

vonnis

RECHTBANK NOORD-NEDERLAND

Afdeling privaatrecht
Zittingsplaats Groningen

zaaknummer / rolnummer: C/18/140366 / KG ZA 13-95

Vonnis in kort geding van 17 mei 2013

in de zaak van

EFRAIM MILIKOWSKI,
wonende te Eext,
eiser,
advocaat mr. H.W.J. Smeltekop,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE GRONINGEN,
zetelend te Groningen,
gedaagde,
advocaat mr. P. Koerts.

Partijen zullen hierna Milikowski en de Gemeente genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van Milikowski
- de pleitnota van de Gemeente.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Bij opgravingen in de Groninger binnenstad in respectievelijk 1995 en 1998 kwamen onder andere de restanten bloot te liggen van delen van middeleeuwse stadsmuren en toegangspoorten in de Herestraat en in de Oude Boteringestraat. De Gemeente wilde deze verdwenen stadspoorten op de een of andere wijze visueel terugbrengen in het stadsbeeld. In navolging van de geplaatste markeringen op de plek waar zich de resten van de oude Herepoort bevonden, zou ook in de Oude Boteringestraat een markering/kunstwerk worden geplaatst ter aanduiding van de voormalige plaats van deze verdwenen middeleeuwse stadspoort, de Boteringespoort. Deze bevond zich tot 1624 ter hoogte van hotel-restaurant Corps de Garde en het toenmalige kantoor van Kamminga Makelaars.

2.2. Na goedkeuring van een schetsontwerp ter zake heeft Milikowski de definitieve opdracht gekregen om een kunstwerk te ontwerpen. De uitwerking voorzag in twee muurornamenten met neonglas lichtbogen en vier spotlights, bevestigd aan de gevels aan weerszijden van de Oude Boteringestraat, welke delen tezamen met vier lichtgoten, verwerkt in het plaveisel van de straat, de verdwenen toegangspoort visualiseren.

2.3. Ter uitvoering van het kunstwerk heeft Milikowski de samenwerking gezocht met het bedrijf Neon Weka B.V. te Amsterdam, dat zich onder meer had toegelegd op de uitvoering van lichtinstallaties ten behoeve van beeldend kunstenaars. Na goedkeuring van het ontwerp door de Gemeente en de Welstandcommissie heeft dit bedrijf het kunstwerk gerealiseerd en de elementen aan de gevels en de lichtlijnen in het plaveisel van de Oude Boteringestraat geïnstalleerd.

2.4. Op 11 november 2002 is het kunstwerk officieel in werking gesteld. Van meet af aan zijn storingen in de installatie opgetreden, zowel in de spotlights als in de neonglas-lichtlijnen. Ook bleken de schroeven van de deksels en de waterdichte pakkingen van de lichtbakken in de straat van onvoldoende kwaliteit, waardoor waterschade optrad hetgeen vervolgens zorgde voor lichtuitval.

2.5. Daarnaast is sinds de installatie van het kunstwerk het gevel-element aan het voormalige pand van Kamminga Makelaars twee maal door krachten van buitenaf beschadigd, één maal door een hoogwerker, waarbij onder meer het gehele RVS-element werd ontzet, en later nog eens door een hijskraan, waarbij ook de neonglas-boog van het desbetreffende element werd vernield. Een jaar daarna, begin 2012, heeft de brandweer de perspex-plaat uit het gevelement verwijderd, omdat men meende dat het gevaar bestond dat door harde wind het element zou loskomen van de gevel.

2.6. Als gevolg van deze beschadiging is het kunstwerk tot op de dag van vandaag niet meer volledig operationeel, zij het dat de meeste elementen wel functioneren.

2.7. In november 2012 heeft het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente (op advies van de Dienst RO/EZ) het besluit genomen dat het kunstwerk "een virtuele Boteringepoort" zal worden verwijderd.

3. Het geschil

3.1. De vordering van Milikowski strekt ertoe:

I. de Gemeente te verbieden de lichtinstallatie Markatiepunt Boteringepoort (ook: het kunstwerk "een Virtuele Boteringepoort") en al hetgeen hiermee rechtstreeks, dan wel indirect hiermee in verbinding staat, geheel of gedeeltelijk te verwijderen;

II. de Gemeente te veroordelen tot herstel van het werk binnen een maand na het wijzen van dit vonnis door de lichtlijnen volledig werkend en onderling volgens het ontwerp uitgelijnd op te leveren;

III. de Gemeente te veroordelen tot betaling van een voorschot op schadevergoeding van € 25000,00 voor de uren die Milikowski heeft geïnvesteerd in het afdwingen van Gemeente Groningen tot het plegen van onderhoud c.q. uitvoeren van herstelwerkzaamheden en de reputatieschade die uit dit nalaten voor hem is voortgevloeid;

IV. de Gemeente te veroordelen tot betaling van een dwangsom van € 5000,00, althans een door de voorzieningenrechter te bepalen dwangsom, voor elke dag of deel daarvan dat gedaagde niet voldoet aan het gevorderde onder I. en II. per overtreding van het gevorderde onder I. en II.;

V. de Gemeente te veroordelen in de kosten van dit geding, alsmede de nakosten volgens het liquidatietarief, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, en - voor het geval voldoening van de (na-)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na-)kosten vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

3.2. De Gemeente heeft verweer gevoerd.

4. De beoordeling

De vorderingen onder I. en II.

4.1. Nu gebleken is dat de Gemeente voornemens is tot verwijdering van het gehele kunstwerk over te gaan, moet bij de beoordeling van de onderhavige vordering het volgende als uitgangspunt gelden.

4.2. In het licht van de rechtspraak (vgl. HR 6 februari 2004, LJN AN7830) en de literatuur dienaangaande moet worden geoordeeld dat de totale vernietiging van een voorwerp waarin een auteursrechtelijk beschermd werk is belichaamd, niet kan worden aangemerkt als een aantasting van het werk in de zin van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Auteurswet (Aw). Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is daaronder ook te verstaan de verwijdering van een kunstwerk uit de publieke ruimte, dat bestemd was om op de desbetreffende plaats in de publieke ruimte te worden ten toon gesteld. De maker van een kunstwerk als hier bedoeld kan dan ook niet uit hoofde van het bepaalde in artikel 25 Aw optreden tegen de verwijdering van het werk door de eigenaar daarvan uit de publieke ruimte.

4.3. Dat betekent niet dat het de eigenaar van een voorwerp waarin een auteursrechtelijk beschermd werk is belichaamd steeds vrijstaat dat voorwerp te vernietigen danwel het werk te verwijderen van de plaats in de publieke ruimte waarvoor het bestemd was, en dat de belangen van de maker aan de beschikkingsmacht van die eigenaar steeds ondergeschikt zijn. De vernietiging van een exemplaar van het werk kan immers misbruik van zijn bevoegdheid door de eigenaar opleveren in gevallen als in artikel 3:13 lid 2 BW bedoeld, dan wel anderszins onrechtmatig jegens de maker zijn. Ook een derde die een zodanig voorwerp vernietigt, kan daarmee onrechtmatig jegens de maker handelen. Van zodanig misbruik of anderszins onrechtmatig handelen zal eerder sprake zijn,

naarmate er minder exemplaren van dat werk bestaan. Gaat het om unieke exemplaren, zoals in casu het geval is, dan kan van de eigenaar onder omstandigheden verlangd worden dat hij slechts dan tot vernietiging overgaat indien daarvoor een gegronde reden bestaat en hij zich de gerechtvaardigde belangen van de maker ten minste in zoverre aantrekt dat hij er desgevraagd voor zorg draagt het bouwwerk behoorlijk te doen documenteren, althans de maker de gelegenheid biedt daartoe zelf het nodige in het werk te stellen.

4.4. Bij de vraag of sprake is van misbruik van bevoegdheid als bedoeld in artikel 3:13 lid 2 BW moet worden beoordeeld of de eigenaar bij de uitoefening van de bevoegdheid, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

4.5. De kernstelling van de Gemeente is dat zij uiteraard verantwoordelijk is voor haar eigendommen, doch dat het niet van haar gevegd kan worden dat zij een dergelijk gebrekkig ontwerp als het onderhavige kunstwerk in stand houdt. In dit verband heeft de Gemeente er eigenlijk slechts op gewezen dat de kosten van onderhoud en herstel van het kunstwerk in ieder geval op termijn hoger uitvallen dan de oprichtingskosten.

4.6. Wat daarvan ook zij, ook indien van de juistheid van de laatstbedoelde stelling van de Gemeente moet worden uitgegaan, betekent dit naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter niet zonder meer dat de belangenafweging als bedoeld in artikel 3:13 lid 2 BW in het voordeel van de Gemeente dient uit te vallen. Dit element kan daarbij wel een rol spelen, doch kan niet als enige reden zijn het belang van de Gemeente groter te achten dan dat van Milikowski.

4.7. Verder is onvoldoende gebleken van overige omstandigheden waardoor het niet van de Gemeente gevegd zou kunnen worden het werk in stand te laten en (wederom) in goede staat te brengen.

4.8. Voor zover de Gemeente heeft gesteld dat in het ontwerp en de technische uitwerking daarvan intrinsieke gebreken aanwezig zijn, is dat naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende onderbouwd. Daarnaast is de vraag of de Gemeente - indien al kan worden aangenomen dat het een gebrekkig ontwerp en/of constructie is - de verantwoordelijkheid daarvoor ten volle bij Milikowski kan neerleggen. Niet betwist is immers dat de Gemeente betrokken is geweest bij diverse besprekingen over de uitvoering van het ontwerp, waarbij Milikowski, medewerkers van de Gemeente en medewerkers van Neon Weka aanwezig waren. Verder is niet in geschil dat de Gemeente - nadat bleek van constructiefouten - Neon Weka diverse malen heeft ingeschakeld om de gebreken te herstellen. Door de Gemeente is gesteld dat zij na afloop van de garantieperiode geen verdere stappen heeft ondernomen jegens Neon Weka.

4.9. Indien de Gemeente van mening was dat de gebreken te wijten waren aan het gebrekkig ontwerp van Milikowski (mede omdat de constructie niet los kan worden gezien van het ontwerp) en dat zij Milikowski daarvoor verantwoordelijk houdt, had het op de weg van de Gemeente gelegen Milikowski daarop te wijzen en hem aan te spreken tot herstel.

Nu daarvan niet is gebleken en de gemeente zich rechtstreeks met Neon Weka heeft verstaan, gaat het niet aan Milikowski van mogelijke gebreken in de constructie een verwijt te maken.

4.10. Voor zover sprake is (geweest) van vernieling van delen van het werk is dit - onweersproken - veroorzaakt door krachten van buitenaf.

Niet is komen vast te staan dat dit - deels - inherent zou zijn aan het ontwerp en/of de constructie van het kunstwerk.

4.11. Het vorenstaande brengt met zich dat de belangenafweging als bedoeld in artikel 3: 13 BW in het voordeel van Milikowski moet uitvallen en dat de vordering onder I. voor toewijzing gereed ligt.

4.12. De toewijzing van de vordering onder I. betekent tevens dat grond bestaat voor toewijzing van de vordering onder II. Immers, het in stand laten van het kunstwerk in de huidige staat, is aan te merken als een aantasting van het werk waartegen Milikowski zich op basis van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Aw kan verzetten.

Omdat niet op voorhand duidelijk is dat de gevorderde termijn van een maand voldoende is, ziet de voorzieningenrechter aanleiding de termijn te stellen op drie maanden na betekening. Indien dat onvoldoende soelaas biedt voor de Gemeente, staat het haar uiteraard vrij verlenging van die termijn al dan niet in rechte te bewerkstelligen.

De vordering onder III.

4.13. Op grond van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Aw is het naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter heel wel mogelijk dat de Gemeente verplicht is tot regulier onderhoud van het kunstwerk, omdat slecht onderhoud tot aantasting van het werk leidt.

Voor zover al kan worden vastgesteld of het onderhoud door de Gemeente in het verleden te wensen overgelaten heeft en de Gemeente daardoor schadelijk is geworden jegens Milikowski, is de daardoor mogelijk geleden schade en de omvang daarvan niet voldoende - met objectieve en verifieerbare stukken - onderbouwd.

Bovendien is het spoedeisende belang bij deze vordering onvoldoende onderbouwd. Gelet daarop wordt de vordering onder III. afgewezen.

De vordering onder IV.

4.14. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter bestaat voorshands geen aanleiding aan de toewijzing van de vorderingen onder I. en II. een dwangsom te verbinden, nu de Gemeente als overheidsorgaan geacht wordt rechterlijke uitspraken na te leven.

De vordering onder V.

4.15. De Gemeente zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Ingevolge artikel 1019h Rv zijn de gevorderde volledige advocaatkosten ad € 9.936,00 toewijsbaar. De kosten aan de zijde van Milikowski worden begroot op:

- dagvaarding	€	103,82
- griffierecht		842,00
- salaris advocaat		9.936,00
Totaal	€	9.881,82.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. verbiedt de Gemeente de lichtinstallatie Markatiepunt Boteringepoort (ook: het kunstwerk "een Virtuele Boteringepoort") en al hetgeen hiermee rechtstreeks, dan wel indirect hiermee in verbinding staat, geheel of gedeeltelijk te verwijderen;

5.2. veroordeelt de Gemeente tot herstel van het werk binnen drie maanden na de betekening van dit vonnis door de lichtlijnen volledig werkend en onderling volgens het ontwerp uitgelijnd op te leveren;

5.3. veroordeelt de Gemeente in de proceskosten, aan de zijde van Milikowski tot op heden begroot op € 9.881,82, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.4. veroordeelt de Gemeente in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat de Gemeente niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.B.M. Keurentjes en in het openbaar uitgesproken op 17 mei 2013.

type: js

Voor griffier/alschrift conform



17 MEI 2013

De griffier,