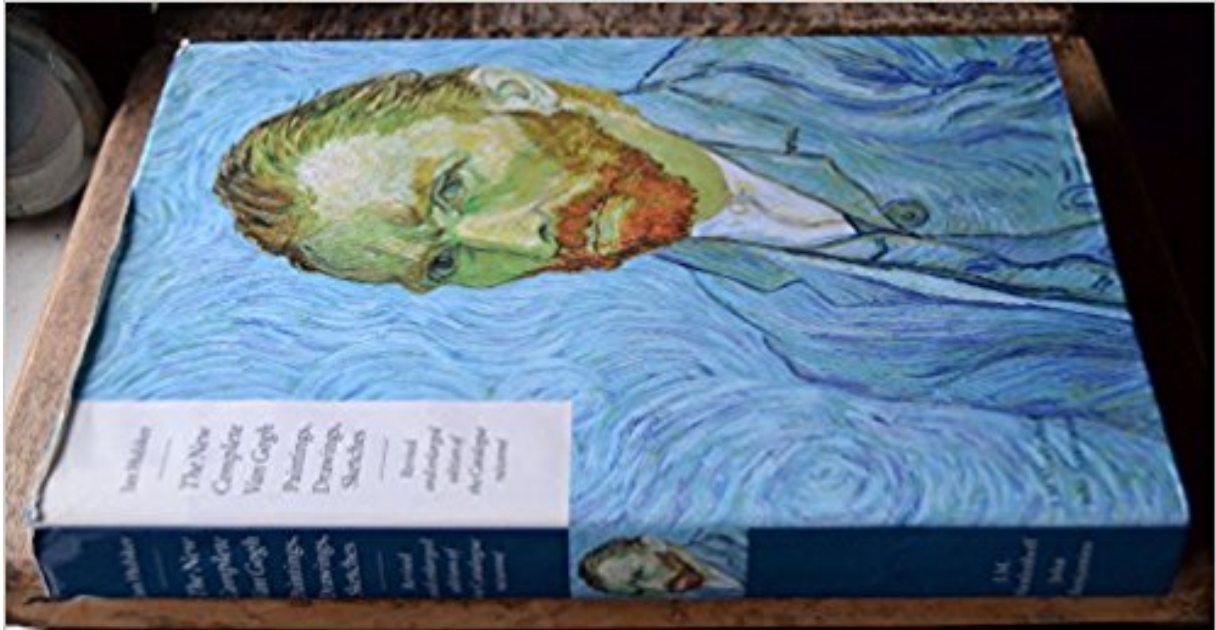


Tussen kunst en recht



Een rechtsvergelijkend onderzoek tussen Nederland en de Verenigde Staten met
betrekking tot de aansprakelijkheid bij onjuist toegeschreven kunst in een
oeuvrecatalogus

Juliette Uyldert

11120975

Masterscriptie privaatrecht

Begeleiders: dhr. dr. R.J.Q. Klomp & dhr. prof. dr. A.F. Salomons

UvA

2017

Inhoudsopgave

Inleiding	blz. 3
Hoofdstuk 1 De oeuvrecatalogus	blz. 4
1.1 Definitie oeuvrecatalogus	blz. 4
1.2 Samenstelling oeuvrecatalogus	blz. 5
1.2.1 Provenance	blz. 6
1.3 Wie kan een oeuvrecatalogus samenstellen?	blz. 6
1.3.1 Droit moral	blz. 7
1.3.2. Authenticiteit commissies	blz. 8
1.4 Waarde van een oeuvrecatalogus	blz. 9
1.5 De levende kunstenaar	blz. 9
Hoofdstuk 2 Aansprakelijkheid en bescherming naar Amerikaans recht	blz. 10
2.1 Onjuiste toeschrijving	blz. 10
2.2 Aansprakelijk samensteller oeuvrecatalogus	blz. 10
2.2.1 Mening	blz. 11
2.2.2 Garantie	blz. 12
2.3 Gronden voor aansprakelijkheid	blz. 12
2.3.1 Defamation	blz. 13
2.3.2 Desparagement	blz. 13
2.3.3 Negligent mistatement	blz. 15
2.4 Bescherming tegen aansprakelijkheid	blz. 18

2.5 Tussenconclusie	blz. 22
Hoofdstuk 3 Aansprakelijkheid en bescherming naar Nederlands recht	blz. 23
3.1 Grond voor aansprakelijkheid	blz. 23
3.1.1. Onrechtmatige daad	blz. 24
3.2 Nederlandse rechtspraak	blz. 28
3.3 Bescherming tegen aansprakelijkheid	blz. 28
3.3.1 Verzekering	blz. 28
3.3.2. Exoneratieclausule v. disclaimer	blz. 30
3.3 Tussenconclusie	blz. 31
Hoofdstuk 4 Haken en ogen & verbeterpunten	blz. 32
4.1 Verbeterpunten omtrent aansprakelijkheid en bescherming van kunstexperts	blz. 32
4.1.1 Verbeterpunten omtrent aansprakelijkheid	blz. 32
4.1.2 Verbeterpunten omtrent bescherming	blz. 34
4.2 Is een uniforme regelgeving wenselijk?	blz. 34
Conclusie	blz. 36
Literatuurlijst	blz. 39
Jurisprudentielijst	blz. 41
Regelgeving	blz. 42

Inleiding

Deze scriptie houdt het onderzoek in naar de aansprakelijkheid van een samensteller van een oeuvrecatalogus. Ik zal dit onderzoeken aan de hand van de volgende vraag:

Op welke punten verschilt het Nederlands recht met dat van de Verenigde Staten van Amerika (“de Verenigde Staten”) op het gebied van de aansprakelijkheid van een samensteller van een oeuvrecatalogus voor een onjuist toegeschreven of niet opgenomen werk? Is een uniforme regelgeving wenselijk?

Het betreft een rechtsvergelijkend onderzoek tussen het Nederlands recht en de algemene rechtsbeginselen die gelden in het Amerikaanse recht.

Mijn onderzoeksvraag zal ik beantwoorden aan de hand van een aantal deelvragen. In het eerste hoofdstuk zal ik onder andere bespreken wat een oeuvrecatalogus is en hoe deze wordt samengesteld. In het tweede hoofdstuk zal ik behandelen hoe de aansprakelijkheid van een samensteller van een oeuvrecatalogus in het algemeen naar Amerikaans recht is geregeld. In dit hoofdstuk zal ik ook bespreken op welke manier een samensteller van een oeuvrecatalogus zich kan beschermen tegen aansprakelijkheid. Het derde hoofdstuk beschrijft de aansprakelijkheid van een samensteller van een oeuvrecatalogus naar Nederlands geldend recht aan bod. In dit hoofdstuk zal ik tevens behandelen op welke manier een samensteller zich zal kunnen beschermen tegen aansprakelijkheid. In het vierde en laatste hoofdstuk zal ik de verbeterpunten voor het Nederlands rechtstelsel op dit gebied analyseren. In de conclusie zal ik de onderzoeksvraag beantwoorden.

Hoofdstuk 1

De oeuvrecatalogus

In dit eerste hoofdstuk zal ik de vraag beantwoorden wat een oeuvrecatalogus is. Het woord oeuvrecatalogus zegt al wat er mee bedoeld wordt, een catalogus van het oeuvre van een kunstenaar. Maar wat is de precieze definitie ervan? Door wie en hoe wordt een dergelijke catalogus samengesteld? Aan welke eisen moet een dergelijke catalogus voldoen om van een oeuvrecatalogus te mogen spreken? Tenslotte zal ik behandelen in hoeverre een oeuvrecatalogus leidend is bij het aankopen van een kunstwerk.

1.1 Definitie oeuvrecatalogus

Een oeuvrecatalogus wordt in de kunstwereld ook wel aangeduid als een ‘catalogue raisonné’. Er zijn verschillende definities te vinden van een oeuvrecatalogus. De Oxford English Dictionary spreekt van “*a descriptive catalogue of works of art with explanations and comments*”.¹ Echter, zoals direct opvalt mist deze definitie een directe verwijzing naar de oeuvrecatalogus van een kunstenaar.² De groep van internationale kunstexperts achter Authentication in Art (hierna kortweg AiA genoemd) definieert een oeuvrecatalogus als “*een kritische catalogus van het complete, bekende oeuvre van een enkele kunstenaar of een duidelijk omschreven gedeelte daarvan*”.³ In deze definitie komt het aspect van de kunstenaar duidelijk naar voren. Naar mijn idee geeft Lindsey Lovern in haar scriptie nog de meest uitgebreide definitie: “*een uitputtende en methodische compilatie van het oeuvre van een kunstenaar - of een deel daarvan - ingegeven door medium (term om het materiaal en de grondstoffen aan te duiden die door de kunstenaar voor het vervaardigen van het kunstwerk zijn gebruikt) , datum van creatie of onderwerp. Het bevat informatie betreffende de fysieke toeschrijving en de geschiedenis van de opgenomen werken en is in het algemeen aangevuld met essays die de biografie en de stijl van de kunstenaar schetsen*”.⁴

¹ Soanes en Stevenson 2008, p. 22

² Lovern 2012, p. 4

³ ‘Guidelines for compiling a catalogue raisonné’, AiA, 9 mei 2014, www.authenticationinart.org

⁴ Lovern 2012, p. 5

1.2 Samenstelling oeuvrecatalogus

Alvorens in te gaan op hoe een oeuvrecatalogus wordt samengesteld, moet Jonathan Franklin genoemd worden. Volgens hem zijn er drie karakteristieken die inherent zijn aan een oeuvrecatalogus: volgorde, detail en geloofwaardigheid.⁵ Volgorde is het belangrijkste van de genoemde karakteristieken. Kunstwerken van één kunstenaar kunnen op basis van verschillende volgorden samengesteld worden, bijvoorbeeld op alfabet of naar datum. Het tweede element dat van belang is, is detail. De basisdetails die in beginsel vermeld worden zijn datum, titel en een korte beschrijving van het kunstwerk. Daarnaast kan er uiteraard nog specifiekere informatie worden opgenomen, zoals dimensies van het werk en korte rapportages betreffende de conditie van het werk.⁶

Ondanks dat de oeuvrecatalogus een langzame en constante evolutie heeft ondergaan, heeft de grootste verandering plaatsgevonden vanaf het midden van de 20^e eeuw. De drastische groei van de kunstmarkt en het toegenomen onderzoek naar kunst in het algemeen hebben ervoor gezorgd dat er uitgebreide en gezaghebbende oeuvrecatalogi nodig zijn.⁷ In de huidige kunstwereld wordt een oeuvrecatalogus alleen dan als gezaghebbend gezien als het zeer gedetailleerde informatie over zowel de kunstenaar als zijn werken bevat.⁸

Waar in de 18^e eeuw de catalogus nog was gebaseerd op de collectie of op de verkoop, zijn de catalogi geproduceerd vanaf het midden van de 20^e en 21^e eeuw gebaseerd op de kunstenaar.⁹ Het samenstellen van een oeuvrecatalogus is geen gemakkelijke klus en vergt veel onderzoek. De huidige oeuvrecatalogi bevatten informatie over de kunstenaar, de individuele werken en werken waarvan de authenticiteit twijfelachtig is, denk aan valse en nagemaakte kunstwerken.¹⁰

Wat wordt verstaan onder de informatie over de kunstenaar? We hebben het dan over biografische gegevens, wetenschappelijke essays en lijsten met bekende handtekeningen, inscripties en monogrammen van de kunstenaar. Op basis van dergelijke informatie wordt de catalogus aangevuld met de biografie en de stijl van de kunstenaar.

Naast informatie over de kunstenaar worden uiteraard ook individuele werken opgenomen in de catalogus.

⁵ Lovern 2012, p. 9

⁶ Lovern 2012, p. 10

⁷ Lovern 2012, p. 12

⁸ Lovern 2012, p. 10

⁹ Lovern 2012, p. 4

¹⁰ Lovern 2012, p. 5

Bij elke werk apart wordt een aantal gegevens opgenomen:

- titel en de variaties erop
- dimensies
- datum
- medium
- herkomst (provenance)
- tentoonstellingsgeschiedenis
- bibliografische gegevens van aan het werk gerelateerde literatuur
- conditie
- kritische beoordelingen
- volledige omschrijving
- nummer in de catalogus
- reproducties¹¹

Het onderzoek naar deze punten zal - al dan niet - tot de authenticiteit van het werk moeten leiden. Immers alleen dan is een kunstwerk authentiek als het werkelijk afkomstig is van de kunstenaar aan wie het wordt toegeschreven (volgens Van Dale).¹² Zoals opvalt, zien we hier duidelijk de drie karakteristieken van Jonathan Franklin terug.

1.2.1 Provenance

Het aspect provenance neemt een belangrijke plek in bij het onderzoek naar de authenticiteit van kunstwerken en dient daarom kort nader besproken te worden. Provenance betekent letterlijk herkomst en draait om de keten van eigenaren. Dit houdt in dat er een zoektocht zal plaatsvinden naar de vorige eigena(a)r(en) en/of de plaatsen waar het kunstwerk tentoongesteld is. Het onderzoeken van de provenance van kunstwerken is “een niche onder kunsthistorici en heeft privaatrechtelijk vooral relevantie voor zover bewijs dient te worden geleverd van de eigendom van een kunstobject”.¹³

1.3 Wie kan een oeuvrecatalogus samenstellen?

In beginsel kan iedereen een oeuvrecatalogus samenstellen. Echter, zoals blijkt uit de voorgaande paragraaf zal een samensteller wel enige kennis en kunde moeten bezitten over

¹¹ Lovern 2012, p. 5

¹² Geerts en Heestermans 1992, p. 228-229

¹³ Ancery, *MvV* 2016, p. 289-295

kunst en in het bijzonder die van de desbetreffende kunstenaar wil hij een catalogus kunnen samenstellen. De meeste personen die kunst authentiek verklaren zullen een graad in kunstgeschiedenis, museologie of kunstwetenschap hebben. Daarnaast is ook werkervaring in de desbetreffende branche gangbaar, zoals curator in een museum, hoogleraar in de kunst of veilingmeester. Ook veelvoorkomend zijn eerdere publicaties, lidmaatschap van een professionele organisatie en eerdere ervaring met authenticatie van kunst.¹⁴ De samensteller van een oeuvrecatalogus wordt dan ook wel een authenticatie expert (of kunstexpert) genoemd.

Uiteraard is de kunstenaar zelf, die (nog) leeft, de meest gekwalificeerde authenticiteitsexpert van zijn werk. Daarna is de meest voor de hand liggende authenticiteitsexpert een dealer van de kunstenaar, zeker als deze een lange en exclusieve relatie met de kunstenaar heeft gehad. Zo geschiedde bijvoorbeeld dat de getuigenis (betreffende de authenticiteit van een kunstwerk van Andy Warhol) van Ivan C. Karp, die Warhol vele jaren vertegenwoordigde en veel kennis van zijn werk had, door de rechtbank als rechtens juist werd aangemerkt. Vermeld dient te worden dat dealers, naast dat ze het werk van de kunstenaar goed kennen, de verkoopcijfers en andere informatie en documentatie aangaande de provenance vaak tot hun beschikking hebben.¹⁵

1.3.1 Droit moral

Een kort uitstapje moet gemaakt worden naar de doctrine van '*droit moral*'. Dit begrip kan ook een rol spelen in het kader van de authenticiteit van een kunstwerk. *Droit moral* betekent vrij vertaald moreel recht. Dit recht geeft een kunstenaar een zekere bescherming ten aanzien van zijn werk(en). Onder dit recht valt het recht om een werk terug te trekken ingeval van aantasting of wijziging van zijn werk en het recht op vaderschap. Met dit laatste wordt bedoeld het recht om zijn naam, de naam van de kunstenaar, te associëren met het werk. Indien de kunstenaar overlijdt kan hij in zijn recht worden opgevolgd door degene die daartoe bij testament van de kunstenaar is aangewezen. Het zal vaak voorkomen dat de erfgenaam het recht claimt om een werk van de overleden kunstenaar te authenticeren. Een dergelijke mening kan van grote invloed zijn op de kunstmarkt. De mening van deze 'expert' wordt alleen dan als zodanig aangemerkt indien zijn kwalificaties en argumenten goed zijn. Factoren die daarbij in aanmerking worden genomen zijn onder andere de ervaring en training die hij

¹⁴ Levy 2000, p. 841

¹⁵ Levy 2000, p. 843

bezit, of hij het kunstwerk heeft onderzocht en of er misschien een financieel belang meespeelt.¹⁶

1.3.2. Authenticiteit commissies

Naast de hierboven genoemde personen bestaan ook vele authenticiteit commissies om de authenticiteit van een werk van een bepaalde kunstenaar te beoordelen. Voorbeelden hiervan zijn het Comite Picasso en de Andy Warhol Art Authentication Board (destijds in samenwerking met de Andy Warhol Foundation for the Visual Arts opgericht). De weigering van een dergelijk commissie om een werk op authenticiteit te onderzoeken of de afwijzing van de authenticiteit van een werk, kan met zich brengen dat een werk onverkoopbaar is op grote veilingen of in galeries. Net zoals dat voor individuele kunstexperts geldt, hangt de waarde van hun meningen af van de kwalificaties, ervaring en redeneringen van de leden van de commissie.¹⁷

Een authenticiteit commissie kan om verschillende redenen ophouden te bestaan. Het Comite Picasso hield op te bestaan toen de dochter van Picasso aangaf niet langer te willen meewerken.¹⁸ De Andy Warhol Art Authentication Board hield na zestien jaar om een andere reden op te bestaan. In de periode dat de organisatie actief was, is zij meer dan tien keer voor de rechter gesleept. Ondanks dat zij alle processen won, wogen de kosten van al die procedures niet op tegen de behaalde overwinningen. Uiteindelijk werd besloten dat het geld dat men aan de processen kwijt was beter aan kunstenaars dan aan advocaten kon worden besteed.

Behalve het onderzoeken van de authenticiteit van een kunstwerk heeft een groot aantal commissies ook een oeuvrecatalogus uitgebracht. De Andy Warhol Foundation for the Visual Arts heeft reeds in vier delen ('volumes') de werken van Andy Warhol gepresenteerd, aan het vijfde deel wordt momenteel gewerkt.¹⁹

In het vervolg van mijn scriptie wordt onder kunstexperts en authenticiteit commissies mede verstaan de samensteller(s) van een oeuvrecatalogus.

¹⁶ Levy 2000, p. 844

¹⁷ Levy 2000, p. 845

¹⁸ Levy 2000, p. 845

¹⁹ 'Paintings, sculptures, and drawings', *The Andy Warhol Foundation for the Visual Arts*, 19 juni 2017, [www.warholfoundation.org](http://warholfoundation.org) <http://warholfoundation.org/legacy/raisonne.html>

1.4 Waarde van een oeuvrecatalogus

Zoals hiervoor reeds gezegd, wordt een oeuvrecatalogus pas als gezaghebbend aangemerkt als daarin zeer gedetailleerde informatie over zowel de kunstenaar als over zijn werken is opgenomen. Door de eeuwen heen zijn de oeuvrecatalogi steeds uitgebreider en gedetailleerder geworden. De meest betrouwbare catalogi van het huidige tijdperk dienen als een handboek voor kenners, wetenschappers, conservatoren, dealers en kopers en verkopers. Vaak worden ze aangemerkt als vaste hulpbron bij het bepalen van de echt- of valsheid en de waarde van een kunstwerk.²⁰ We kunnen dus wel stellen dat een oeuvrecatalogus een leidende rol kan spelen.

1.5 De levende kunstenaar

In het kader van deze scriptie ga ik uit van de situatie dat ten tijde van het authenticiseren van kunstwerken de kunstenaar is overleden. Dan komt namelijk de problematiek van een onjuist geauthentiseerd kunstwerk naar voren. Echter, het komt natuurlijk voor dat een kunstenaar (nog) in leven is als een oeuvrecatalogus van zijn werken wordt samengesteld. Voorbeelden hiervan zijn Pablo Picasso en Andy Warhol. Dit heeft als voordeel dat er weinig tot geen problemen rond de vaststelling van de authenticiteit zullen plaatsvinden. Immers kan bijvoorbeeld de historische context van een werk of serie door de kunstenaar zelf nog worden geraadpleegd.

²⁰ Lovern 2012, p.12

Hoofdstuk 2

Aansprakelijkheid en bescherming naar Amerikaans recht

In het vorige hoofdstuk heb ik uiteengezet wat een oeuvrecatalogus is en hoe en door wie deze wordt samengesteld. In dit hoofdstuk zal ik onderzoeken of een samensteller van een catalogus naar Amerikaans recht aansprakelijk kan worden gesteld ingeval van onjuiste toeschrijving van een kunstwerk. Daarnaast zal ik analyseren hoe een samensteller zich kan beschermen tegen dergelijke aansprakelijkheid. Ter afsluiting van het hoofdstuk zal ik disclaimers nader onder de loep nemen. Ik zal afsluiten met een tussenconclusie.

2.1 Onjuiste toeschrijving

In abstracto zou een kunstwerk (dat in een oeuvrecatalogus is opgenomen) een gebrek kunnen hebben. Het kunstwerk kan onjuist toegeschreven zijn, namaak, een replica, een kopie, of een pastiche (letterlijk vertaald: nabootsing) zijn. Dergelijke werken, en zeker pastiches, zijn soms moeilijk van het origineel te onderscheiden. De schrijvers van het boek *Art & Law*, onder wie Bert Demarsin en Eltjo Schrage, verwoorden dit gepast met de woorden “*the grey zone between genuine and fake is an area bristling with terminological pitfalls*” (De grijze zone tussen echt en vals is een borstelig gebied met terminologische valkuilen).²¹

Wat houdt onjuiste toeschrijving in? Onjuiste toeschrijving betekent dat het werk an sich een echt kunstwerk is, maar dat het werk toegeschreven is aan een andere kunstenaar.²² Zoals ook al blijkt uit het vorige hoofdstuk is het bewijzen van de authenticiteit van een kunstwerk, en dus het toeschrijven, geen makkelijke opgave. De authenticiteit van een kunstwerk is afhankelijk van de juistheid van de toeschrijving.²³ Net zo moeilijk als het juist toeschrijven voor een samensteller is, is het hem met succes aansprakelijk te stellen voor schade (in de zin van waardeverlies) in geval van een onjuiste toeschrijving.

2.2 Aansprakelijkheid samensteller oeuvrecatalogus

Er kan zich een aantal situaties voordoen waarin een eigenaar van een kunstwerk de samensteller van een oeuvrecatalogus zal aanspreken. Een voorbeeld hiervan is een koper die

²¹ Demarsin e.a. 2008, p. 562

²² Reeves 2000, p. 475

²³ Demarsin 2009, p. 49

op basis van een oeuvrecatalogus een kunstwerk koopt dat achteraf onjuist blijkt te zijn toegeschreven. Kan de samensteller van de catalogus dan door deze koper/eigenaar met succes worden aangesproken? Ik moet hieraan toevoegen dat dit een exceptionele situatie is, daar in het algemeen een deel in de catalogus is voorbehouden aan werken van de kunstenaar die niet met zekerheid aan hem kunnen worden toegeschreven. Tevens worden daarin de redenen aangegeven waarom een bepaald werk niet aan de kunstenaar kan worden toegeschreven.²⁴ Desalniettemin kan het geval zich voordoen en is het daarom het onderzoeken waard. Een ander voorbeeld is het geval waarin een eigenaar een authentiek kunstwerk heeft, maar het in een nieuwe catalogus niet wordt opgenomen. De eigenaar krijgt daardoor zijn kunstwerk niet verkocht. Kan hij de samensteller van de oeuvrecatalogus aanspreken? In paragraaf 2.3 zal ik hier dieper op ingaan.

Voorop gesteld dient te worden dat van een contractuele relatie in de onderhavige gevallen geen sprake is. Dit maakt de situaties zeer complex.

2.2.1 Mening

De mening van een kunstexpert vormt vaak de basis voor een (koop)overeenkomst. Bij het beoordelen van de authenticiteit is het van het grootste belang dat de kunstexpert niet dan na grondig voorafgaand onderzoek zijn mening verkondigt. Een spraakmakend arrest op dit gebied, gewezen door de Supreme Court van New York, is dat van *Hahn v. Duveen* uit 1929. De zaak ging over het eerste kunstwerk van Leonardo Da Vinci dat in de Verenigde Staten beland was, *Le Belle Ferroniere*. Mevrouw Hahn, de eigenaresse van het kunstwerk, wilde het graag verkopen en had onderhandelingen lopen met het Kansas City Museum. De heer Duveen, een invloedrijke kunsthandelaar, mengde zich ongevraagd in de zaak en spuide zijn mening zonder het werk zelfs maar bekeken te hebben. Hij verklaarde aan een krant dat het niet het originele kunstwerk betrof, want dat bevond zich in het Louvre te Parijs. Gevolg hiervan was dat het kunstwerk van mevrouw Hahn onverkoopbaar was geworden. Mevrouw Hahn liet het er echter niet bij zitten en sleepte de heer Duveen voor de rechter. Deze oordeelde dat de vrijheid van meningsuiting van een expert grenzen kent, door te stellen dat de expert een zorg(vuldigheids)plicht heeft. Een mening te kwader trouw gevormd, is niet zorgvuldig gevormd. Duveen die vreesde voor een veroordeling, schikte voor 60.000 dollar. De les die uit deze zaak kan worden getrokken is duidelijk: niet zomaar je mening geven,

²⁴Demarsin 2009, p. 122

want dat kan gevaarlijk zijn.²⁵ Sinds deze zaak zijn kunstexperts op hun hoede. Een mening die te kwader trouw is gevormd, zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid.²⁶ Voor een mening betreffende de authenticiteit van een kunstwerk is het moeilijk iemand aansprakelijk te stellen, zeker als die op een redelijke en zorgvuldige wijze is geuit. Impliciet volgt uit het arrest Hahn v. Duveen dat in dat geval de expert niet aansprakelijk kan worden gehouden, ook niet als achteraf blijkt dat de geuite mening onjuist blijkt te zijn. De verweerder zal zich in dat geval beroepen op de *opinion-defence*. Deze bestaat eruit dat, ongeacht de grond voor aansprakelijkheid, de samensteller van de catalogus zich erop beroept dat hij met zijn oordeelsvorming een vrijblijvende mening heeft geuit, zonder zich ertoe te verbinden c.q. verbonden te hebben dat deze informatie op juistheid is gebaseerd.²⁷

2.2.2 Garantie

Naast het geven van een mening kan de samensteller ook een garantie geven. Een garantie voor de authenticiteit van een kunstwerk. Als een garantie is afgegeven is de kans klein dat een samensteller van een catalogus onder aansprakelijkheid uitkomt, mocht de garantie onjuist blijken. Tegenwoordig wordt, om aansprakelijkheid zoveel mogelijk uit te sluiten, authenticiteit echter niet gegarandeerd. Mocht zich het geval voordoen van onjuiste toeschrijving van een kunstwerk, dan wordt dat onder het kopje ‘mening’ geschoven. De samensteller neemt hiertoe dan ook vaak een clause in zijn de oeuvrecatalogus op waarin hij aansprakelijkheid uitsluit, de zogenoemde exoneratieclause (of disclaimer). In een later hoofdstuk kom ik hier nog over te spreken.

2.3 Gronden voor aansprakelijkheid

Demarsin onderscheidt de twee genoemde situaties in paragraaf 2.2 in twee typen aansprakelijkheidsvorderingen in geval van onjuiste toeschrijving in een oeuvrecatalogus, de transactionele – en de redactionele aansprakelijkheid. Het eerste type vordering is gebaseerd op de vorderingen naar aanleiding van een transactie. Dit type aansprakelijkheid zal zich dus voordoen bij de verkoop van een kunstwerk waarbij de koper en verkoper vertrouwen op de vermelding in een bestaande oeuvrecatalogus. De koper van een kunstwerk zegt schade te lijden omdat hij het kunstwerk kocht op basis van een bestaande oeuvrecatalogus, die naderhand niet de juiste informatie blijkt te bevatten.²⁸ Te betogen valt dat een

²⁵ New York Supreme Court 13 april 1929, *Hahn v. Duveen*, 234 N.Y.S. 185

²⁶ Demarsin 2009, p. 131

²⁷ Demarsin 2009, p. 128

²⁸ Demarsin 2009, p. 136-137

oeuvrecatalogus geen commercieel karakter heeft en de vraag rijst of een *duty of care* nageleefd zou moeten worden. Laura Anne Bandle betoogt daartoe: “*Any expert may not be held responsible for damage caused by certain factors which, according to the current state of scientific knowledge, might not have been recognisable even by means of a careful and conscientious examination*”.²⁹ Dit impliceert dat geen sprake is van een zware zorgplicht, immers kan men er vanuit gaan dat de samensteller de nodige zorgvuldigheid zal betrachten. Het is dan ook maar de vraag of onjuiste toeschrijvingen tot transactionele aansprakelijkheid kunnen leiden.

Het tweede type vordering betreft vorderingen van eigenaren van wie het kunstwerk niet is opgenomen in een nieuwe gepubliceerde oevrecatalogus, althans niet op de lijst van authentieke werken. De eigenaar van een kunstwerk beweert, omdat het kunstwerk niet is opgenomen of niet als authentiek is bestempeld, hierdoor schade te lijden. Van redactionele aansprakelijkheid is geen sprake indien de kritiek van de samensteller van de catalogus op de authenticiteit van een kunstwerk gefundeerd en omzichtig wordt geuit, ook al lijdt de eiser schade als gevolg daarvan.³⁰

2.3.1 Defamation

Het Amerikaanse recht kent een aantal typen *torts* (onrechtmatige daad), die elk gericht zijn op een bepaald (vermogens)belang. De klassieke kunstrecht *torts* zijn *defamation* en *disparagement*. *Defamation* is de schending van de persoonlijke reputatie van een individu.³¹ In het kader van mijn onderzoek is deze aansprakelijkheidsgrond niet interessant, maar dient ter volledigheid wel globaal behandeld te worden. Van *defamation* is sprake als de kunstexpert lasterlijke beweringen zou uiten jegens iemand die daardoor schade lijdt. Bewezen dient dus te worden dat de beweringen lasterlijk zijn en die beweringen moeten verwijzen naar eiser. Bovendien moet sprake zijn van kwaadwilligheid, publiciteit en schade.³² Een beroep op deze grond zal moeilijk slagen jegens een samensteller van een oevrecatalogus. Deze stelt de catalogus onafhankelijk samen en heeft niet de intentie de reputatie van een individu te schaden.

²⁹ Bandle 2016, p. 110

³⁰ Demarsin 2009, p. 136

³¹ Levy 2000, p. 875

³² Demarsin 2009, p. 141

2.3.2 Disparagement

Bij *disparagement* (ook wel *injurious falsehood* genoemd) is er, in tegenstelling tot *defamation*, sprake van een schending van *interest in property* van een persoon.³³ Demarsin legt dit nader uit: een vordering op deze grond is een vordering “*gebaseerd op het actuele verlies of de schade in hoofde van een eigenaar, die voortvloeit uit een onjuiste geringschattende verklaring die de kwaliteit of de authenticiteit van het eigendom betreft en zodoende leidt tot een prijsdevaluatie*”.³⁴ Deze grond kan dus worden ingeroepen in gevallen van de eerder genoemde redactionele aansprakelijkheid. In het arrest *Kirby v. Wildenstein* heeft de rechter duidelijk de vereisten voor een vordering op grond van “*disparagement*” uiteengezet: “*The phrase “product disparagement” refers to words or conduct tend to disparage or reflect negatively on the quality, condition or value of a product or property. In order to prevail on his claim of product disparagement, plaintiff must establish the following four elements: (1) the falsity of Wildenstein’s statements: (2) publication to a third person: (3) malice; and (4) special damages*”.³⁵

Duidelijk is dat er een zware bewijslast op de schouders van de eiser rust. Allereerst zal hij de valsheid van de verklaringen van de expert moeten aantonen. Met andere woorden: hij zal het ongelijk van de samensteller van de oevrecatalogus moeten bewijzen. Het zal een moeilijke opgave zijn tegen het oordeel van een expert in te gaan en de niet-authenticiteit van het kunstwerk te betwisten. De verweerder is niet geheel machteloos, hij kan zich nog verweren tegen dit element (zogenaamde *justification*). Hij moet dan bewijzen dat zijn geuite bewering overeenkomt met de waarheid. Het derde vereiste van kwaadwilligheid wordt daarmee irrelevant. Aan het tweede vereiste wordt in beginsel voldaan. Immers, een vordering ingesteld op grond van *disparagement* zal ingesteld worden indien een oevrecatalogus gepubliceerd is. Indien de verweerder geen *justification* kan geven, zal kwaad opzet aangetoond moeten worden. De vraag die dan rijst is of daadwerkelijk kwaad opzet moet worden bewezen of dat roekeloos gedrag ook volstaat. In het arrest *Gott v. Pulsifer* werd deze vraag voor het eerst aan de orde gesteld met betrekking tot de kunsthandel en de problemen rondom authenticiteit. De rechter heeft een redelijk ruime invulling aan het vereiste gegeven. Hij overweegt daartoe: “*...it is not necessary that there should be direct proof of an intention to injure the value of the property; such an intention may be inferred by the jury from false*

³³ Levy 2000, p. 875

³⁴ Demarsin 2009, p.145

³⁵ U.S. District Court New York 24 februari 1992, *Kirby v. Wildenstein*, 784

statements, exceeding the limits of fair and reasonable criticism, and recklessly uttered in disregard of the rights of those who might be affected by them".³⁶ Er hoeft dus geen direct bewijs te zijn van een intentie om de waarde van het kunstwerk te schaden en dus te voldoen aan het vereiste van kwaad opzet.

Om de vordering te kunnen laten slagen dient als laatste vereiste sprake te zijn van *special damages*. In het hiervoor vermelde arrest Kirby v. Wildenstein heeft de rechter zich uitgelaten wat wordt verstaan onder *special damages* bij een beroep op grond van *disparagement*. Deze zijn beperkt tot verliezen die een economische waarde hebben en dienen bovendien volledig en nauwkeurig te worden gesteld en bewezen. Daarnaast geldt dat de schade een natuurlijk en onmiddellijk gevolg moet zijn van de geuite beweringen.³⁷

2.3.3 Negligent mistatement

Naast een vordering op grond van *defamation of disparagement* staat degene die beweert schade te hebben geleden nog een andere *tort* ter beschikking. Deze vordering is een vordering op grond van een professionele beroepsfout. De kunstexpert kan tekortschieten in de wijze waarop hij zijn mening heeft gevormd. Deze grond wordt vaak ingeroepen tegen personen die de authenticiteit van kunstwerken beoordelen. Naar analogie, zou deze grond ook kunnen worden aangewend om een samensteller van een oevrecatalogus aansprakelijk te stellen. Zoals Steven Mark Levy ook zegt: '*art expert malpractice is the negligent rendering of a professional opinion relating to a painting, sculpture or other work of art*'. Er zijn vier vereisten waaraan voldaan moet worden wil een beroep op deze grond slagen. Allereerst zal de eiser moeten aantonen dat de kunstexpert de plicht heeft om kennis en vaardigheden te bezitten en uit te oefenen, de zogenaamde *duty of care*. Daarnaast zal hij moeten bewijzen dat een schending van die plicht heeft plaatsgevonden, een *breach of duty*. Bovendien dient bewezen te worden dat er een causaal verband tussen de beroepsfout/nalatiegheid en de daaruit voortkomende schade is. Als laatste vereiste dient er daadwerkelijke schade te zijn.³⁸

Het eerste vereiste, het aantonen van een zorgplicht, heeft in de Verenigde Staten een zwaar gewicht: die vraag gaat vooraf aan welke vorm van aansprakelijkheid dan ook.³⁹ Het is de bedoeling om met dit begrip de aansprakelijkheid op grond van nalatiegheid binnen aanvaardbare grenzen te houden. De aansprakelijkheid voor de zorgplicht is niet absoluut,

³⁶ Superior Court Suffolk 23 november 1976, *Gott v. Pulsifer*, 122/235

³⁷ U.S. District Court New York 24 februari 1992, *Kirby v. Wildenstein*, 784

³⁸ Levy 2000, p. 870

³⁹ Demarsin 2009, p. 71

maar relatief. Het Amerikaanse recht kent namelijk geen algemene zorgvuldigheidsplicht. De zorgplicht houdt in dat men jegens bepaalde personen zorgvuldig moet handelen. Het is dus niet het geval dat men jegens elke medeburger zorgvuldig dient te handelen.⁴⁰ Degene die beweert schade te lijden dient dus als eerste de aannemelijkheid van het bestaan van een zorgplicht aan te tonen. Voor het ontstaan van een zorgplicht op grond van nalatigheid is vereist dat er een *special relationship* bestaat. Het Amerikaanse recht valt in dit soort zaken soms terug op het Engelse recht. Vandaar dat de uitspraak van de House of Lords in de zaak Hedley Byrne hier meer duidelijkheid zou kunnen bieden. Volgens deze uitspraak moet voldaan worden aan drie vereisten wil er sprake zijn van een *special relationship*. Allereerst moet worden bewezen of de eiser vertrouwd is op de bijzondere bekwaamheid van de kunstexpert. Ten tweede moet de kunstexpert weten of hebben geweten dat op zijn verklaringen door de eiser zou worden vertrouwd en dat deze laatste daar ook naar zou handelen. En als laatste moet de vraag worden beantwoord of dat vertrouwen verantwoord overkwam.⁴¹

Voor het tweede vereiste dient de eiser te bewijzen dat er een inbreuk op de zorgplicht heeft plaatsgevonden, dat de kunstexpert tekort is geschoten in zijn plicht.⁴² Het gaat hierbij om een zuivere feitenkwestie. Als norm voor de beoordeling van het concrete gedrag wordt als maatstaf de ‘normaal zorgvuldige professional’ gehanteerd.⁴³

Vaak wordt gebruik gemaakt van de getuigenis van een expert om het bestaan van een zorgplicht en de eventuele schending daarvan te kunnen aantonen. De eiser kan daarbij ook gebruik maken van uitspraken gedaan door relevante professionele organisaties. Een kunstexpert is niet direct nalatig geweest als later door andere experts wordt beweerd dat hij fout zat. Hij is alleen dan nalatig geweest als de onjuiste toeschrijving het gevolg is geweest van het niet toepassen van de zorg en vaardigheden die in het hetzelfde geval onder dezelfde omstandigheden door andere experts zou zijn toegepast.⁴⁴ Het lijkt mij enigszins moeilijk om dit als eiser te bewijzen. Immers, een samensteller van een oeuvrecatalogus zal dit met de uiterste zorg en toewijding doen.

Het derde vereiste is dat van het bewijzen van een causaal verband tussen de beroepsfout/nalatigheid en de daaruit voortvloeiende schade. Het begrip causaliteit wordt in

⁴⁰ Demarsin 2009, p. 61

⁴¹ House of Lords 28 mei 1963, *Hedley Byrne & Co Lt. v. Heller & Partners Ltd.*, 465

⁴² Demarsin 2009, p. 61

⁴³ Demarsin 2009, p. 72

⁴⁴ Levy 2000, p. 870

de Verenigde Staten via twee invalshoeken benaderd: de feitelijke causaliteit (*cause-in-fact*) en de juridische causaliteit (*cause-in-law*). De feitelijke causaliteit houdt in dat er een verband moet zijn tussen het gedrag van de kunstexpert en de schade die de eiser beweert daardoor te hebben geleden. De rechter toetst deze feitelijke kwestie aan de hand van de zogenaamde “but for”-test. Hij gaat dan na of er schade zou zijn geleden door de eiser indien de verweerder zich niet zo had gedragen als hij gedaan heeft.⁴⁵ Het aantonen van de feitelijke causaliteit levert in de regel geen problemen op. Dat de oordeelsvorming van de kunstexpert een rol vormde bij de aankoop van een kunstwerk door de eiser valt moeilijk te betwisten.⁴⁶ De juridische causaliteit heeft in Amerika gestalte gekregen via de begrippen *remoteness of damage* en de *reasonable foreseeability*.⁴⁷ Voor een nadere invulling van deze begrippen kan met de uitspraak *Overseas Tankship Ltd.* raadplegen. De *remoteness of damage* houdt in dat de schade die geleden is redelijkerwijs voorzienbaar had moeten zijn voor de expert op het moment van de schending van de zorgplicht. De schade dient dus direct in verband te staan met de schending van de zorgplicht. De *reasonable foreseeability* houdt in dat de schade door een redelijk mens voorzien had moeten zijn bij onzorgvuldig gedrag.⁴⁸

Bert Demarsin voegt hier nog aan toe dat ‘interveniërende factoren de causale keten echter kunnen verlengen of vertroebelen. Zo kan het nalatig optreden van de verweerder, hoewel een feitelijke oorzaak van de schade, in bepaalde gevallen toch niet tot (gehele) aansprakelijkheid van verweerder leiden, gelet op de eigen fout van de gelaedeerde, de tussenkomst van derden, natuurgeweld en overmacht’.⁴⁹

Ondanks deze methode van vaststelling van de causaliteit moge duidelijk zijn, dat een toeschrijving door de expert een impact heeft voor de eiser om het kunstwerk te kopen/verkopen tegen een bepaalde prijs. Alom bekend is dat de toeschrijving in heel verre mate bepalend is voor de marktprijs van het te verhandelen kunstwerk. Als de expert nalatig is geweest, impliceert dit negatieve consequenties voor de eiser. Deze zal te weinig hebben gekregen bij de verkoop van een kunstwerk of zijn kunstwerk is moeilijk te verkopen of in het ergste geval onverkoopbaar.⁵⁰ Aan de vereiste van feitelijke en juridische causaliteit wordt in beginsel dan ook voldaan.

⁴⁵ Demarsin 2009, p.17

⁴⁶ Demarsin 2009, p. 74

⁴⁷ Demarsin 2009, p. 19

⁴⁸ Privy Council (VK) 18 januari 1961, *Overseas Tankship Ltd vs. Morts Dock and Engineering*, 388

⁴⁹ Demarsin 2009 p. 74

⁵⁰ Demarsin 2009, p. 19

Als laatste vereiste geldt dat sprake moet zijn van schade. Voor het toekennen van een schadevergoeding moet de eiser kunnen aantonen dat er *special damages* zijn, vereist is dus effectieve schade. De rechter zal bij het vaststellen van de omvang van de schade het hiervoor besproken begrip *remoteness of damage* meenemen. Indirecte schade komt niet voor vergoeding in aanmerking. Volgens Demarsin levert dit bewijspunt nauwelijks moeilijkheden op, mits het evident is dat (de onjuiste) toeschrijving schade heeft berokkent.⁵¹ Kortom, een vordering op grond van een *negligent misstatement* brengt een lichtere bewijslast met zich voor de eiser dan een vordering op grond van *defamation* of *disparagement* en heeft derhalve een grotere kans van slagen.

2.4 Bescherming tegen aansprakelijkheid

Uiteraard kan een kunstexpert, mocht hij aansprakelijk worden gesteld en de kunstenaar is nog in leven, om bevestiging van de authenticiteit vragen. Maar wat is het geval indien de expert aansprakelijk wordt gesteld en de kunstenaar is overleden? De samensteller van een oevrecatalogus (dus zowel een individuele expert als een authenticiteit commissie) kan de kans op aansprakelijkheid (op grond van een onjuiste toeschrijving) minimaliseren c.q. uitsluiten. De eerste wijze waarop dat kan is door zich te verzekeren door middel van een zogenaamde *professional liability insurance*. Dit is geen specifieke verzekering ter bescherming tegen aansprakelijkheid van samenstellers van een oevrecatalogus, daar is niet genoeg vraag naar. Deze verzekering poogt de verzekerde te beschermen tegen nalatigheid met betrekking tot diensten die worden geleverd. Niettemin, wordt er een specifieke verzekering, de *miscellaneous professional liability insurance* aangeboden door veel verzekeraars die het eerste type aanbieden. Deze laatste soort verzekering is dan ook de verzekering die het meeste door samenstellers van een oevrecatalogus wordt gekozen. Uit voorgaande paragrafen is gebleken dat door de eiser veelal een beroep zal worden gedaan op *disparagement* of *negligence*. De dekking van de verzekering strekt zich uit tot claims die daarop zijn gebaseerd.⁵² Hicox, een Amerikaanse leidende verzekeraar, vergoedt onder andere de kosten van een advocaat en punitieve schade die valt aan te merken als *damage*.⁵³ Het Nederlandse recht kent geen recht op punitieve schade. Dit is de vergoeding van schade

⁵¹ Demarsin 2009, p. 72

⁵² P. Nesbitt, 'About Professional Liability Insurance', *The Catalogue Raisonné Scholars Association* zomer 1999, www.crsaforum.org https://crsaforum.files.wordpress.com/2012/11/crsaforum08_spring99.pdf

⁵³ 'Miscellaneous Professional Liability Insurance', *Hicox* juni 2017, www.hicoxbroker.com <http://www.hicoxbroker.com/hicox-pro-solutions/misc-professional-liability/>

waartoe de schadeveroorzaker naast vergoeding van de werkelijk geleden schade kan worden veroordeeld bij wijze van straf.

Zowel voor de verzekeraar als voor de verzekerde is het opstellen van dergelijke verzekeringen erg tijdrovend. Voor de expert die een *miscellaneous professional liability insurance* wil afsluiten is het tijdrovend, aangezien hij vooraf zijn activiteiten gedetailleerd moet omschrijven. Bijkomend gevolg is dat hij tijdens de verzekerde periode binnen het bereik van deze activiteiten zal moeten blijven. De grootste uitdaging voor de verzekeraar bestaat daaruit dat zij de activiteiten rondom het beoordelen van de authenticiteit van kunstwerken in de criteria moet passen die zij normaliter gebruikt om het risico te bepalen voor gangbare polissen. Behalve dat de expert bij de aanvraag van een verzekering gedetailleerde informatie dient te verschaffen, zijn verzekeraars voor het overige vrij tolerant. Zo eisen zij niet dat de expert zijn werkzaamheden namens een instituut uitoefent.

Samenstellers van oevrecatalogi vrezen voor de kosten van een dergelijke verzekering. De premie hangt echter af van de grens van de aansprakelijkheid. Des te meer risico wordt gedekt, des te hoger de premie is. Peter Nesbitt, directeur van The Jacob Lawrence Oevrecatalogus, zegt hierover: “*to determine your liability limit, examine your risk by reviewing artworks for which authorship is problematic and ask yourself some of the following questions: ...how many works are there that you think are inauthentic? ...If your only public statement regarding a work’s authenticity is through publication, what is the maximum number of claims that might be made against you in the year of publication?*” Daarnaast geeft hij ook aan zeker bij andere experts van oevrecatalogi te controleren hoe zij zijn verzekerd, indien men moeilijkheden heeft deze grens te bepalen.⁵⁴ Judith Wallace, lid van de Art Law Group bij Carter Ledygard & Millburn LLP overweegt tot slot: “*a fee that covers the cost of the insurance, making it possible for the expert to feel comfortable issuing opinions, should be viewed as an acceptable, and ethical, practice*”.⁵⁵

Een tweede mogelijkheid voor de kunstexpert om zich tegen aansprakelijkheid te beschermen is door deze geheel uit te sluiten, door een zogenaamde *exculpatory release* op te nemen in zijn catalogus. Dit is een bepaling die wordt opgenomen in een contract waarin de kunstexpert aansprakelijkheid voor alle claims uitsluit. Teneinde rechtsgeldig te zijn, dient het getekend te

⁵⁴ P. Nesbitt, ‘About Professional Liability Insurance’, *The Catalogue Raisonné Scholars Association* zomer 1999, www.crsaforum.org

⁵⁵ J. Wallace, ‘Art Law Protecting Art Experts From Lawsuits Over Authenticity’, *Artnet News* 5 april 2015, www.news.artnet.com <https://news.artnet.com/market/art-law-on-insurance-for-art-experts-281872>

worden door de wederpartij. Een persoon die schade lijdt op grond van een onjuiste toeschrijving en daarvoor de samensteller van een oeuvrecatalogus aansprakelijk stelt, doet dat niet op contractuele basis. Dan gaat de *exculpatory release* dus niet op zou men denken. Men zou uit de uitspraak in de zaak *Thompson v. LMS Railway* een andere opvatting kunnen afleiden en wel dat het mogelijk is een dergelijke clause op te nemen in een document dat niet is ondertekend. In dat geval moet door de expert een redelijke en voldoende kennisgeving worden gegeven van het bestaan van de clause. Wat als redelijk moet worden beschouwd hangt af van de omstandigheden van het geval.⁵⁶ Vermelding van deze disclaimer aan het begin van een oeuvrecatalogus in de vorm van een boek of op de beginpagina van een website van een oeuvrecatalogus zou (m.i.) redelijk en voldoende moeten zijn.

Een *exculpatory release* kent twee vereisten. Ten eerste dient de uitsluiting van aansprakelijkheid duidelijk en expliciet omschreven te zijn. Alleen dan kan daar in een proces over aansprakelijkheid wegens nalatigheid met succes een beroep op worden gedaan. Ten tweede mag de uitsluiting van aansprakelijkheid de *public interest* niet aantasten. Een leidende uitspraak op dit gebied is *Tunkl v. Regents of University of California*. In deze zaak oordeelde de rechter dat uitsluiting voor toekomstige aansprakelijkheid wegens nalatigheid als een voorwaarde voor toelating tot een liefdadigheidsonderzoek in een ziekenhuis ongeldig was, omdat de *public interest* hierdoor werd aangetast.⁵⁷ Kunstexperts oefenen een vrij beroep uit, zij vervullen geen publieke taak. Het is daarom nooit overwogen om hun beroep aan publieke regelgeving te onderwerpen. Bovendien valt nog te betwisten of hun diensten van een dergelijk *great importance to the public* zijn en/of *a matter of practical necessity for some members of the public*, de criteria uit het arrest *Tunkl v. Regents of University of California*. Uit dit arrest kunnen we afleiden dat de werkzaamheden van een kunstexpert niet onder *public interest* vallen. Als voldaan is aan beide vereisten is de *exculpatory release* rechtsgeldig kan deze als disclaimer worden opgenomen in een oeuvre catalogus.⁵⁸

Het ligt voor de hand te denken dat een samensteller eerder voor een *exculpatory clause* kiest dan voor een dure verzekering. Echter, het verschil tussen beiden is gelegen in het feit dat een *exculpatory clause* slechts bescherming biedt tegen ‘simpele’ nalatigheid (onvoorzichtigheid), maar niet tegen grove of opzettelijke nalatigheid (dat wel mogelijk is bij een verzekering).

⁵⁶ Court of Appeal 1930, *Thompson v. LMS Railway*, KB 41

⁵⁷ Supreme Court of California 9 juli 1963, *Tunkl v. Regents of the University of California*

⁵⁸ Levy, *Wis. L. Rev.* 1991/595

Voorzover een *exculpatory clause* streeft naar deze laatste vorm van nalatigheid is deze nietig en niet afdwingbaar.⁵⁹

De kunstexpert, die werken onjuist heeft toegeschreven voordat een authenticiteit commissie zich hier later over heeft uitgelaten, kan voor zijn/haar onjuiste toeschrijving dan ook niet aansprakelijk gehouden worden. Dit haakt aan bij de eerder genoemde redactionele aansprakelijkheid. Kortom, zoals Steven Mark Levy, bevestigt: “*the art expert who possesses and utilizes ordinary care and skill in formulating his opinion in accordance with then-current knowledge as to what is or is not a Rembrandt will not be guilty of malpractice if later on, in hindsight, he is deemed to be wrong*”.⁶⁰

Een eventuele andere manier om aansprakelijkheid te minimaliseren is door de oevrecatalogus alleen digitaal uit te brengen. Een voorbeeld hiervan is de oevrecatalogus van Isamu Noguchi, een Japans-Amerikaanse beeldhouwer. Het idee hierachter is dat de catalogus een *evermodifiable work-in-progress* blijft, omdat het aansprakelijk stellen van de samensteller daarvan een stuk ingewikkelder is dan wanneer een oevrecatalogus in de vorm van een boek wordt uitgebracht.⁶¹

Op dit moment is een voorstel voor een wetwijziging van de Arts & Cultural Affairs Law, door de senaat van New York aanhangig, om kunstexperts voor hun meningen te beschermen tegen rechtsgedingen. Deze wetwijziging poogt het deskundige oordeel van de expert te beschermen door te vermelden dat het geen garantie biedt voor echtheid en dat de expert daarvoor niet aansprakelijk kan worden gesteld.⁶² In het laatste hoofdstuk zal ik hier dieper op in gaan.

Opmerking verdient dat de samensteller zich te allen tijde kan verweren tegen aansprakelijkheid door middel van de *anti-hindsight defense*. De kunstwereld staat niet stil, constant wordt de kunstinventaris in de wereld opnieuw geëvalueerd. Het kan dus voorkomen dat oordelen over authenticiteit vandaag nog correct zijn, maar morgen niet meer. Een voorbeeld hiervan is het Rembrandt Research Project dat in 1989 39 kunstwerken, die onder andere in het Louvre hingen, bestempelde als niet authentiek. Behalve dat de waarde van de kunstwerken direct kelderden, was een bijkomend negatief gevolg dat men de geloofwaardigheid van de resultaten van het authenticiteit commissie in twijfel ging trekken.

⁵⁹ Levy, Wis. L. Rev. 1991/595

⁶⁰ Levy, Wis. L. Rev. 1991/595

⁶¹ ‘Fear of litigation is hobbling the art market’, *The Economist* 24 november 2012

⁶² J. Wallace, ‘Art Law on protecting Expert Opinion’, *Artnet News* 14 februari 2016, www.news.artnet.com
<https://news.artnet.com/market/art-law-on-protecting-experts-opinion-419132>

Het is echter het niet terecht dat dit gebeurde. Een samensteller van een oeuvrecatalogus, in dit geval een authenticiteit commissie, kan niet verantwoordelijk worden gehouden in het geval in de toekomst een eventuele nieuwe oeuvrecatalogus wordt uitgebracht en het oordeel over een bepaald kunstwerk daarin dan wellicht anders is.

2.5 Tussenconclusie

Na de verschillende manieren van bescherming onder de loep te hebben genomen, kan ik bevestigen dat de samensteller van een oeuvrecatalogus in de Verenigde Staten meerdere mogelijkheden tot zijn beschikking heeft om aansprakelijkheid jegens onjuiste toeschrijving te minimaliseren c.q. uit te sluiten. Goed in de gaten dienen te worden gehouden de specifieke vereisten bij de verschillende manieren van bescherming tegen aansprakelijkheid.

Hoofdstuk 3

Aansprakelijkheid en bescherming naar Nederlands recht

In het vorige hoofdstuk heb ik de aansprakelijkheid en de mogelijkheid om je als samensteller van een oeuvrecatalogus hiertegen te beschermen naar Amerikaans recht onder de loep genomen. In dit hoofdstuk zal ik hetzelfde doen, maar dan vanuit Nederlands rechtelijk perspectief. Allereerst zal ik onderzoeken of een kunstexpert naar Nederlands recht aansprakelijk kan worden gesteld. Daarna zal ik bespreken of de mogelijkheid bestaat aansprakelijkheid te minimaliseren c.q. uit te sluiten. Ik zal afsluiten met een tussenconclusie.

3.1 Gronden voor aansprakelijkheid

Voor kunstexperts gelden bepaalde zorgvuldigheidsnormen, waarmee rekening gehouden dient te worden (overigens net als voor iedereen die aan het maatschappelijk verkeer deelneemt). De expert kan aansprakelijk worden gehouden voor de schade, mocht zo een zorgvuldigheidnorm geschonden zijn. Er zijn in dat geval twee grondslagen waarop een vordering tot schadevergoeding kan worden gebaseerd. De eerste grond is wanprestatie (6:74 e.v. Burgerlijk Wetboek (“BW”)) indien sprake is van een contractuele relatie tussen de kunstexpert en degene die schade lijdt. De tweede grond is die van de onrechtmatige daad (6:162 BW) in het geval er geen contract is. Dit is de buitencontractuele aansprakelijkheid.⁶³ Van een contract tussen de samensteller van een oeuvrecatalogus en degene die beweert schade te hebben geleden door een onjuiste toeschrijving is doorgaans echter geen sprake. De samensteller van een oeuvrecatalogus zal deze in de meeste gevallen namelijk ongevraagd samenstellen (of in opdracht van een derde). Een bespreking van alleen de onrechtmatige daad volstaat hier in dat geval.

Als men onderzoek doet naar wet- c.q. regelgeving, specifieke verdragen of richtlijnen in Nederland omtrent authenticiteit treft men niets aan. De Verenigde Staten lopen op dit punt vooruit op Nederland. Waar er naar Amerikaans recht meerdere gronden voor aansprakelijkheid zijn, zijn we voor aansprakelijk naar Nederlands recht in principe aangewezen op de onrechtmatige daad.

⁶³ Hoogcarspel & Schieveld, *NJB* 2017/842

3.1.1 Onrechtmatige daad

Voor een beroep op 6:162 BW dient er aan vijf vereisten te worden voldaan: onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, causaal verband, schade en relativiteit. Zoals uit 6:162 lid 2 BW volgt is een onrechtmatige daad *“een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt”*. Wat houdt onrechtmatigheid precies in? Uit 6:162 BW volgen drie soorten handelingen die een onrechtmatige daad (kunnen) opleveren: inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De gelaedeerde zal zijn vordering tot schadevergoeding op dit laatste soort handelingen moeten baseren. Een handeling die in deze categorie valt is de beroepsfout. De Hoge Raad heeft bepaald dat beroepsbeoefenaren verplicht zijn de zorg in acht te nemen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend persoon in dat beroep gevergd kan worden.⁶⁴

Aansprakelijkheid van een beroepsbeoefenaar jegens zijn cliënt zal veelal berusten op een contractuele basis, maar ook zonder contractuele basis wordt de beroepsbeoefenaar geacht gehouden te zijn dezelfde zorgvuldigheid in acht te nemen op straffe van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Ook jegens derden kan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bestaan. De gelaedeerde is een derde, omdat hij verder geen enkele relatie tot de samensteller van de catalogus heeft. Het criterium om te kunnen spreken van onrechtmatigheid is of, in voorkomend geval de samensteller van de catalogus, het zorgvuldigheidsnorm in acht heeft genomen. Een belangrijke uitspraak van het Hof Amsterdam gaat over dit ongeschreven zorgvuldigheidsvereiste waaraan een kunstexpert moet voldoen bij het geven van een oordeel wil hij zich tegen aansprakelijkheid op grond van 6:162 BW kunnen beschermen.⁶⁵ Deze uitspraak is bevestigd door de Hoge Raad.⁶⁶ Het betrof een door Roubroucks aanhangig gemaakt geding over een bloemstilleven getiteld ‘Stilleven met pinksterrozen’. Roubroucks is van mening dat het kunstwerk valt toe te schrijven aan Vincent van Gogh. Het Van Goghmuseum heeft op zijn verzoek het kunstwerk aan een echtheidsonderzoek onderworpen. Volgens het Van Goghmuseum valt het kunstwerk op basis van de resultaten van het onderzoek niet aan Van Gogh toe te schrijven. Vanzelfsprekend is Roubroucks het hier niet mee eens. Hij heeft dan ook tussen 2002 en 2012 het Van Goghmuseum meermaals verzocht om terug te komen op dit oordeel. Het Van Goghmuseum zag daar geen reden toe. Als reactie

⁶⁴ HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1558

⁶⁵ Hof Amsterdam 22 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3920

⁶⁶ HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:282

hierop besloot Roubroucks een procedure aan te spannen. Hij stelde zich op het standpunt dat het museum zijn zorgplicht had geschonden en derhalve onrechtmatig had gehandeld. Het museum zou op onjuiste gronden het oordeel hebben geveld en in stand gehouden.

Roubroucks vorderde onder andere een verbod voor het museum om zich uit te laten over het kunstwerk.

In eerste aanleg oordeelt de rechtbank dat de handelwijze van het Van Gogh Museum niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt.⁶⁷ Roubroucks laat het hier niet bij zitten en gaat in hoger beroep. Het Hof stelt allereerst een belangrijke overweging voorop. Wat betreft de rechtspositie van de kunstexpert komt de rechter geen oordeel toe over de inhoudelijke juistheid van het oordeel dat door het Van Goghmuseum is gegeven: *“toeschrijving van een schilderij aan een bepaalde schilder is geen exacte wetenschap maar het resultaat van een beoordeling die tot het exclusieve terrein van ter zake deskundigen behoort. (...) het Van Gogh Museum kan niet worden verplicht afstand te nemen van de resultaten van de eigen afweging, op de grond dat ook een andere mogelijk is. De rechter kan slechts beoordelen of de deskundigen van het Van Gogh Museum in strijd hebben gehandeld met de voor hen geldende zorgvuldigheidsnormen”*.⁶⁸

Ondanks dat het Hof dit verder niet toelicht, lijkt het hiermee aan te geven dat het gevorderde verbod (mede) afketst op artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens. In deze twee artikelen ligt het grondrecht verankerd van vrijheid van meningsuiting. Immers, het oordeel dat het museum heeft afgegeven is nadrukkelijk een opinie en wordt niet als feit gepresenteerd. In een eerdere andere procedure tegen het Van Goghmuseum is de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam tot een soortgelijk oordeel gekomen: *“aan de deskundigen van het Van Goghmuseum en aan het Van Gogh Museum zelf in navolging van de eigen deskundigen komt een eigen oordeel toe. Noch [eiser], noch de voorzieningenrechter kan de deskundigen in die vrijheid van meningsvorming en meningsuiting beperken. Het primair en subsidiair gevorderde wordt reeds om die reden afgewezen”*.⁶⁹

Echter, in voorkomend geval zou bij de totstandkoming van het oordeel de zorgvuldigheidsnorm geschonden kunnen zijn. Het zou kunnen dat de totstandkoming van het oordeel onzorgvuldig en dus onrechtmatig geweest is. Het Hof stelt dat het Van Gogh

⁶⁷ Hof Amsterdam 22 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3920

⁶⁸ Hof Amsterdam 22 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3920

⁶⁹ Rb. Amsterdam (vzr.) 16 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO7638, r.o 4.1

Museum de taak heeft om zorgvuldig onderzoek te doen naar de authenticiteit. Nu er geen wettelijke normen omtrent dit onderzoek in de Nederlandse rechtsorde bestaan, is de vraag welke mate van zorgvuldigheid van een kunstexpert mag worden verlangd. Het Hof overweegt in rechtsoverweging 3.2 van haar arrest dat het gaat om de *“zorgvuldigheid die verlangd kan worden van een redelijk handelend en redelijk bekwaam, gespecialiseerd vakgenoot in het authenticiteitsonderzoek van schilderijen”*. Het Hof benadrukt in diezelfde rechtsoverweging dat zij bij haar beoordeling in aanmerking neemt dat het Van Goghmuseum een gezaghebbende en zeer belangrijke autoriteit is en dat de belangen van Roubroucks ook zeer groot zijn. Er zal daarom bij het invullen van de zorgplicht rekening worden gehouden met de rol die het Van Goghmuseum heeft in de markt. *“Bepaalde kunstinstellingen, zoals bijvoorbeeld het Van Gogh Museum en de Andy Warhol Foundation zijn dermate gerenommeerde kennisinstituten dat bekende veilinghuizen grote waarde hechten aan de opinie van die experts. Hierdoor moeten die experts zich redelijkerwijs in hogere mate rekenschap geven van de belangen van betrokkenen en de verregaande consequenties die een afwijzende opinie heeft”*.⁷⁰

Het Hof concludeert dat Roubroucks onvoldoende feiten en omstandigheden heeft aangedragen om te kunnen concluderen dat het Van Gogh Museum toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld. Zijn vordering wordt volledig afgewezen. Het museum heeft bij de hantering van de uitgangspunten voor de waardering de vereiste zorgvuldigheid betracht. Onder andere de herkomst, de stijl en iconografie zijn zorgvuldig beoordeeld. Tevens zijn de schildertechniek, het canvas, de gebruikte kleuren en overige bijzonderheden van het kunstwerk aan een nauwkeurig onderzoek onderworpen. Zoals uit rechtsoverweging 3.2 volgt heeft het museum zijn oordeel in duidelijke en klare taal gemotiveerd: *“summier maar voldoende duidelijk, begrijpelijk en innerlijk consistent”*.⁷¹

Het voornoemde zorgvuldigheidsvereiste wordt besproken in het kader van een vordering op grond van onrechtmatige daad. De uitleg van dit vereiste kan zich mutatis mutandis ook lenen ten aanzien van een samensteller van een oeuvrecatalogus. Een samensteller kan immers ook onrechtmatig handelen jegens een derde indien hij als bekwaam en gespecialiseerd vakgenoot niet redelijk handelt.

Als tweede vereiste voor een vordering op grond van 6:162 BW dient sprake te zijn van toerekenbaarheid. Het vereiste van toerekenbaarheid wordt nader gedefinieerd in lid 3 van dat

⁷⁰ Hoogcarspel & Schieveld, *NJB*, 2017/842

⁷¹ Hof Amsterdam 22 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3920

artikel. Toerekening van de daad aan iemand vindt plaats indien deze te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Het gaat hier om de toerekening van de onrechtmatige daad aan de ‘dader’ (gelaedeerde) en niet om de schade.⁷² Door de rechter zal eerst bekeken worden of de toerekening te wijten is aan de schuld van de kunstexpert. Indien schuld niet kan worden aangetoond zal onderzocht moeten worden of de toerekening wellicht via de wet of een in het verkeer geldende opvatting voor zijn rekening komt. Omtrent onderzoek naar authenticiteit/onjuiste toeschrijving is wettelijk niets geregeld. Er zal dus gekeken dienen te worden naar de verkeersopvattingen. Een voorbeeld is de kunstfout van een onervaren arts, die een ervaren arts niet zou hebben gemaakt. Dit zou bijvoorbeeld *mutatis mutandis* kunnen gelden voor de onervaren kunstexpert. De kans zal vrij klein zijn dat dit geval zich voor zal doen. Een samensteller van een *oeuvre*catalogus zal doorgaans de nodige kennis en ervaring bezitten en zorg betrachten bij het vormen van een oordeel.

Kortom, de derde gelaedeerde zal moeten bewijzen dat de kunstexpert schuld heeft aan de onjuiste toeschrijving c.q. dat volgens de in het verkeer geldende opvattingen toerekening voor zijn rekening komt.

De kunstexpert zou het vereiste van toerekenbaarheid echter kunnen aanvechten door een beroep te doen op een schulduitsluitingsgrond. In het kader van deze scriptie voert het te ver om hier dieper op in te gaan, maar een dergelijke grond kan aan aansprakelijkheid in de weg staan. Uiteraard voor zover evenmin de gedraging krachtens verkeersopvattingen aan de kunstexpert kan worden toegerekend.

Causaal verband is het derde vereiste voor een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Het causaal verband tussen de daad en de schade dient aangetoond te worden.

Als vierde en voorlaatste vereiste dient er schade te zijn geleden. Dit kan zich voordoen als de waarde van een kunstwerk daalt omdat het niet is opgenomen in een nieuwe *oeuvre*catalogus (eerder genoemde redactionele aansprakelijkheid (paragraaf 2.3)). Tevens kan zich de situatie voordoen dat een koper van een kunstwerk schade lijdt, omdat het gekocht is op basis van een bestaande catalogus en het kunstwerk onjuist blijkt te zijn toegeschreven. Ongeacht het soort aansprakelijkheid is in beide gevallen sprake van schade aangezien de marktprijs van het kunstwerk daalt.

⁷² HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549

Het vijfde en laatste vereiste voor een vordering tot schadevergoeding op grond van 6:162 BW is dat van de relativiteit. Het relativiteitsvereiste is neergelegd in 6:163 BW: “*geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde deze heeft geleden*”. In het arrest Beukers/Dorenbos, ook wel bekend als het Tandarts-arrest, heeft de Hoge Raad uitleg gegeven over dit vereiste. Alleen dan is de ‘dader’ aansprakelijk voor de schade op grond van onrechtmatige daad, als er een verband bestaat tussen de veroorzaakte schade en het belang dat beschermd wordt. In het onderhavige geval beoogde de norm de patiënten te beschermen tegen onbevoegde tandartsen. De vordering werd echter ingesteld door bevoegde tandartsen en de norm beoogde hen niet te beschermen.⁷³ Dit relativiteitsvereiste kan ook worden toegepast op de samensteller van een oeuvrecatalogus. Bij de invulling van dit vereiste komt het eerder genoemde zorgvuldigheidsvereiste weer om de hoek kijken. Onderzocht dient te worden of de samensteller van de catalogus anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen om het belang van de eiser niet te schaden. Tevens is vereist dat hij het belang kende of behoorde te kennen. Uit het Verstekeling-arrest volgt dat indien een belang wordt geschonden waarop men niet bedacht hoefde te zijn, dan kan niet gezegd worden dat onrechtmatig is gehandeld.⁷⁴ Uitgesloten kan worden dat de samensteller een oeuvrecatalogus samenstelt teneinde een belang van een derde te schaden. Bovendien is de kans groot dat de samensteller niet eens weet heeft van een dergelijk belang. Het is de vraag of hij een dergelijk belang behoorde of zou behoren te kennen. Naar mijn mening zou het in deze context vrij ver gaan dit te eisen van de samensteller. Het is immers niet zo dat de expert naar zijn oordeel wordt gevraagd ten aanzien van een specifiek kunstwerk. Hij onderzoekt ongevraagd alle kunstwerken van één kunstenaar.

3.2 Nederlandse rechtspraak

In de Nederlandse rechtspraak is geen zaak bekend waarbij de samensteller van een oeuvrecatalogus op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk wordt gesteld voor geleden schade jegens een derde. Het zou kunnen zijn dat de reden daarvoor gezocht moet worden bij de kunstexpert die ongevraagd een oeuvrecatalogus samenstelt en een kunstexpert die gevraagd wordt zijn oordeel te geven over een bepaald kunstwerk. Van de eerste kan in de regel minder verwacht worden, omdat het oordeel wordt gevormd in een algemene context.

⁷³ HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051

⁷⁴ HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748

Hierdoor zal aansprakelijkheid vaak niet aan de orde zijn.⁷⁵ Voor het oordeel ten aanzien van een specifiek kunstwerk wordt een expert als zodanig geraadpleegd (zie de hiervoor genoemde Van Gogh zaak).⁷⁶ Naast de vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad ingeval van buitencontractuele aansprakelijkheid zijn er geen andere gronden bekend waarop men een vordering tot schadevergoeding zou kunnen baseren.

Een kunstexpert kan, mits voldaan is aan alle vereisten, aansprakelijk zijn voor schade. Niettemin houdt onjuiste toeschrijving niet de onmiddellijke aansprakelijkheid van een samensteller van een oevrecatalogus in.

3.3 Bescherming tegen aansprakelijkheid

3.3.1 Verzekering

Evenals naar Amerikaans recht, kent het Nederlandse recht ook een aantal mogelijkheden voor een samensteller van een oevrecatalogus om zich tegen aansprakelijkheid te beschermen. De eerste mogelijkheid daartoe is het afsluiten van een verzekering. In tegenstelling tot de keus uit twee verschillende soorten verzekeringen die een Amerikaanse samensteller van een catalogus heeft, komt voor de Nederlandse samensteller van een oevrecatalogus slechts één verzekering in aanmerking: de beroepsaansprakelijkheidsverzekering (BAV). Wat houdt beroepsaansprakelijkheid in? Beroepsaansprakelijkheid vloeit, naast wanprestatie, in de meeste gevallen voort uit een onrechtmatige daad. In dat kader wordt ook wel gesproken van de eerder genoemde ‘beroepsfout’. Mutatis mutandis geldt dit ook voor de samensteller van een oevrecatalogus. Zoals reeds gezegd, de kunstexpert is in dezen zelfstandig, daar in het merendeel van de gevallen oevrecatalogi ongevraagd, zonder een verzoek daartoe, worden samengesteld. Via een beroepsaansprakelijkheidsverzekering kan de samensteller zich beschermen. De verzekering biedt dekking tegen vorderingen tot schadevergoeding (hieronder valt alleen de zuivere vermogensschade). Tevens biedt deze verzekering dekking tegen proces- en advocaatkosten, wettelijke rente, bereddingskosten (dit zijn de kosten die een kunstexpert maakt om schade te voorkomen of om reeds ontstane schade te beperken).

De samensteller van een catalogus kan zich naar mijn mening met een beroepsaansprakelijkheidsverzekering beschermen tegen schadevergoeding claims indien er sprake zou zijn van een onjuiste toeschrijving.

⁷⁵ Hoogcarspel & Schieveld, *NJB*, 2017/842

⁷⁶ Ancery, *MvV* 2016, p. 289-295

3.3.2. Exoneratieclausule v. disclaimer

Een tweede mogelijkheid ter bescherming van aansprakelijkheid is het gebruik van een exoneratieclausule. Dit soort clausules worden in beginsel opgenomen in overeenkomsten. Dit kan bijvoorbeeld dus het geval zijn als een kunstexpert in opdracht van een (ver)koper de authenticiteit van een kunstwerk dient te beoordelen en hij in de algemene voorwaarden van het contract een exoneratieclausule heeft opgenomen. Mocht naderhand blijken dat het werk onjuist is toegeschreven kan de verkoper zich met een beroep op die exoneratieclausule uit de overeenkomst in beginsel vrijwaren van aansprakelijkheid. In het geval van een kunstexpert, die zonder verzoek daartoe, de authenticiteit van een kunstwerk onderzoekt, zal deze mogelijkheid niet opgaan. A.G.F. Ancery doet hiertoe een suggestie: het opnemen van een disclaimer op de achterzijde van de oevrecatalogus. Hij voegt hieraan toe: *“indien de lezer van dat werk dient te begrijpen dat de opsteller van het oeuwewerk daarmee zijn aansprakelijkheid voor onjuiste informatie beoogt in te perken, zou een disclaimer een met de werking van een contractuele exoneratie vergelijkbare uitwerking kunnen hebben”*.⁷⁷ Bij deze suggestie rijzen twee vragen: wat is een disclaimer en wat is de waarde ervan? Een disclaimer is niet meer dan een eenzijdige mededeling van uitsluiting van aansprakelijkheid, een vrijwaringsclausule.

Het Hof heeft in het arrest Rabobank Borger Klénckeland hieromtrent meer duidelijkheid verschaft. In die zaak ging het om de vraag in hoeverre een derde nog redelijkerwijs mag verwachten dat een zorgplicht jegens hem in acht wordt genomen bij een dergelijke eenzijdige mededeling. Het Hof oordeelde dat op de gebruiker van de clausule onder omstandigheden een zorgplicht kan rusten. Hij zal zich in dat geval het belang van deze derde moeten aantrekken c.q. moeten voorkomen dat de derde vertrouwen stelt in de verstrekte informatie. Dat kan door een dergelijke clausule (disclaimer).

Ook als voorzienbaar is dat de derde vertrouwen stelt in een bepaalde prestatie, is het derhalve mogelijk dat de clausule verhindert dat de derde daar een gerechtvaardigd beroep op kan doen.

Dit betekent dat een disclaimer juridische houdbaar is en met succes tegen een derde kan worden ingeroepen. De samensteller van een oevrecatalogus kan door een disclaimer op te nemen in zijn catalogus de aansprakelijkheid daarmee uitsluiten ingeval van een onjuiste toeschrijving. Ook in het geval de derde stelt dat hij vertrouwde op de toeschrijving.

⁷⁷ Ancery, *MvV* 2016, p. 289-295

Het geval kan zich ook voordoen dat een oeuvrecatalogus alleen digitaal wordt uitgegeven. De vraag rijst dan in hoeverre een disclaimer op de website aansprakelijkheid uitsluit. Van belang is hier de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak Netwise/N.T.S., waarin de rechtbank oordeelde dat professionele bezoekers gebonden zijn aan disclaimers, indien een website deze hanteert. Voor een particulier die de website bezoekt ligt dit anders. Doorslaggevend hierbij is het antwoord op de vraag of de toegang tot een website een duidelijke actie vereist van de gebruiker. Indien de gebruiker expliciet toestemming moet moeten geven, brengt dit gebondenheid met zich mee. Immers, dan heeft een aanbod en aanvaarding van de disclaimer plaatsgevonden.⁷⁸ Een samensteller van een digitale oeuvrecatalogus zal er daarom verstandig aan doen de gebruiker expliciet de disclaimer te laten aanvaarden. Dit om, ongeacht professionele of particuliere bezoeker, problemen rondom aansprakelijkheid uit te sluiten. Terugkomend op de suggestie van A.G.F. Ancery zou een disclaimer zeer zeker een vergelijkbare uitwerking kunnen hebben als een contractuele exoneratieclausule.

3.3 Tussenconclusie

Na mij verdiept te hebben in deze materie, kan ik concluderen dat het naar Nederlands recht mogelijk is een samensteller van een oeuvrecatalogus aansprakelijk te stellen op grond van 6:162 BW, mits voldaan is aan alle vereisten. De samensteller kan zich op zijn beurt tegen aansprakelijkheid beschermen door het afsluiten van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering of door het opnemen van een disclaimer in de oeuvrecatalogus.

⁷⁸ Rb. Rotterdam 5 december 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AF2059

Hoofdstuk 4

Verbeterpunten ten aanzien van het Nederlands recht

In dit laatste hoofdstuk zal ik nagaan of er verbeterpunten omtrent de aansprakelijkheid van een samensteller van een oeuvrecatalogus in Nederland mogelijk zijn. Tevens zal ik bespreken of specifieke regelgeving op dit gebied wenselijk is.

4.1 Verbeterpunten omtrent aansprakelijkheid en bescherming

4.1.1 Verbeterpunten omtrent aansprakelijkheid van een kunstexpert

Uit het voorgaande blijkt dat men naar Amerikaans recht meer gronden heeft om een samensteller van een oeuvrecatalogus aansprakelijk te stellen voor onjuiste toeschrijving dan naar Nederlands recht.

De bescherming van de kunstexpert zou in Amerika op termijn vergroot kunnen worden. Ik kom terug op de eerder genoemde Arts and Cultural Affairs Law. Een wetsvoorstel ter aanvulling van deze wet is ingediend in 2015. Dit voorstel houdt in dat kunstexperts worden beschermd tegen vorderingen tot schadevergoeding van goudzoekers. Waarom is een dergelijke wetsvoorstel ingediend? De reden hiervoor moet gezocht worden in de vele rechtszaken die op dit gebied in de Verenigde Staten aanhangig zijn gemaakt. Dit heeft tot gevolg dat kunstexperts een stuk terughoudender zijn geworden in het geven van een oordeel, uit angst voor juridische consequenties. De wijziging van deze wet zal van toepassing zijn op civiele procedures tegen kunstexperts wanneer het gaat om het afgeven van opinies over authenticiteit van kunstwerken. Onder kunstexperts dient in dit wetsvoorstel verstaan te worden personen die een erkende expertise hebben in de kunstwereld betreffende het onderwerp waar hij/zij een oordeel over geeft. De bewijslastdrempel die gehanteerd zal worden is de eiser die *with particularity* zijn vordering dient toe te lichten. Dit heeft tot gevolg dat men een kunstexpert niet zonder de bijzonderheid van de vordering aan te tonen, aansprakelijk kan stellen. Deze bewijslastdrempel is lager dan de aanvankelijk eerdere versie van het wetsvoorstel. De eiser diende in de eerdere versie met *clear and convincing evidence* te komen. Dit kwam erop neer dat zou moeten worden aangetoond dat de beweerde

handelingen en feiten hoogstwaarschijnlijk hadden plaatsgevonden.⁷⁹ Tenslotte gaat het wetsvoorstel in op de kosten die de kunstexpert kwijt is aan een gerechtelijke procedure. Als er voldoende grond voor is kan de rechter eiser veroordelen de door de kunstexpert gemaakte kosten inclusief advocaatkosten volledig te vergoeden. Dit is een discretionaire bevoegdheid. Vergoeding van de volledige proceskosten geldt alleen voor de kunstexperts, de eiser is gehouden altijd zijn eigen kosten te voldoen.⁸⁰ Op dit punt was de eerdere versie van het wetsvoorstel ook gunstiger voor de expert. Bij verlies van de procedure door de eiser zou deze automatisch in de volledige kosten worden veroordeeld.⁸¹

Het wetsvoorstel beoogt de rechtspositie van kunstexperts te beschermen; het is echter nog maar de vraag of vorderingen van goudzoekers hiermee voorkomen worden. Bovendien zijn tegenstanders van het wetsvoorstel van mening dat het risico bestaat dat kunstexperts nu teveel macht krijgen en dat hun oordelen wellicht onaantastbaar worden.⁸²

Ondanks enkele haken en ogen die aan het wetsvoorstel zitten, moet het positief gewaardeerd worden dat de Amerikaanse wetgever tracht de rechtspositie van kunstexperts te verbeteren. Voor Nederland zal een dergelijke wet in een verre toekomst liggen, daar de hoeveelheid procedures in Nederland in vergelijking met de Verenigde Staten in het niet valt. Bovendien is aansprakelijkheid van kunstexperts niet zo aan de orde van de dag, dat adequaat optreden van de wetgever is vereist.

Verdere verbeterpunten omtrent aansprakelijkheid zijn moeilijk aan te wijzen. Er zijn in Nederland geen rechtszaken bekend waarin de buitencontractuele aansprakelijkheid van een kunstexpert voor onjuiste toeschrijving aan de orde geweest. Bovendien is het aantal procedures op grond van contractuele aansprakelijkheid in de Verenigde Staten velen malen hoger dan in Nederland. Dit komt waarschijnlijk doordat de meeste authenticiteit commissies zich daar bevinden, zoals o.a. de Andy Warhol Foundation. Het zijn namelijk deze commissies die veelvuldig procederen over authenticiteit. Deze commissies hebben doorgaans meer financiële middelen dan een particulier om dit soort tijdrovende en kostbare procedures te bekostigen. De Andy Warhol Foundation heeft dan ook in 2012 om deze reden besloten in het geheel te stoppen met het afgeven van oordelen omtrent authenticiteit van Warhol kunstwerken, alhoewel zij bijna alle procedures heeft gewonnen. Een andere reden voor de

⁷⁹ *Senate Bill 2015, S. 1229*

⁸⁰ *Senate Bill 2015, S1229A*

⁸¹ *Senate Bill 2015, S. 1229*

⁸² Klein en Selz, 'Lawmakers Introduce Legislation to Protect Art Authenticators', FKKS 28 maart 2010, www.fkks.com

vele procedures in de Verenigde Staten kan de claimcultuur zijn die daar in tegenstelling tot Nederland in hoge mate heerst.

4.1.2 Verbeterpunten omtrent bescherming van kunstexperts

De bescherming van de kunstexpert tegen aansprakelijkheid behoeft naar mijn mening op dit moment geen verbetering. Alhoewel de bescherming tegen aansprakelijkheid, evenals de aansprakelijkheid zelf, minder actueel in Nederland is dan in de Verenigde Staten lijken de thans aanwezige mogelijkheden afdoende. In de toekomst kan zich dit wellicht ontwikkelen tot meer gedetailleerdere mogelijkheden om zich als kunstexpert te beschermen tegen aansprakelijkheid als dit onderwerp vaker aan de orde van de dag is. De toekomst zal dit moeten uitwijzen.

Er is wat voor te zeggen om een soortgelijk wetsvoorstel zoals in de Verenigde Staten in de Nederlandse wet te implementeren. De aansprakelijkheid van een kunstexpert is echter (nog) niet zodanig actueel dat adequate actie van de wetgever vereist is. Ditzelfde geldt voor de beschermingsmogelijkheden voor de kunstexpert om zich te beschermen tegen aansprakelijkheid.

4.2 Is een uniforme regelgeving wenselijk?

Het idee van uniforme regelgeving houdt in dat in Nederland soortgelijke wetgeving geldt als in de Verenigde Staten. In de praktijk betekent dit dat Nederland de Verenigde Staten zal volgen, aangezien zij verder zijn op dit gebied, zowel in de jurisprudentie als wetgeving. Of dit wenselijk is, valt te bezien. De Nederlandse rechter de uitspraken van Amerikaanse rechters kunnen volgen. Dit zou voordelig zijn voor het Nederlands rechtstelsel, daar de Verenigde Staten op het gebied van aansprakelijkheid van een kunstexpert verder ontwikkeld is. De eerder genoemde gronden voor aansprakelijkheid naar Amerikaans recht vormen een gedetailleerde uitwerking van de onrechtmatige daad en zouden een goede aanvulling kunnen vormen op de huidige uitleg van de onrechtmatige daad naar Nederlands recht.

Of dit ook zou inhouden dat Nederland een wet zoals de Arts and Cultural Affairs Law moet invoeren, is de vraag. Ondanks dat die wet de expert beoogt te beschermen, zou de Nederlandse wetgever hier anders over kunnen denken. Een dergelijke wet zou met zich kunnen brengen dat kunstexperts minder terughoudend worden in het geven van een oordeel omtrent authenticiteit. Aan de andere kant zal een dergelijke wet toekomstige goudzoekers die

een procedure in Nederland aanhangig maken (nog) meer afschrikken, waardoor het civiele rechtssysteem niet onnodig belast wordt.

Op dit moment zijn beide rechtstelsels m.i. echter voorzien van voldoende mogelijkheden op zowel het gebied van aansprakelijkheid als bescherming naar rato van de actualiteit en zaaksfrequentie in beide landen. Bovendien zijn de verschillen tussen de Verenigde Staten en Nederland op de genoemde gebieden zeer miniem. Op korte termijn is een uniforme regelgeving naar mijn mening dan ook niet nodig. Wellicht zal dit in de toekomst opnieuw onderzocht moeten worden.

Conclusie

Het schrijven van deze scriptie had tot doel een antwoord te kunnen geven op de vraag op welke punten het Amerikaans recht verschilt van het Nederlands recht op het gebied van aansprakelijkheid van een samensteller van een oevrecatalogus bij onjuist toegeschreven of niet daarin opgenomen werk. Een aanvullende vraag hierop was of een uniforme regelgeving wenselijk is. Na grondig onderzoek kan ik nu een antwoord op beide vragen geven.

Om een antwoord te kunnen geven op bovenstaande vragen heb ik eerst uitgezocht wat de definitie van een oevrecatalogus is. Het komt erop neer dat het een catalogus betreft met werken van één bepaalde kunstenaar. In beginsel zal een ieder een dergelijke catalogus kunnen samenstellen. De samensteller dient echter wel de nodige kennis van de betreffende kunstenaar te bezitten. Daarnaast is werkervaring in de kunstwereld, zoals bijvoorbeeld curator in een museum of veilingmeester, gewenst.

Demarsin onderscheidt twee soorten aansprakelijkheid: de redactionele en transactionele aansprakelijkheid. De redactionele aansprakelijkheid doet zich voor indien een kunstwerk in een nieuwe oevrecatalogus niet (meer) is opgenomen. Transactionele aansprakelijkheid houdt in dat een kunstwerk in een bestaande oevrecatalogus als authentiek wordt aangemerkt, maar naderhand blijkt dit onjuist te zijn. De eigenaar zit dan met een kunstwerk dat enorm in waarde daalt c.q. met een onverkoopbaar kunstwerk. In beide situaties kan de gelaedeerde de samensteller van de catalogus aansprakelijk stellen op grond van een onjuiste toeschrijving.

Naar Amerikaans recht kan dat op grond van *disparagement* of *negligent mistatement*. Er rust in beide gevallen een zware bewijslast op de schouders van de gelaedeerde. Voor schadevergoeding op grond van *disparagement* dient o.a. te worden aangetoond dat sprake is van een *special relationship*. Bij een vordering tot schadevergoeding op grond van een *negligent mistatement* zal door de gelaedeerde bewezen moeten worden dat de samensteller zijn zorgplicht heeft geschonden.

Naar Nederlands recht heeft de gelaedeerde alleen de mogelijkheid om de samensteller van de catalogus via de onrechtmatige daad, neergelegd in 6:162 BW, aansprakelijk te stellen voor geleden schade. Ook in dit geval is de bewijslast voor de gelaedeerde niet licht en zal hij moeten aantonen dat het zorgvuldigheidsvereiste door de samensteller is geschonden.

Naast het feit dat het Amerikaans recht een extra grond voor aansprakelijkheid kent voor onjuiste toeschrijving, verschilt het in wezen niet van het Nederlands recht.

Wat betreft de bescherming van de samensteller van een catalogus tegen aansprakelijkheid in geval van een onjuiste toeschrijving kennen beide rechtstelsels voldoende mogelijkheden. Zowel in de Verenigde Staten als in Nederland kan een samensteller zich via een verzekering beschermen tegen aansprakelijkheid. Beide landen kennen een (beroeps)aansprakelijkheidsverzekering, die onder andere dekking biedt tegen vorderingen tot schadevergoeding en advocaat- en procedurekosten. Hiernaast kennen de Verenigde Staten nog de zogenaamde *miscellaneous professional liability*, een verzekering die dekking tegen aansprakelijkheid uit hoofde van zowel *disparagement* als *negligent misstatement* biedt. Naast de mogelijkheid voor de samensteller om zich te verzekeren tegen aansprakelijkheid heeft hij (tevens) de mogelijkheid om aansprakelijkheid zelf uit te sluiten. Naar Amerikaans recht staat hem de *exculpatory release* ter beschikking. Naar Nederlands recht kan de samensteller een disclaimer opnemen in zijn werk. Beide soorten clausules strekken ertoe de aansprakelijkheid geheel uit te sluiten ingeval van onjuiste toeschrijving. In de Amerikaanse jurisprudentie is geoordeeld dat een *exculpatory release* ook kan worden opgenomen buiten een contract om. Bij zowel een fysiek als digitaal uitgebrachte oevrecatalogus kan een dergelijk clausule zonder problemen worden opgenomen. Voor het Nederlands recht ligt dit anders. Uit de jurisprudentie blijkt dat een disclaimer, opgenomen in een (fysieke) oevrecatalogus, met succes tegen de derde zal kunnen worden ingeroepen. Uit de jurisprudentie omtrent disclaimers op websites (ingeval van een digitale oevrecatalogus) blijkt dat een onderscheid wordt gemaakt tussen professionele bezoekers en particulieren. Professionele bezoekers zijn, in tegenstelling tot particulieren, altijd gebonden aan disclaimers op websites. Particulieren zijn alleen dan gebonden aan een disclaimer indien zij die uitdrukkelijk hebben geaccepteerd. Een disclaimer zou in dat geval een met een exonerationclausule vergelijkbare werking hebben. Naast de mogelijkheid om een samensteller van een oevrecatalogus aansprakelijk te stellen en de mogelijkheid voor de samensteller om zich hiertegen te beschermen, heb ik geprobeerd te analyseren of er verbeterpunten voor het Nederlands recht mogelijk of wenselijk zijn. Zowel op het gebied van aansprakelijkheid als van bescherming zijn de verschillen tussen beide rechtstelsels miniem. Het Amerikaans recht onderscheidt zich alleen daarin van het Nederlandse recht dat zij specifiekere gronden voor aansprakelijkheid kent. Ook is de bescherming voor een samensteller van een catalogus specifiek in de Verenigde Staten. De

reden hiervoor zal liggen in het feit dat de aansprakelijkheid van kunstexperts een actueler onderwerp is dan in Nederland.

De verschillen tussen het Amerikaans recht en het Nederlands recht op het gebied van de aansprakelijkheid van een samensteller van een oeuvrecatalogus zijn miniem. Bovendien kennen beide landen genoeg mogelijkheden voor de samensteller om zich tegen dergelijke aansprakelijkheid te beschermen. Om die reden lijkt een uniforme wetgeving voor Nederland zoals die bestaat c.q. ontwikkeld wordt in de Verenigde Staten op dit moment dan ook niet nodig.

Literatuurlijst

Ancery, *MvV* 2016, p. 289-295

A.G.F. Ancery, 'Tussen kunst en kitsch', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2016, p. 289-295

Bandle. 2016

A.L. Bandle, *The sale of misattributed artworks and antiques at auction*, Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc. 2016

Demarsin, 2009

B. Demarsin, *Expertise, veiling en certificaten in de kunsthandel*, Brugge: die Keure 2009

Demarsin 2009

B. Demarsin, *Handel in kunstvoorwerpen*, Brugge: die Keure 2009

Demarsin e.a. 2008

B. Demarsin e.a., *Art & Law*, Brugge: die Keure 2008

Fear of litigation is hobbling the art market 2012

Fear of litigation is hobbling the art market, The Economist 2012

Hoogcarspel & Schieveld, *NJB* 2017/842

S.A. Hoogcarspel en E. Schieveld, 'De kunst van het toeschrijven', *NJB* 2017/842

Klein & Selz 2010

Klein en Selz, *Lawmakers Introduce Legislation To Protect Art Authenticators*, Frankfurt
Kurnit Klein + Selz 2010, <http://fkks.com/>

Levy 2000

S.M. Levy, 'Authentication and Appraisal of Artwork', in. R.S. Kaufman, *Art Law Handbook*, New York: Aspen Law & Business 2000, p. 829-898

Levy, *Wis. L. Rev.* 1991/595

S.M. Levy, '*Liability of the art expert for professional malpractice*', *Wisconsin Law Review* 1991/595

Lovern 2012

L. Lovern, *The oeuvre catalogus and the art market: the price of reciprocity*, Ann Arbor: ProQuest LLC. 2012

Miscellaneous Professional Liability 2017

Miscellaneous Professional Liability Insurance, Hiscox juni 2017, www.hiscox.com

Nesbitt 1999

P. Nesbitt, *About Professional Liability Insurance*, The Catalogue Raisonné Scholars Association 1999

Soanes & Stevenson 2008

C. Soanes en A. Stevenson, *Concise Oxford English Dictionary*, Oxford: Oxford University Press 2008

The Andy Warhol Foundation 2017

Paintings, sculptures, and drawings, The Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, 2017

Wallace 2015

J. Wallace, *Art Law Protecting Art Experts From Lawsuits Over Authenticity*, Artnet News 2015

Wallace 2016

J. Wallace, *Art Law On Protecting Expert Opinion*, Artnet News 2016

Jurisprudentielijst

Rb. Amsterdam (vzr.) 16 december 2012, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO7638, r.o. 4.1

Rb. Rotterdam 5 december 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AF2059

Hof Amsterdam 22 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3920

HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051

HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:282

HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0549

HR 7 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1558

New York Supreme Court 13 april 1929, *Hahn v. Duveen*, 234 N.Y.S. 185

Superior Court Suffolk 23 november 1976, *Gott v. Pulsifer*, 122/235

Supreme Court of California 9 juli 1963, *Tunkl v. Regents of the University of California*

U.S. District Court New York 24 februari 1992, *Kirby v. Wildenstein*, 784

Court of Appeal 1930, *Thompson v. LMS Railway*, KB 41

House of Lords 8 februari 1990, *Caparo Industries v. Dickman*, UKHL2

Privy Council (VK) 18 januari 1961, *Overseas Tankship Ltd vs. Morts Dock and Engineering*, 388

Regelgeving

Senate Bill 2015, S. 1229

Senate Bill 2015, S1229A