen van tevoren worden besproken met de kunstenaar. Dit heeft de gemeente nagelaten.

5.5. De voorzieningenrechter acht voorts van belang de laatste zin van randvoorwaarde 1, namelijk dat het uitzetten van de belichting wordt gecompenseerd door het licht van het kunstwerk (ook genoemd in de e-mail d.d. 21 september van Roosegaarde).

Uit het door de gemeente ingebrachte Advies verlichting plein/trappen Nieuwe Kolk d.d. 16 maart 2015 blijkt naar voorlopig oordeel afdoende dat dit niet het geval is. Het meetresultaat met binnenverlichting aan en luifelverlichting uit geeft aan dat de gemiddelde verlichtingssterkte op de trap en op het plein voldoende is, maar dat de gelijkmatigheid op de trap onvoldoende is. Daarnaast blijkt dat de lichtkolommen nagenoeg geen licht verspreiden. Met zowel de luifelverlichting als de binnenverlichting uit is de gemiddelde lichtsterkte op de trap onvoldoende en de gelijkmatigheid slecht. De voorzieningenrechter is voorshands dan

ook van oordeel dat Roosegaarde c.s. op dit punt is tekort geschoten. De voorzieningenrechter acht daarbij wel van belang, dat niet is gebleken, dat de gemeente Roosegaarde c.s. bij de oplevering van het kunstwerk heeft aangesproken op de onvoldoende compensatie, terwijl van de gemeente verwacht had mogen worden, dat zij dit aspect bij de oplevering had betrokken.

5.6. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, blijkt naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende dat door beide partijen niet (geheel) is voldaan aan de tussen hen gesloten overeenkomst. De voorzieningenrechter is daarom van oordeel, dat zowel de primaire vordering van Roosegaarde c.s. – kort gezegd het blijvend uitschakelen van de luifelverlichting – als de primaire vordering van de gemeente – het nakomen van de verplichtingen uit de overeenkomst, zodat het uitzetten van de lokale verlichting en de onvoldoende belichting van het plein en de trappen zal worden gecompenseerd door het licht van het kunstwerk – niet toewijsbaar zijn.

5.7. De voorzieningenrechter is echter van oordeel dat een ordemaatregel geïndiceerd is. Roosegaarde c.s. heeft er belang bij, dat zijn kunstwerk goed tot zijn recht komt, de gemeente heeft er belang bij dat daarbij aan de eisen van openbare orde en veiligheid wordt voldaan. De voorzieningenrechter zal daarom een maatregel treffen, zoals door hem juist geacht, daarbij aansluitend op de subsidiaire vorderingen van partijen en vordering V. van de gemeente (een zodanige voorziening te treffen als de voorzieningenrechter juist acht). Hierbij merkt de voorzieningenrechter op, dat om dezelfde redenen waarom de primaire vorderingen niet toewijsbaar zijn, de subsidiaire vorderingen evenmin in de vorm waarin zij zijn ingesteld kunnen worden toegewezen. De voorzieningenrechter realiseert zich, dat partijen reeds een periode voor overleg hebben gehad, maar beoogt met de in dit vonnis te geven wederzijdse veroordelingen tot medewerking jegens elkaar een maatregel te geven die zowel in voldoende mate tegemoet komt aan het belang van Roosegaarde c.s. (het tot zijn recht komen van het kunstwerk) als aan het belang van de gemeente (dat daarbij wordt voldaan aan de eisen van openbare orde en veiligheid).

5.8. Partijen zal dan ook bevolen worden om per direct en jegens elkaar hun medewerking te verlenen aan een aanpassing van de belichting van het plein en de trappen voor De Nieuwe Kolk, teneinde aldaar een veilige en niet gevaar zettende situatie te verkrijgen. Binnen dit veiligheidskader dienen omgevingsverlichting – voor rekening van de gemeente – en uitstraling van het licht van het kunstwerk – voor rekening van Roosegaarde c.s. – te worden aangepast.

Bij deze aanpassing dient evenwel uitgangspunt te zijn, dat de auteurs- en persoonlijkheidsrechten van Roosegaarde c.s. worden gerespecteerd, voor zover dat binnen het hiervoor omschreven veiligheidskader verantwoord is, wat met zich meebrengt, dat een versterking van de omgevingsverlichting, na een eventuele versterking van de uitstraling van het licht van het kunstwerk, minimaal dient te zijn.

5.9. Aan bovengenoemd bevel zal een dwangsom worden verbonden, daarbij aansluitend op de door partijen gevorderde dwangsommen. De gevorderde dwangsom zal worden beperkt als in het dictum te bepalen.

5.10. Aangezien elk van partijen als op enig punt in het ongelijk gesteld is te beschouwen, zullen de proceskosten worden gecompenseerd op de hierna te vermelden wijze.

6. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie en in reconventie

1. beveelt partijen om per direct en jegens elkaar hun medewerking te verlenen aan een aanpassing van de belichting van het plein en de trappen voor de Nieuwe Kolk, zoals overwogen in r.o. 5.8,

2. bepaalt dat de partij die niet aan de in 1. uitgesproken hoofdveroordeling voldoet, jegens de andere partij een dwangsom verbeurt van € 5.000,00 voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij niet aan de genoemde hoofdveroordeling voldoet, tot een maximum van € 100.000,00 is bereikt,

3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

4. compenseert de kosten van deze procedure tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

1. Over persoonlijkheidsrechten wordt met enige regelmaat geprocedeerd. Bekend uit het verleden zijn o.a. de uitspraken over de Stadsschouwburg Groningen (2004)¹ en het Wavin-kantoor te Zwolle (2004).² De onderhavige procedure is uitvloeisel van een conflict tussen de Gemeente Assen en de kunstenaar Daan Roosegaarde over de belichting van het lichtkunstwerk Sensor Valley 8.0. Het kunstwerk bestaat uit een samenstelling van 15 pilaren die met behulp van draadloze communicatieapparatuur een bepaald visueel effect tot stand brengt.

2. De gemeente zag zich na plaatsing van het kunstwerk geconfronteerd met meerdere valpartijen "waarbij ernstig letsel viel te betreuren" ten gevolge van de – in de ogen van de Gemeente – onderbelichting van het kunstwerk. Tevens was het kunstwerk erg populair bij plaatselijke hangjongeren, ongetwijfeld door het hoge privacy niveau dat geboden werd door de schaarse verlichting. Zonder de kunstenaar vooraf in te 'lichten' schakelt de Gemeente 's-avonds en 's-nachts een aantal lichtspotjes in die zijn geplaatst bij de ingang van het ernaast gelegen gebouw, om zodoende met name de trappen beter zichtbaar te maken.

3. De kunstenaar is hier niet van gediend en vordert een verbod op basis van art. 25 lid 1 Aw sub c (wijziging) en sub d (aantasting/verminking). De gemeente vordert in reconventie dat de kunstenaar zijn verplichtingen uit de tussen partijen gesloten overeenkomst nakomt, in het bij-

zonder door de verlichting van het kunstwerk zodanig aan te passen dat er niet langer sprake is van een onveilige en gevaarzettende situatie. De voorzieningenrechter oordeelt (r.o. 5.2) dat de gemeente inbreuk heeft gemaakt "op het auteursrecht (...) dan wel op de persoonlijkheidsrechten" van de kunstenaar.

4. Dit vonnis bevat een aantal opvallende overwegingen. De eerste vraag die men kan stellen is, hoe de gemeente afgezien van de inbreuk in de zin van art. 25 Aw, inbreuk kan maken op het auteursrecht. De kunstenaar had betoogd dat sprake is van een openbaarmaking van het lichtkunstwerk door het inschakelen van de (extra) luifelverlichting door de gemeente. Waar het kunstwerk oorspronkelijk met toestemming van de kunstenaar door de gemeente is openbaargemaakt, door het voor het publiek toegankelijk te maken, zou nu door het bijplaatsen van spotjes sprake zijn van openbaarmaking zonder toestemming van de kunstenaar, wat inbreuk op het auteursrecht oplevert (ik neem aan dat wordt bedoeld op art. 12 Aw). Sluit de toepasselijkheid van art. 25 Aw en het feit dat sprake is van een uniek kunstwerk dat inmiddels met toestemming is openbaargemaakt, niet een beroep op art. 12 Aw uit? Of kan de kunstenaar stellen dat de toestemming tot openbaarmaking, door het inschakelen van de spotjes, is komen te ontvallen? Zo ja, zou dan de gemeente zich vervolgens op art. 23 Aw kunnen beroepen met de stelling dat deze openbaarmaking van het kunstwerk toch wel is toegestaan nu het "noodzakelijk is voor openbare tentoonstelling" van het werk? En zou dan de kunstenaar hier vervolgens weer op kunnen reageren dat art. 23 Aw niet van toepassing is nu partijen "anders [zijn] overeengekomen"? Veel vragen die helaas niet aan de orde komen in deze procedure.

5. De voorzieningenrechter laat in het midden op welke grond sprake is van inbreuk op de persoonlijkheidsrechten: onder sub c (wijziging) of sub d (aantasting/verminking). Nu zijn dit ook overlappende categorieën; een wijziging in een werk kan vaak ook een aantasting of verminking opleveren. Toch heeft de wetgever, in het voetspoor van de Berner Conventie, niet voor niets een onderscheid gemaakt. Het is dan ook jammer dat in de rechtspraak dit onderscheid niet altijd duidelijk wordt onderkend, zoals in het onderhavige geval.

6. Sub c (wijziging van het werk) stelt als criterium dat het verzet van de maker redelijk dient te zijn. Dit criterium biedt de rechter de mogelijkheid om een belangenafweging te maken. Toetsing van dit criterium wordt nog wel eens overgeslagen in de jurisprudentie. In de onderhavige zaak wordt het element '(on)redelijkheid van het verzet' wel expliciet genoemd (in r.o. 5.2), maar lijkt dit element vervolgens niet beoordeeld te worden door de voorzieningenrechter. Lijkt, zeg ik bewust, omdat uit het vervolg opgemaakt kan worden dat de rechter het verzet uiteindelijk niet redelijk acht. Dat lijkt te volgen uit de redenering in r.o. 5.6 dat "(...) door beide partijen niet (geheel) is voldaan aan de tussen hen gesloten overeenkomst. De voorzieningenrechter is daarom van oordeel, dat [de primaire vorderingen van beide partijen] (...) niet toewijsbaar zijn." Het niet-nakomen van de overeenkomst doet niet af aan het oordeel dat er sprake is

¹ Rb. Groningen (vzr.) 10 sep 2004, NJF 545 (Stadsschouwburg Groningen).
² HR 6 februari 2004, IER 2004, 19 (Jelles/Gemeente Zwolle).

van inbreuk (r.o. 5.2), maar leidt de voorzieningenrechter er dus wel toe de primaire vorderingen af te wijzen (zie daarover hieronder, nr. 12 e.v.).

7. Vorderingen gebaseerd op de grondslag sub c (wijziging van het werk) zijn in het verleden nog wel eens gestrand omdat een fysieke wijziging in het werk niet aanwezig werd geacht. Zo oordeelde het Hof den Haag in de *De La Haye/Shell* zaak (1999)³ dat bij een auteursrechtelijk beschermd werk dat zich in een stoffelijke vorm manifesteert (een benzinepomp) van wijziging in het werk en misvorming en vermindering van het werk slechts sprake kan zijn indien een fysieke verandering is aangebracht in de belichaming van het werk. Ook in de bovengenoemde procedure over de Stadsschouwburg Groningen, oordeelde de Groningse voorzieningenrechter dat de kunstenaar zich niet op sub c (wijziging) kon beroepen daar er slechts sprake was van een wijziging in de omgeving, maar niet in het kunstwerk zelf. De kunstenaar had betoogd dat de voorgenomen 'moderne' kleuren op de wanden en deuren van de Stadsschouwburg, 'desastreus' gevolgen had voor de door haar gemaakte plafondschildering. De voorzieningenrechter zag wel in dat de omgeving mede bepalend was geweest voor de kleurstelling van het kunstwerk, maar dat dit nog niet betekent dat bij wijziging van de omgeving sprake is van wijziging van het werk.

8. In een geschil waarbij een fontein werd geplaatst nabij het kunstwerk van de kunstenaar, werd echter door het hof Den Bosch in de *Gemeente Eijsden/Devens* zaak (1993) wel een wijziging van het werk aangenomen, nu deze fontein afbreuk deed aan het ruimtelijk effect van het kunstwerk.⁴ Het Hof oordeelde overigens in die casus dat er eerder sprake was van een aantasting dan van een wijziging; "wijziging veronderstelt een concrete aanduiding daarvan [van de wijziging dus, RdV], die in dit geval naar het voorlopig oordeel van het hof niet gegeven kan worden" (r.o. 4.10).

9. De discussie omtrent een fysieke verandering in het werk speelt niet – althans in aanzienlijk mindere mate –, bij categorie sub d (aantasting). In de bovengenoemde Stadsschouwburg Groningen zaak overwoog de voorzieningenrechter dat er wél sprake was van een aantasting van het werk omdat dit kunstwerk in belangrijke mate betekenis ontleende aan de omgeving. Daarbij werd verwezen naar de wetsgeschiedenis waarin staat vermeld dat niet is vereist dat in het stoffelijk werk zelf iets veranderd is.

10. Een verandering in de omgeving van het werk kan dus in veel gevallen tot inbreuk op het persoonlijkheidsrecht leiden, met name op basis van sub d (aantasting). Naast de genoemde Stadsschouwburg Groningen en Gemeente Eijsden/Devens procedures, werd ook het ophangen van straatkunst (beschilderde doeken) op de palen van een lichtkunstwerk als wijziging en aantasting van dit werk beschouwd.⁵ Evenzo het verplaatsen van een (oorlogs)kunstwerk zodat de daarop aanwezige zonnwijzer (door de ge-

wijzigde positie van het kunstwerk ten opzichte van de zon) minder goed werkt.⁶

11. Als we deze jurisprudentie bezien is het niet verrassend dat in het onderhavige geval de voorzieningenrechter het bijplaatsen van spots als inbreuk op het persoonlijkheidsrecht sub (d) van de kunstenaar betitelt. Het lichtkunstwerk Sensor Valley 8.0 is een artistiek werk dat zich voornamelijk blijkt te onderscheiden door de visuele effecten die worden beïnvloed door de omgeving. Overigens zou goed betoogd kunnen worden dat door het bijplaatsen van de spots, er zelfs een fysieke verandering is aangebracht in de belichaming van het lichtkunstwerk.

12. Wat wel vraagtekens oproept, is het dictum. Hoewel inbreuk op het persoonlijkheidsrecht wordt aangenomen worden de verbods- en nakomingsvorderingen van de architect afgewezen. In plaats daarvan treft de voorzieningenrechter een ordemaatregel, nu volgens de rechter beide partijen verzaakt hebben in de naleving van de tussen partijen gesloten overeenkomst. De maatregel bestaat eruit dat partijen 'jegens elkaar medewerking' dienen te verlenen, op straffe van een dwangsom, bij het aanpassen van de belichting in een mate die tegemoetkomt aan de belangen van beide partijen. In feite beveelt de voorzieningenrechter partijen dus samen tot een oplossing te komen.

13. Kan dit wel? Gaat de voorzieningenrechter hier niet het (wet)boekje te buiten? De hoofdregel ex art. 3:296 BW is immers dat wie volgens de wet ergens recht op heeft (lees: de partij wiens persoonlijkheidsrechten worden geschonden), dat ook bij de rechter dient te krijgen. Dit voorschrift geldt echter niet (onverkort) in kort geding en brengt dan ook niet mee dat de voorzieningenrechter zijn vrijheid verliest van een bevel of verbod af te zien op grond van een belangenafweging, bijvoorbeeld omdat naar zijn oordeel aan de belangen van de eiser voorlopig voldoende op een andere wijze is of kan worden tegemoetgekomen. In kort geding is de speelruimte voor de voorzieningenrechter die er niet voor voelt de gevorderde voorziening te treffen, dus vrij groot. De aard van het kort geding brengt immers mee, dat toewijzing van een verbod 'afhankelijk is van een belangenafweging waarbij onder meer enerzijds het voorlopige karakter van het rechterlijk oordeel in kort geding en de ingrijpendheid van de gevolgen van een eventueel verbod voor de verweerder in aanmerking dienen te worden genomen en anderzijds de omvang van de schade die, mede in verband met de vrees voor herhaling, voor de eiser dreigt, indien een verbod zou uitblijven'.⁷ Desondanks dient de voorzieningenrechter zich in beginsel wel te richten naar het te verwachten oordeel van de rechter in de bodemprocedure zodat een toewijzing van het gevraagde verbod voor de hand ligt indien de voorzieningenrechter de gedragingen onrechtmatig oordeelt en een spoedeisend belang aanwezig acht.

14. Ook bij persoonlijkheidsrechtzaken wordt regelmatig de vordering van de kunstenaar afgewezen hoewel inbreuk is aangenomen. Dit was o.a. het geval in het eer-

3 Hof 's-Gravenhage 11 november 1999, AMI 2000, p. 15, r.o. 3.1 (*De La Haye/Shell*).

4 Hof 's-Hertogenbosch 24 feb 1993, AMI 1994, 116, NJ 1993/140 (*Gemeente Eijsden/Devens*).

5 Rb. Rotterdam (vzr.) 10 september 1998, IER 1999,3 (*Strucken/NAI*).

6 Rb. Almelo 25 jun 2008, ECLI:NL:RBALM:2008:BG5094 (*kunstenaar/gemeente Dinkelland*).

7 HR 15 december 1995, NJ 1996/509 (*Procter&Gamble/Kimberly Clark*).

dergenoemde vonnis van de Rechtbank Almelo omtrent het oorlogskunstwerk en in het *Caris/EON* vonnis van de Rechtbank Den Haag (2004),⁸ waarbij een beschadigd kunstwerk buiten de kunstenaar om was hersteld. In deze zaken werd enkel een vordering tot schadevergoeding toegewezen. De onderhavige oplossing van gedwongen samenwerking vind ik creatief⁹ – en wellicht ook dapper – maar de vraag is of de voorzieningenrechter hier niet iets te ruim gebruik maakt van zijn discretionaire bevoegdheid, zeker op het punt van de dwangsommen. Dwangsommen verbinden aan het niet deugdelijk meewerken aan een oplossing brengt een risico tot het ontstaan van executiegeschillen met zich mee.

15. Naar verluidt heeft de gemeente in overleg met de kunstenaar inmiddels een projectgroep ingesteld met deelnemers van beide partijen om zodoende uitvoering te geven aan het bevel van de voorzieningenrechter. Hopelijk gaat dit lukken en wordt het eind goed, al goed.

R.W. de Vrey