

218. Aansprakelijkheid en verzekering bij bruikleen van kunst

MR. H. BIJLEVELD

Wanneer een museum een kunstwerk van een derde (vaak een ander museum of een particulier) tentoonstelt, gebeurt dat normaalgesproken op basis van bruikleen. Dit artikel gaat in op de aansprakelijkheidsrisico's bij bruikleen van kunst en de wijze waarop met die risico's in de praktijk wordt omgegaan, in het bijzonder door het afsluiten van een 'spijker tot spijker' verzekering. Ook zal worden ingegaan op de bijzondere positie van de rijkscollectie, waarbij in navolging op een recent initiatief vanuit de Tweede Kamer, een 'niet-verzekerd' model zal worden bepleit.

Wat is bruikleen?

Bruikleen is de overeenkomst waarbij de ene partij (de bruikleengever) aan de andere partij (de bruikleennemer) een zaak, een gedeelte van een zaak of een vermogensrecht tijdelijk en zonder tegenprestatie in gebruik geeft en de andere partij zich verbindt om het geleende terug te geven op het tijdstip dat uit de overeenkomst of de wet voortvloeit (art. 7A:1777 BW). De bruikleennemer wordt geen eigenaar. Het eigenaarsrisico blijft dus bij de eigenaar/bruikleengever.

Op de bruikleennemer rust de verplichting om als een goed huisvader zorg te dragen voor bewaring en behoud van het in bruikleen gegeven voorwerp (art. 7A: 1781 lid 1 BW). De bruikleennemer dient het voorwerp aan het einde van de bruikleen in de juiste staat terug te geven aan de bruikleengever. Doet hij dat niet, dan is hij in beginsel aansprakelijk, tenzij hij kan aantonen dat hij niet is tekortgeschoten in zijn zorgplicht (art. 6:74 BW).¹

Zolang de bruikleennemer dus aantoonbaar aan zijn zorgplicht voldoet, loopt hij geen aansprakelijkheidsrisico. Een uitzondering op dit systeem is wanneer de waarde van het voorwerp bij aanvang van de bruikleen is geschat. In dat geval verschuift het risico naar de bruikleennemer. Die is dan aansprakelijk voor alle schade/verlies, ongeacht de oorzaak en ongeacht of hij is tekortgeschoten in zijn zorgplicht (art. 7A:1783 BW). Deze bepaling kan juist bij bruikleen van kunst relevant zijn.

Bij bruikleen van kunst wordt doorgaans een verzekerde waarde afgesproken in verband met de door de

bruikleennemer af te sluiten 'spijker tot spijker'-verzekering (zie hierna). In de rechtspraak is aangenomen dat een dergelijke waardevaststelling kan worden aangemerkt als een schatting als bedoeld in artikel 7A:1783 BW.² Dat leidde bijvoorbeeld in de rechtszaak tegen het Frans Hals museum in Haarlem, de betreffende bruikleennemer, tot een aanzienlijke schadepost. Wat was er gebeurd? Het Frans Hals museum had een schilderij van Jan Steen in bruikleen genomen van een particulier. Op verzoek van de bruikleengever had het museum het schilderij verzekerd voor een bedrag van € 3 miljoen. Het schilderij werd gestolen en de verzekeraars waren, na taxatie door drie deskundigen, slechts bereid om € 495.000 te vergoeden (het gemiddelde bedrag van de drie taxaties). Uit de uitspraak valt niet op te maken wat de reden was voor de veel lagere uitkering, maar vermoedelijk hield die verband met het indenniteitsbeginsel (zie hierna). Op grond daarvan mag de verzekerde – bij een 'spijker tot spijker'-verzekering is dat de bruikleengever – door de verzekeringsuitkering niet in een duidelijk voordeliger positie geraken dan wanneer het gedekte evenement zich niet had voorgedaan (art. 7:960 BW).³ De bruikleengever stelde zich jegens het museum op het standpunt dat hij een bedrag van € 3 miljoen zou ontvangen in geval van verlies van het schilderij en vorderde het verschil van het museum. De rechtbank ging daarin mee, overwegende dat de vaststelling van de verzekeringswaarde als een schatting als bedoeld in artikel 7A:1783 BW had

² Rb Haarlem 23 maart 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AT1753 (Frans Hals Museum).

³ De uitzondering op het indenniteitsbeginsel, te weten wanneer de verzekerde waarde tot stand is gekomen krachtens een aan een deskundige opgedragen beslissing of krachtens een beslissing van partijen overeenkomstig het advies van een deskundige (vgl. de tweede zin van artikel 7:960 BW) deed zich hier niet voor.

¹ Asser/Van Schaick 7-VIII, nr. 209.

te gelden. Het museum droeg als gevolg daarvan het risico voor het schilderij (ongeacht of het iets te verwijten viel ten aanzien van de diefstal) en wel tot het ‘geschatte’ bedrag van € 3 miljoen. Een lelijke uitkomst voor het Frans Hals museum, dat een schadevergoeding moest betalen die vele malen hoger was dan de werkelijke, althans de getaxeerde waarde van het schilderij. De rechtbank kwam het museum overigens wel op creatieve wijze te hulp door de fixatie van € 3 miljoen als een boetebeding te beschouwen en deze boete vervolgens te matigen met inachtneming van de werkelijke waarde van het schilderij (vgl. art. 6:91 jo. 6:94 BW).

De casus van het Frans Hals museum illustreert de noodzaak om in de bruikleenovereenkomst duidelijke afspraken te maken over de waarde van het te lenen kunstwerk.

De casus van het Frans Hals museum illustreert de noodzaak om in de bruikleenovereenkomst duidelijke afspraken te maken over de waarde van het te lenen kunstwerk. Dat kan ook, nu artikel 7A:1783 BW van regelend recht is en partijen daar dus bij overeenkomst van kunnen afwijken. Alertheid is met name geboden indien het verzekerde bedrag (al dan niet op verzoek van de bruikleengever) hoger wordt vastgesteld dan de ‘werkelijke’ of getaxeerde waarde. De bruikleenemer dient in dat geval zijn aansprakelijkheid te beperken tot die laatste waarde.

Transport en verpakking

De wet bepaalt niet wie het heentransport dient te organiseren. Ter zake van het retourtransport gaat de wet uit van een brengschuld, aangezien de bruikleenemer verplicht is tot teruggave van het voorwerp (art. 6:41 BW).⁴ De praktijk is dat de bruikleenemer zowel het heen als het retourtransport organiseert. Dat is ook logisch: de bruikleengever verstrekt het kunstwerk immers al zonder tegenprestatie en het is vreemd als hij dan zelf de kosten zou moeten dragen voor het transport.

Wanneer de bruikleenemer het transport organiseert is hij aansprakelijk voor eventuele schade tijdens dat transport. Hij is ook aansprakelijk voor fouten van de door hem ingeschakelde hulppersonen (artikel 6:76 BW).

Ter zake van het transport kunnen waarborgen worden ingebouwd. Vaak wordt afgesproken dat het transport wordt uitgevoerd door een in kunsttransport gespecialiseerde vervoerder. Ook kan worden afgesproken dat (een vertegenwoordiger van) de bruikleengever het transport begeleidt. De bruikleengever dient zich wel ervan bewust te zijn dat hij daardoor mogelijk (mede)aansprakelijkheid voor schade tijdens het transport naar zich toetrekt.

Ten aanzien van het verpakken is gangbaar dat de bruikleengever verantwoordelijk is voor het (laten) verpakken van het kunstwerk voorafgaand aan de bruikleen (al dan niet op kosten van de bruikleenemer) en dat de bruikleenemer het kunstwerk verpakt voorafgaand aan het retourtransport. De bruikleenemer zal (in beginsel) niet aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van het op gebrekkige wijze verpakken van het kunstwerk door de bruikleengever zelf, voorafgaand aan het heentransport. Voor schade als gevolg van een fout bij het verpakken door de bruikleenemer voorafgaand aan het retourtransport is de bruikleenemer wél aansprakelijk.

Aan te bevelen is, om de conditie van het kunstwerk bij aanvang en einde van de bruikleen goed vast te leggen.⁵ Dit kan bijvoorbeeld door vóór het verpakken een conditierapport op te (laten) stellen en af te spreken dat de bruikleenemer bij aankomst van het kunstwerk en bij het einde van de tentoonstelling de conditie van het kunstwerk controleert. Eventueel kan aan het conditierapport dwingende bewijskracht worden toegekend ten aanzien van de staat van het kunstwerk. In dat geval is sprake van een – in beginsel afdwingbare – bewijsovereenkomst.

De ‘spijker tot spijker’-verzekering

Meestal wordt bij bruikleen een ‘spijker tot spijker’-verzekering afgesloten. Daarbij wordt het kunstwerk tegen alle risico’s tijdens verblijf en transport verzekerd. Doorgaans kent de ‘spijker tot spijker’-verzekering een zeer ruime dekking (all risks) en slechts een zeer beperkt aantal uitsluitingen (oorlogsrisico’s⁶, atoomkernreactie, normale slijtage). Wel gelden, zoals bij elke verzekering, de wettelijke uitsluitingsgronden voor schade als gevolg van opzet of roekeloosheid (art. 7:952 BW) en voor schade als gevolg van de aard of een gebrek aan het kunstwerk (art. 7:951 BW), voor zover van betreffende artikelen niet is afgeweken. Bij opzet/roekeloosheid kan bijvoorbeeld worden gedacht aan diefstal als gevolg van het onbeheerd achterlaten van het voertuig tijdens transport. Bij een eigen gebrek kan bijvoorbeeld worden gedacht aan schade als gevolg van het gebruik van gebrekkige verf, zoals die zich in het voorjaar van 2016 voordeed bij een aantal werken van Karel Appel.

De ‘spijker tot spijker’-verzekering wordt afgesloten door de bruikleenemer, die ook de premie betaalt. De verzekerde onder de polis is de bruikleengever. Het betreft een zaakverzekering: verzekerd is het in bruikleen te nemen kunstwerk. De verzekering dekt dus niet de aansprakelijkheid van de bruikleenemer jegens de bruikleengever uit hoofde van de bruikleenovereenkomst (het is dus geen aansprakelijkheidsverzekering). De facto wordt het aansprakelijkheidsrisico van de bruikleenemer wel afgedekt,

4 Asser/Van Schaick 7-VIII, nr. 209 en 239.

5 Zie voor een voorbeeld waarin er discussie bestond over de vraag wie verantwoordelijk was voor schade aan een uitgeleend kunstwerk Raad van Toezicht Verzekeringen 21 mei 2007, nr. 2007-051.

6 Artikel 3:38 Wft verbiedt het verzekeren van het oorlogs- of ‘molest’ risico.

aangezien vanwege de ruime dekking de bruikleengever in geval van schade normaalgesproken zijn schade volledig vergoed zal krijgen onder de polis (de ‘spijker tot spijker’-verzekering kent normaalgesproken geen eigen risico).

De ‘spijker tot spijker’-verzekering dekt de herstelkosten in geval van beschadiging, alsook schade als gevolg van algeheel verlies of vermissing van het kunstwerk dan wel waardevermindering als gevolg van een (al dan niet herstelde) beschadiging.

De indemniteitsregeling

De prijzen van kunstwerken zijn in de afgelopen decennia spectaculair gestegen. Dat maakt dat de premies voor het verzekeren van (internationale) bruikleen navenant zijn gestegen. Dit gaat ten koste van de collectiemobiliteit en wordt onwenselijk geacht. Daarom kent Nederland sinds 1989 een regeling voor indemniteit van bruiklenen (de ‘indemniteitsregeling’).⁷

De indemniteitsregeling is bedoeld voor tentoonstellingen waarbij vanuit het buitenland of vanuit particuliere collecties kunstwerken worden ingeleend en waarbij de bruikleengever altijd als vereiste zal stellen dat er een ‘spijker tot spijker’-verzekering wordt afgesloten. De indemniteitsregeling is een garantieregeling waarbij de Nederlandse Staat een deel van het risico op schade aan en verlies van het in bruikleen te nemen kunstwerk overneemt. Dit deel hoeft dus niet meer te worden verzekerd en daardoor is de door de organisator van de tentoonstelling te betalen verzekeringspremie aanzienlijk lager dan zonder deze garantie. Juridisch-technisch bezien is de indemniteitsregeling een subsidie die wordt toegekend onder de opschortende voorwaarde dat schade optreedt aan het ingeleende kunstwerk.

Het maximale plafond van de indemniteitsregeling bedraagt € 300 miljoen. Er mag dus op enig moment niet meer dan in totaal € 300 miljoen aan garanties uitstaan. Dit lijkt veel, maar gelet op de huidige prijzen van kunstwerken kan dit bedrag snel zijn bereikt. In de afgelopen jaren is diverse malen voorgekomen dat één enkele ‘blockbuster’-tentoonstelling volledig beslag legde op de indemniteitsregeling, waardoor andere initiatieven geen aanspraak meer konden maken op de regeling. Om dat probleem te ondervangen is de indemniteitsregeling per 1 januari 2016 aangepast in die zin dat per tentoonstelling tot een maximaal bedrag van € 75 miljoen een beroep kan worden gedaan op de regeling. De verwachting is dat de regeling daardoor vaker en door meer partijen benut kan worden. Deze wijziging is op zichzelf begrijpelijk, de keerzijde daarvan is echter dat een bedrag van € 75 miljoen veelal onvoldoende zal zijn om een ambitieuze (internationale) tentoonstelling te organiseren. Een initiatief, zoals de recente overzichtstentoonstelling

van de werken van Jheronimus Bosch, waarvoor vanuit de hele wereld schilderijen naar het Noordbrabants Museum zijn gestroomd, zal onder de nieuwe regeling dus moeilijker te financieren zijn.

Naar een ‘niet-verzekerd’-model voor de rijkscollectie?

Bij internationaal bruikleenverkeer en het bruikleenverkeer met particulieren zal het afsluiten van een ‘spijker tot spijker’-verzekering veelal als voorwaarde worden gesteld door de bruikleengever. Bij het museale bruikleenverkeer in Nederland van stukken behorende tot de rijkscollectie wordt regelmatig ook een ‘spijker tot spijker’-verzekering afgesloten. Maar dat ligt echter minder voor de hand. Eerst kort iets over de rijkscollectie. Deze collectie telt ca. 120.000 kunstvoorwerpen. Van schilderijen en beeldhouwwerken tot meubels, sieraden en affiches. De Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed (onderdeel van het ministerie van OC&W) beheert de collectie. Veel staat, hangt of ligt in musea (met name in de 21 verzelfstandige rijksmusea die ons land telt), openbare gebouwen en Nederlandse ambassades. Wat niet is uitgeleend, is opgeslagen in depots in Rijswijk. Met de beheerders van de rijkscollectie zijn beheersovereenkomsten gesloten waarin de voorwaarden voor het beheer zijn vastgelegd. De rijkscollectie is normaalgesproken niet verzekerd (de Staat is eigen risicodragers).⁸

Het beheer van de rijkscollectie is primair gericht op het behoud van cultuurobjecten voor de toekomst.⁹ Daarnaast schrijft de Erfgoedwet voor dat een college van staat of een instelling de toegankelijkheid van cultuurobjecten wordt bevordert.¹⁰ Uit die laatste doelstelling komt het streven naar collectiemobiliteit voort.

Ter bevordering van de collectiemobiliteit is in 1989 tussen het Rijk en de gemeenten Den Haag, Rotterdam, Amsterdam en Gouda de ‘Kaderovereenkomst Bruikleen-

Doorgaans kent de ‘spijker tot spijker’ verzekering een zeer ruime dekking.

verkeer 1989’ gesloten. Deze regeling maakt het mogelijk om werken uit de rijkscollectie tegen minimale bruikleenvoorwaarden uit te lenen aan elk professioneel museum dat onder de verantwoordelijkheid van deze overheden valt.¹¹ Door de minimale bruikleenvoorwaarden wordt

8 Zie voor de wijze waarop de rijkscollectie wordt beheerd het onderzoeksrapport ‘Zicht op de rijkscollectie’ opgesteld door Erfgoedinspectie, te downloaden via www.rijksoverheid.nl.

9 Artikel 2.1 van de Erfgoedwet.

10 Artikel 2.2 van de Erfgoedwet.

11 De volgende elementen vormen de kern van de regeling: (i) als het object in waarde vermindert, wordt dat niet verhaald op de bruikleenemer, (ii) de bruikleenemer is alleen tijdens het transport van en naar de bruikleengever aansprakelijk voor het geheel verloren gaan van een object, (iii) tijdens het verblijf bij de bruikleenemer draagt de Staat dit risico en (iv) de bruikleenemer is altijd aansprakelijk voor herstelbare

7 Laatstelijk gewijzigd op 24 oktober 2015, Stcrt. 2015, nr. 37956 3 november 2015 (Subsidieregeling indemniteit bruiklenen 2016).

het aansprakelijkheidsrisico voor de bruikleennemer sterk verminderd en is een (volledige) ‘spijker tot spijker’-verzekering niet nodig. Daardoor kan fors worden bespaard op de verzekeringskosten.

Buiten de ‘Kaderovereenkomst Bruikleenverkeer 1989’ komt verzekering van bruikleen voor de rijkscollectie nog regelmatig voor. Daartegen bestaat weerstand vanuit de politiek, het ministerie van OC&W en de musea. Het bezwaar is dat de verzekeringspremies het bruikleenverkeer, en daarmee de collectiemobiliteit, belemmeren. Dit geldt voor de onderdelen van de rijkscollectie die al

niet noodzakelijk. Deze kosten zijn namelijk te overzien en het inlenende museum zal normaalgesproken in staat moeten zijn om deze te vergoeden.

De verzekering lijkt dus vooral te zien op schade als gevolg van algeheel verlies of vermissing van het kunstwerk, dan wel waardevermindering als gevolg van een (al dan niet herstelde) beschadiging. Bij dit soort schade kan het om significante bedragen gaan die het vermogen van de bruikleennemer (ver) te boven gaan. Dat zou op het eerste gezicht kunnen nopen tot verzekering.

Echter, als wordt beschouwd wat het doel is van de rijkscollectie is het maar de vraag of verzekering tegen de economische waarde bij bruikleen wenselijk en/of noodzakelijk is. Het doel van de rijkscollectie is enerzijds het behoud van cultuurobjecten voor de toekomst en anderzijds het zichtbaar maken van diezelfde cultuurobjecten (zie hiervoor). Afgezet tegen die doelstellingen lijkt de toegevoegde waarde om tegen economische waarde te verzekeren gering. De Staat als eigenaar van het cultuurobject ontvangt in geval van verlies, vermissing of waardevermindering weliswaar een som geld, maar daarmee kunnen de doelstellingen van de rijkscollectie niet alsnog worden gerealiseerd. Anders gezegd: de culturele waarde van een kunstvoorwerp is niet te verzekeren.

Het voorgaande betekent dat een verzekering tegen economische waarde alleen zinvol is indien dit, puur economisch gezien, per saldo voordelig zou zijn voor de Staat als eigenaar van de rijkscollectie en (indirecte) premiebetaler. Het antwoord op de vraag of verzekering tegen de economische waarde bij bruikleen wenselijk en/of noodzakelijk is, zal ontkennend luiden. Dit is inherent aan het verzekeringsbedrijf, waarin het totale bedrag aan premies altijd hoger is (en ook moet zijn) dan het bedrag aan schade-uitkeringen.

Gelet op het voorgaande verdient het idee van een ‘niet-verzeker model’ voor de rijkscollectie als gezegd ondersteuning.

Samenvattingen worden aanbevelingen

Het tentoonstellen van kunstwerken van derden gebeurt veelal op basis van bruikleen. Meestal zal daarbij de waarde van het kunstwerk op voorhand wordt geschat. In dat geval draagt de bruikleennemer het risico ten aanzien van het kunstwerk ongeacht of hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. De bruikleennemer is dan (in beginsel) aansprakelijk tot het bedrag van de geschatte waarde en dient er dus alert op te zijn dat de waarde van het kunstwerk niet te hoog wordt ingeschat. Om eventuele discussies over de staat van het kunstwerk te voorkomen verdient het aanbeveling om daarover heldere afspraken te maken, in het bijzonder met betrekking tot het op te stellen conditierapport en de bewijskracht daarvan.

Het verzekeren van bruikleen gebeurt door een afsluiten van een ‘spijker tot spijker’-verzekering. Deze verzekering

Het door de Kamerleden bepleitte ‘niet-verzekering model’ verdient ondersteuning.

tentoongesteld worden (waaronder de topstukken), maar ook en misschien wel juist voor de stukken die zich in de depots bevinden. Deze laatste categorie wordt nu niet ‘gebruikt’ terwijl daar wel degelijk interesse voor zou kunnen zijn. Het tweede bezwaar tegen verzekeren is dat daardoor publiek geld – via de subsidiëring van de musea en vervolgens premiebetaling door de musea – toevloet naar commerciële verzekeraars.¹² Bij motie van 23 juni 2016 hebben de Kamerleden Van Toorenburg en Pechtold de regering verzocht om te onderzoeken op welke wijze, ten aanzien van binnenlands bruikleenverkeer een ‘niet-verzekering’-model kan worden vormgegeven.¹³ De motie is aangenomen, de status van het gevraagde onderzoek is ten tijde van het schrijven van dit artikel niet bekend.

Het door de Kamerleden bepleitte ‘niet-verzekering’-model verdient ondersteuning. De rijkscollectie is normaalgesproken niet verzekerd (de Staat is eigen risicodragers). De vraag is dan waarom dat bij museaal bruikleenverkeer anders zou moeten zijn.¹⁴ Een verhoogd risico op schade of verlies als gevolg van bruikleen lijkt niet als argument vóór verzekering te kunnen worden gebruikt. Algemeen wordt aangenomen dat de Nederlandse musea voldoende professioneel zijn om aan de vereisten voor goed beheer te kunnen voldoen.¹⁵ En voor zover daarover twijfel mocht bestaan, kan in individuele gevallen alsnog voor verzekering worden gekozen of kan (alsnog) worden afgezien van bruikleen. Meer principieel is de vraag wat nu eigenlijk wordt beoogd met de verzekering. Met betrekking tot eventuele restauratiekosten is verzekering

schade aan een object.

12 Tweede Kamer, vergaderjaar 2015-2016, 34 300 VIII, nr. 127, p. 18 (vaststelling begroting OC&W).

13 Tweede Kamer, vergaderjaar 2015-2016, 32 820, nr. 192 (nieuwe visie cultuurbeleid) nr. 192.

14 Vgl. ook M. Hendrikse, *Museumrechtwijzer* (2000), p. 312.

15 Deze vereisten, die sinds de inwerkingtreding van de nieuwe Erfgoedwet (Stb. 2015, 511) zijn vastgelegd in de Regeling beheer rijkscollectie en subsidiëring museale instellingen (Stcrt. 2016, nr. 1220, 14 januari 2016) en voorheen in de Regeling materieelbeheer museale voorwerpen 2013 (Rmmv 2013), sluiten aan bij de normen die in het museale veld zelf zijn ontwikkeld (bijvoorbeeld de Ethische Code voor Musea) en worden doorgaans goed nageleefd.

biedt ruime dekking (all risks) tijdens het verblijf en het transport.

Bij internationale bruikleen en bruikleen van particulieren kan de bruikleennemer, teneinde de verzekeringskosten te drukken, gebruik maken van de indemniteitsregeling. Daarbij neemt de Staat het aansprakelijkheidsrisico gedeeltelijk op zich. Op die manier wordt het vaker mogelijk om (zeer) kostbare stukken tijdelijk in Nederland tentoon te stellen.

Voor het bruikleenverkeer tussen Nederlandse musea bestaat minder noodzaak tot verzekeren. Recent is vanuit de politiek aangedrongen op een ‘niet-verzekeer’-model ten

aanzien van binnenlands bruikleenverkeer. Dit voorstel verdient ondersteuning. Door een ‘niet-verzekeer’-model zullen de verzekeringskosten afnemen en zal de collectiemobiliteit worden vergroot.

Over de auteur

Mr. H. Bijleveld is advocaat bij Pact advocaten te Amsterdam. Daarnaast is hij redacteur van dit tijdschrift.