

Eden versus Whistler

De opdracht tot het maken van een portret: aanneming van werk,
overeenkomst van opdracht of koop van een toekomstige zaak?

Inleiding

We schrijven juni 1893. Sir William Eden, kunstverzamelaar, 'sportsman' en vader van de Engelse politicus Anthony Eden, heeft het plan opgevat zijn vrouw Sybil Eden te laten portretteren door de bekende Amerikaanse kunstschilder en graficus James Mc Neill Whistler. Zoals het een goed kunstenaar betaamt, woonde Whistler in Parijs. Lady Eden poseerde een aantal malen voor Whistler en nadat het portret af was stelde Whistler het ten toon in een van de salons in de Franse hoofdstad. Toen Eden hem vroeg het portret te overhandigen, weigerde Whistler het af te staan. Hij voelde zich door Eden vernederd vanwege de hoogte van de prijs die Eden hem had betaald. De cheque die hij van Eden had ontvangen, beschouwde hij als een fooi. Daarbij had Eden hem wijsgemaakt dat het portret van zijn vrouw een familie- en erfstuk zou worden. Maar in werkelijkheid wilde hij ermee de kunstmarkt op. Whistler weigerde niet alleen het portret te leveren, maar ook wiste hij met enige penseelstreken het hoofd van Lady Eden uit en verving het door het hoofd van een zekere Lady Hale, wier man Whistler eveneens had benaderd voor een portret.

Eden liet het er niet bij zitten en dagvaardde Whistler voor de Franse rechter. En dat was precies waar het Whistler om ging: Eden uit zijn tent te lokken. Hij wilde niet met zich laten sollen door snobs. Of zoals de advocaat-generaal in zijn conclusie zei in navolging van een kunstcriticus: 'He represents "Whistlerism and the Whistlerians". (...) He owed it to himself, to Whistlerism, and to all Whistlerians, not to allow himself to be tricked by Sir William Eden.'¹ Whistler begon het proces 'in the name of personal freedom – of the freedom of all artists – of the independence and the sovereignty of art (...)'.² Hij achtte het het absolute recht van de kunstenaar te allen tijde en onder alle omstandigheden afgifte te mogen weigeren.³

De vraag die de rechter onder andere moest beantwoorden was, wat voor soort overeenkomst Eden en Whistler hadden gesloten. Wat was de aard van het contract

1 J. Mc Neill Whistler, *The Baronet and the Butterfly, A Valentine with a verdict*, New York 1899, 66.

2 Whistler, noot 1, 67.

3 Whistler, noot 1, 79.

waarbij Edén Whistler de opdracht had gegeven tot het maken van een portret? Was het aanneming van werk, koop van een toekomstige zaak of een gemengd contract? Het antwoord op deze vraag was van belang voor de vraag of de eigendom van het portret niet reeds voor de levering op Edén was overgegaan. Frans recht was van toepassing en naar Frans recht is levering bij de koopovereenkomst geen constitutief vereiste voor de eigendomsoverdracht.

We zullen zien dat de vraag naar de aard van dergelijke contracten ook in het Romeinse recht is gesteld en dat deze vraag tot op de dag van vandaag actueel is, niet alleen voor het Franse recht, maar ook voor het Nederlandse recht. Naar huidig Nederlands recht doen zich bij dit soort afspraken eveneens afbakeningsproblemen voor en wel tussen maar liefst drie contracten, te weten tussen aanneming van werk, koop en de overeenkomst van opdracht, de nieuwe ster aan het firmament in het Burgerlijk Wetboek(BW). Onder het oud BW werd de laatstgenoemde overeenkomst de 'overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten' genoemd, maar was niet met zo veel woorden in het wetboek geregeld.

Terzijde komt het Engelse recht ter sprake.

We zullen zien dat het Romeinse recht niet alleen een dogmatisch mooiere, maar ook een praktischer en bruikbaarere oplossing voor het probleem bood dan het huidige Franse en Nederlandse recht. Het Weens koopverdrag van 1980 heeft de Romeinse oplossing overgenomen.

Het proces tegen Edén was niet het enige proces dat hij voerde. Whistler stond bekend om zijn licht ontvlambare natuur.

Iets over de schilder.

Whistler, die zowel in Amerika als in Europa een gevierd kunstenaar was, werd in 1834 geboren in Massachusetts. Na een korte, tot mislukken gedoemde opleiding aan de militaire academie in West Point vertrok hij, nadat hij uit het leger was gezet, naar Europa om kunstenaar te worden. Hij genoot zijn kunstopleiding in Londen, Parijs en Sint Petersburg. In Parijs werd hij opgenomen in de kring rondom Gustav Courbert, de voorman van de realisten.⁴ Hij was bevriend met Manet en was samen met Oscar Wilde een prominent figuur in de zogeheten 'esthetische beweging'. Whistler werkte enige tijd in Venetië en Holland, waar hij onder andere schilderde en etste in Amsterdam, Dordrecht en Domburg.⁵

Whistler was niet alleen vermaard om zijn artistieke gaven, maar vooral om zijn levenswandel. Hij kreeg het met menigeen aan de stok. Bekend is het proces dat hij in 1877 voerde tegen de kunstcriticus John Ruskin die kritiek uitte op een van Whistlers

⁴ *Whistler en Holland*, ed J.E. Heijbroek, M.F. Mc Donald, Zwolle, 1997, 12.

⁵ *Whistler and His Circle in Venetië*, ed E.Denker, Londen 2003; Whistler en Holland, noot 4.

schilderijen.⁶ Whistler had het realisme inmiddels de rug toegekeerd. Hij vond dat 'if the man who paints only the tree, flower or other surface he sees before him were an artist, the king of artists would be the photographer'.⁷ Hij begon te schilderen in de trant van de schilder Turner, die in 1851 was overleden. Ruskin had opgemerkt dat Whistler met het schilderij getiteld *Nocturne in Black and Gold; The falling Rocket*, het publiek een pot verf in het gezicht had gesmeten:

'I have seen, and heard, much of Cockney imprudence before now; but never expected to hear a coxcomb ask two hundred guineas for flinging a pot of paint in the public's face.'⁸

Het schilderij maakte deel uit van een aantal rivierscènes, *Nocturnes* genoemd. Er was 'little to see in the oil'.⁹ Whistler klaagde Ruskin aan wegens smaad. Het proces bleef niet onopgemerkt en haalde de wereldpers vooral omdat Whistler zich in de rechtszaal niet onbetuigd liet. Zo zei hij toen de advocaten van Ruskin hem vroegen of hij kon uitleggen wat er nu zo mooi was aan het schilderij: 'No! Do you know I fear it would be as hopeless as for the musician to pour his notes into the ear of a deaf man'.¹⁰ Niet minder geestig was het commentaar van een expert die door de rechter was opgeroepen om het schilderij te beoordelen. Het schilderij werd hem getoond. De deskundige vroeg de rechter naar de titel. Deze antwoordde 'A Thames fog', waarop de deskundige zei: 'The fog is very well done, for I really see anything'.¹¹ Whistler won het proces tegen Ruskin, maar kreeg niettemin weinig schadevergoeding en ging vanwege de hoge proceskosten failliet. De 'Nocturnes' bleken onverkoopbaar.

Minstens zo bekend als zijn schilderijen, is zijn nalatenschap in geschrifte. Zijn geschriften zijn, na eerst een hardnekkig meningsverschil te hebben uitgevochten met zijn uitgever, door hem gebundeld en uitgegeven onder de titel 'The gentle art of making enemies'. Hierin vinden we onder andere pamfletten over zijn kijk op kunst, zijn woordenwisseling met Oscar Wilde, de weerlegging van de kritiek van critici zoals Ruskin en de brieven aan zijn uitgever.

Het proces tegen Eden is door hem weergegeven in een boekje getiteld: 'Eden versus Whistler. The baronet and the butterfly. A valentine with a verdict'.¹² De vlinder is het anagram van Whistler.

6 L. Merrill, *A pot of paint. Aesthetics on Trial in Whistler v Ruskin*, Washington en Londen, 1992.

7 J. A. Mc Neill Whistler, *The gentle art of making enemies*, met een introductie van E. Werner, New York 1967, XI.

8 *Whistler en Holland*, noot 4, 34; *The gentle Art of making enemies*, noot 7, 1.

9 *The gentle Art of making enemies*, noot 7, XIII.

10 *The gentle Art of making enemies*, noot 7, XVI.

11 Whistler, noot 1, 58.

12 Whistler, noot 1. In dit boekje staan de pleidooien die gehouden zijn voor het Hof van appel en is het vonnis van deze rechter weergegeven.

Feiten.

Eden wilde, zoals gezegd, een portret van zijn vrouw van de hand van Whistler. Via de firma Goupil¹³, de Parijse vertegenwoordiger van Whistler, ging Eden met Whistler in onderhandeling. Ze spraken voornamelijk over de prijs. Van meet af aan stond vast dat Eden niet van plan was al te veel te betalen. De reden hiervoor was dat hij al een aanzienlijk bedrag had uitgegeven aan een eerdere, mislukte poging van een andere kunstenaar zijn vrouw te vereeuwigen. Eden schrok dan ook van het bedrag van £ 525 dat volgens Goupil betaald moest worden voor een portret. 'I fully recognise and appreciate Mr. Whistler's merits, but I hoped his charge for a head only would have been much less than £ 525' schreef Eden Goupil op 5 juni 1893 vanuit Hotel 'des Trois Couronnes' in Aix-les-Bains.¹⁴

Eden probeerde vervolgens via kunstcriticus George Moore die zowel met Eden als met Whistler bevriend was, Whistler ertoe te brengen zijn prijs te verlagen. Moore wist bij Whistler de gevoelige snaar te raken. 'You will have to paint a very lovely and very elegant woman, whose portrait you will be delighted to undertake.'¹⁵ Daarop maakte Whistler kennis met de Edens en bespraken zij het te maken portret. Whistler berichtte Eden alras per brief dat het wat hem betrof niet zozeer ging om de hoogte van de prijs. Hij sprak de verwachting uit dat Lady Eden haar medewerking zou verlenen en voor hem zou gaan poseren:

'It is quite as to the little painting, and I think there can be no difficulties about the sum. The only interesting point is that I should be able to produce the charming picture, which, with the help of Lady Eden, ought to be expected. Once undertaken, however slight, for me, one work is as important as another, and even more so, as Calino said. As for the amount, Moore, I fancy spoke of one hundred to one hundred and fifty pounds'.¹⁶

Tussen Moore en Whistler was blijkbaar een bedrag van £ 100 tot £ 150 ter sprake gekomen. Eden nu vatte dit bedrag op als een definitieve prijsopgaaf. Whistler ging in januari 1894 aan de slag. Sybil Eden poseerde een aantal malen. Whistler beperkte zich niet tot het schilderen van haar hoofd; hij portretteerde haar gehele gestalte 'among surroundings perfectly appropriate to her'.¹⁷ Toen het portret bijna af was, bezocht Eden op 14 februari het atelier van Whistler om het portret te bekijken. Het was Valentijnsdag.

13 Goupil & Cie was een internationale kunsthandel met vestigingen in Parijs, Brussel, Den Haag, Berlijn, Wenen, New York en Londen. Vincent van Gogh werkte vanaf 1869 in het filiaal in Den Haag en daarna tot 1876 in het filiaal in Londen.

14 K. Matthys, Bruin en Goud; portret van Lady Eden, in: *De Witte Raaf*, Ding 00115, Editie 143 januari-februari 2010; Whistler, noot 1, 4.

15 Whistler, noot 1, 5.

16 Whistler, noot 1, 6. Ik heb niet kunnen achterhalen wie Calino is.

17 Whistler, noot 1, 7.

Blijkbaar was het gebruik dat geliefden en vrienden elkaar die dag met briefjes en cadeautjes verrassen in Frankrijk niet meer in zwang, want de Franse advocaat van Whistler zou later in het proces tegen Eden met enige nadruk zeggen dat deze oude traditie aan de andere kant van het Kanaal nog steeds bestond. Tijdens zijn bezoek aan Whistler op 14 februari stak Eden zijn bewondering voor het bijna voltooide schilderij niet onder stoelen of banken: 'The portrait is charming; it is more delightful every time I see it I am perfectly satisfied.'¹⁸ Bij zijn vertrek vertelde Eden dat hij op het punt stond te vertrekken naar India voor 'a sporting tour'. Hij overhandigde Whistler een enveloppe en zei 'Here is a Valentine for you. Look at it presently, after I have gone. Don't border about it just now'.¹⁹ In de enveloppe zat een cheque ter waarde van £ 105. In het begeleidend briefje had Eden het volgende geschreven:

'Dear Mr. Whistler – Herewith your valentine-cheque value one hundred guineas²⁰. The picture will still be of inestimable value to me, and will be handed down as an heirloom as long as heirlooms last! I shall always look with pleasure to the painting of it-and, with thanks, remain Yours sincerely, William Eden.'

Whistler was in zijn wiek geschoten vanwege het minimum bedrag van £ 105 dat hij toegestopt had gekregen, en dan nog wel als Valentijnsge Geschenk. Onmiddellijk schreef hij Eden een brief die niet gespeend was van enige ironie;

'My dear Sir William-I have your Valentine. You really are magnificent! –and have scored all round. I can only hope that the little picture will prove even slightly worthy of all of us (...)'.²¹

Hij schreef verder dat hij hoopte dat Lady Eden zich aan de belofte zou houden nog eenmaal voor hem te poseren zodat hij de laatste aanpassingen kon toevoegen. 'She has been so courageous and kind all along in doing her part.'²²

Dit briefje schoot op zijn beurt Eden in het verkeerde keelgat en hij vatte het briefje op als een belediging aan zijn adres. Whistler repliceerde dat hij alleen maar beleefd de ontvangst van het Valentijnsge Geschenk had bevestigd. De kiem voor een proces was gezaaid.

Intussen vertrok Eden naar India en poseerde Sybil Eden voor de laatste maal voor

18 Whistler, noot 1, 8.

19 Whistler, noot 1, 8.

20 De 'guinea' is in 1663 ingevoerd als gouden munt met een waarde van 1 pond (nu: 21 shilling, in decimaal geld £ 1,05). Toen Engeland in 1971 overging naar het decimale muntstelsel, gebruikte men de 'guinea' nog vaak om de waarde van goederen met een aristocratische annotatie aan te duiden, zoals honoraria van artsen en advocaten, de koopsommen van paarden en kunst. De eenheid wordt ook nog wel door bookmakers gebruikt. Men betaalt in guineas en wordt uitbetaald in ponden. Het lijkt dan alsof men een gunstiger uitbetaling krijgt. Jockeys worden vaak nog in guineas betaald.

21 Whistler, noot 1, 10.

22 Whistler, noot 1, 11.

Whistler. Toen het schilderij af was, betitelde Whistler het als een meesterwerk. Hij besloot het doek met enkele andere werken van hem ten toon te stellen in de bekende Salon 'Champs de Mars' in Parijs. In de catalogus stond het portret te boek onder de titel '*Brun et or; Portrait de Lady E.*' Hij was geenszins van plan het portret aan Eden af te staan.

Eis.

Na zijn thuiskomst uit India eind 1894 sommeerde Eden Whistler binnen vierentwintig uur het portret dat hij bij Whistler had besteld en waarvoor hij £ 105 had betaald, te leveren. Zou hij niet leveren, dan zou hij gerechtelijke stappen ondernemen. In plaats van het schilderij aan Eden te overhandigen, stuurde Whistler de cheque ter waarde van £ 105 aan Eden terug. Whistler voelde zich in geen enkel opzicht meer gebonden aan William Eden. Na de tentoonstelling haalde hij het portret op uit de salon. Hij achtte zich als eigenaar van het schilderij vrij het gelaat en het figuur van Sybil Eden uit te wissen. De compositie waarin hij de dame had geschilderd, dat wil zeggen het interieur en de entourage waarin hij haar had afgebeeld, liet hij goeddeels in tact.

Het toeval wilde dat een andere man, een zekere Hale, graag een portret van zijn vrouw wilde hebben. Whistler zag zijn kans schoon en ging wederom aan de slag en langzaam maar zeker nam Lady Hale de plaats in van Sybil Eden. Aan de algehele compositie veranderde hij niet veel, slechts een enkel detail voegde hij toe, zoals een bloem aan de rechterkant van het portret. Het portret van Lady Hale was echter nog niet af toen Eden Whistler in januari 1895 dagvaardde voor de rechter in eerste aanleg, het 'Tribunal de la Seine' te Parijs.

Eden eiste afgifte van het portret en schadevergoeding ter hoogte van £ 400. De advocaat van Whistler, mr Beurdeley, beriep zich op het feit dat het portret van Lady Eden niet meer bestond. Het oorspronkelijke schilderij was voor een deel uitgewist. Er was een nieuwe compositie voor in de plaats gekomen, die nog niet af was. Op 26 februari herriep Eden deels zijn eis. Hij eiste £ 400 schadevergoeding, maar schrapte zijn eis tot levering. Een dag later kwam hij hierop terug en voegde hij er een alternatieve eis toe, en wel deze. Als kwam vast te staan dat Lady Edens portret niet helemaal teloor was gegaan, dan moest Whistler hem het schilderij in zijn huidige toestand leveren op straffe van een boete van £ 4 per dag.

Er ontstond enige onduidelijkheid over de vraag of nu alleen het gelaat van Lady Eden was uitgewist en was vervangen door dat van mevrouw Hale of dat de gehele compositie, inclusief het figuur van de geportretteerde dame was vervangen. Whistler beweerde uiteraard het laatste. In feite beriep hij zich erop dat het een nieuw schilderij was dat hij had gemaakt. Eden daarentegen verklaarde dat hij het schilderij als 'zijn' schilderij identificeerde. Identificatie kon volgens hem niet alleen plaatsvinden aan de hand van het

gelaat, maar ook aan de hand van de accessoires zoals de meubels, de gordijnen en de jurk van zijn vrouw waarin zij had geposeerd. Het enige kenmerk dat was veranderd, was die bloem aan de rechterzijde van het portret. Het portret was volgens hem nog steeds duidelijk het schilderij waar hij voor had betaald en waarvan hij naar Frans recht door koop eigenaar was geworden. Eden was van mening dat als de rechtbank zou overwegen dat de verandering van het gelaat het recht van Eden op het portret teniet had gedaan, dat Eden dan in ieder geval een billijke reden zou hebben vernietiging van het portret en £ 400 schadevergoeding te vorderen.

Uitspraak 'Tribunal de la Seine': koop.²³

De rechter in eerste aanleg kwam op 20 maart 1895 tot een uitspraak en veroordeelde Whistler niet alleen tot het betalen van £ 400 schadevergoeding, maar ook tot het overhandigen van het portret aan Eden in de staat waarin het zich nu bevond. Volgens deze rechtbank was er sprake geweest van een koopovereenkomst en was Eden eigenaar van het schilderij geworden; Whistler moest hem het portret overhandigen. De eigendomsovergang had plaatsgehad op het moment dat Whistler het bedrag van £ 105 accepteerde. Want op dat moment waren partijen het eens geworden over de prijs voor het portret dat werd gekocht. Zoals we straks nog zullen bespreken gaat naar Frans recht de eigendom gewoonlijk over op het moment van het tot stand komen van de koopovereenkomst. De schadevergoeding werd toegekend omdat Whistler het portret had veranderd.

Deze uitspraak van de rechtbank deed veel stof opwaaien, niet alleen in Frankrijk, maar ook in Engeland. Een Engelse barrister schreef een open brief aan de Pall Mall Gazette waarin hij de uitspraak van de Franse rechter prees.²⁴ Hij vergeleek een kunstenaar als Whistler met een schoenmaker. Net als een schoenmaker die schoenen voor iemand maakte, moest ook de kunstenaar zich aan de afspraken met zijn cliënt houden en de zaak die hij beloofd had te leveren ook leveren. Whistler diende de barrister van antwoord in een ingezonden brief aan genoemde krant. In deze brief kwam hij er openlijk voor uit dat hij het express op een proces met Eden had laten aankomen. Hij gaf het volgende voorbeeld. Gesteld dat een schoenmaker zich verbonden had een paar onbeduidende pantoffels voor iemand te maken voor een bedrag tussen een en anderhalve pond. En als de schoenmaker zo gek was geweest een paar prachtige laarzen te vervaardigen en de sluwe klant, voordat de schoenmaker zijn rekening had opgemaakt, zelf de prijs bepaalde en de schoenmaker bij wijze van Valentijnsgeven de lagere prijs opdroeg, dan had de schoenmaker het recht de klant de deur te wijzen. Maar hij kon ook, als hij slim was, de

23 *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle: ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales / par M. Dalloz*, 1898,2e, 465 v.

24 Whistler, noot 1, 22 v.

lage vergoeding accepteren en de oplichter publiekelijk ontmaskeren. De klant zou namelijk als tegenprestatie afgifte van de laarzen eisen waarop de schoenmaker afgifte zou weigeren. Er zat voor de klant niets anders op dan de schoenmaker voor de rechter te dagen: 'come and claim them in open court.' Op de vraag waarom Whistler niet de intentie had gehad het portret te leveren, terwijl hij wel de cheque had geaccepteerd antwoordde Whistler dan ook: 'Pour qu'il vient me le réclamer ici-devant tout Paris!'²⁵

We keren terug naar de uitspraak van de rechtbank. De rechtbank ging er, zoals gezegd, van uit dat Eden eigenaar van het portret was. Volgens de rechtbank was de overeenkomst tussen Eden en Whistler een koopovereenkomst. Deze koopovereenkomst was conform artikel 1583 Code civil (Cc) tot stand gekomen op het moment dat Eden en Whistler het eens waren geworden over de te kopen zaak en de koopprijs. Naar Frans recht gaat ex artikel 1583 jo 1138 Cc op het moment van het tot stand komen van de koopovereenkomst van rechtswege de eigendom over.²⁶ De koper is meteen eigenaar, niet eerst na de levering zoals bij ons. Volgens artikel 1603 Cc rust op verkoper de verplichting tot 'dé livrer'. Wat verstaat men in Frankrijk onder 'dé livrer'? Het antwoord lezen we in artikel 1604 Cc: 'La dé livrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur'. 'La dé livrance' ofwel levering is 'de overdracht van de verkochte zaak in de macht en het bezit van de koper'. Artikel 1606 preciseert de 'dé livrance' voor roerende zaken: 'La dé livrance des effets mobiliers s'opère: Ou par la remise de la chose, (...), Ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.' Levering geschiedt dus door feitelijke overgifte van de zaak of door de enkele instemming van partijen als de feitelijke overgave niet op het moment van de koopovereenkomst kan plaatsvinden, bijvoorbeeld als de zaak zich bij een derde bevindt. Of door enkele instemming van partijen als de koper de zaak al op grond van een andere titel voor de verkoper houdt, bijvoorbeeld als de koper de zaak op grond van een bruikleenovereenkomst al onder zich heeft. Het bezit zal dan *brevi manu* worden verschaft. Meestal zal 'la dé livrance' geschieden door 'la remise de la chose', door feitelijke, werkelijke overgave van de zaak, 'la tradition réelle'. De vraag is of in dat geval de koper op dat moment tevens het burgerlijke bezit verkrijgt of dat hij het burgerlijke bezit al op het moment van het tot stand komen van de koopovereenkomst tegelijk met de eigendom heeft gekregen. Dat laatste was in het Franse recht de van oudsher geldende opvatting. Er werd verondersteld dat de verschaffing van het burgerlijk bezit reeds was uitgevoerd op het moment dat de verbintenis tot eigendomsoverdracht ontstond, dit is het moment van de koopovereenkomst. Men zei wel dat er in de titel tot

²⁵ Whistler, noot 1, 23.

²⁶ Art. 1583 Cc: Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. Art. 1138 Cc: L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire (...). Zie hierover W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit het Europees Privaatrecht, Inleiding en Zakenrecht*, Den Haag 2006, 281 v.

eigendomsoverdracht, in casu de koopovereenkomst, een van rechtswege ingebouwd *constitutum possessorium* verscholen lag.²⁷ Tegenwoordig wordt nog steeds geleerd dat 'la délivrance' niet is de verschaffing van het bezit. De koper wordt al eerder, namelijk op het moment dat hij eigenaar wordt tevens bezitter, dat wil zeggen op het moment dat de koopovereenkomst wordt gesloten. Hij is dus al bezitter voordat hij de zaak feitelijk in handen krijgt. De verkoper is niet meer dan houder voor de koper. De koper bezit de zaak 'corpore alieno, par l'intermédiaire d'un détenteur, qui est le vendeur'.²⁸

Dat de koper naar Frans recht meteen eigenaar is geworden heeft tot gevolg dat de koper de zaak dus als eigenaar met de zakelijke actie, de revindicatie, de zaak kan opeisen. En dus niet, zoals bij ons, met een persoonlijke actie tot levering.

Kritiek door Whistlers advocaat, mr Beurdeley.

Volgens de rechter in eerste aanleg was er dus sprake van een koopovereenkomst op het moment dat Whistler de cheque accepteerde, dat wil zeggen op Valentijnsdag, 14 februari 1894. Zowel over de zaak als over de koopsom bestond volgens de rechtbank op 14 februari wilsovereenstemming tussen partijen. Over de zaak waren partijen het duidelijk eens: het portret van Lady Eden. Het zij opgemerkt dat op 14 februari het portret nog niet af was.

Waren partijen het wel eens over de prijs? In de hierboven geciteerde brief van Whistler aan Eden noemde Whistler, nadat hij had gezegd dat over de prijs geen moeilijkheden zouden rijzen, het bedrag dat intermediair, de kunstcriticus Moore, had voorgesteld, te weten een bedrag tussen £ 100 en £ 150: 'As for the amount, Moore, I fancy spoke of one hundred to one hundred and fifty pounds'. De prijs was derhalve in zekere zin nog onbepaald, maar wel bepaalbaar. Eden die via een andere intermediair aanvankelijk een bedrag van £ 525 te horen had gekregen, was aangenaam verrast en vatte deze mededeling onmiddellijk op als een definitieve offerte. Eden moet hebben gedacht 'boter bij de vis', want niet veel later gaf hij Whistler een cheque ter waarde van het minimumbedrag van £ 105. Of er van wilsovereenstemming over deze som sprake was, valt te betwijfelen. Whistler had de cheque weliswaar geaccepteerd, maar uit de brief van Whistler aan Eden, waarin hij de cheque accepteerde, kon worden opgemaakt dat hij dat niet onvoorwaardelijk deed, maar met een ironische ondertoon waaruit enige reservering bleek. Dat hij weigerde het schilderij af te staan, terwijl hij de cheque had geaccepteerd, was gedaan met het oog om Eden uit zijn tent te lokken en hem in een gerechtelijke procedure publiekelijk te kijk te zetten. Zoals gezegd was Whistler eveneens verbolgen vanwege het feit dat Eden hem had voorgespiegeld dat hij het portret beschouwde als een erfstuk voor zijn kinderen, terwijl in werkelijkheid was komen vast te staan dat hij een amateur kunsthandelaar was en dat hij met het schilderij wilde speculeren. Eden had al eerder een

²⁷ Zwolve, noot 26, 286.

²⁸ H. en L. Mazeaud, J. Mazeaud en F. Chabas, *Leçons de droit civil*, III, 2e vol., principaux contrats: vente et échange, 7e ed. door M. de Juglart, Parijs 1987, 242; Ph. Malaurie e.a., *Les contrats spéciaux*, Parijs 2005, 166.

portret van zijn vrouw en dochtertje op de kunstmarkt te koop aangeboden.²⁹

De conclusie was volgens Whistlers advocaat mr Beurdeley dan ook dat er geen wilsovereenstemming was over de prijs.³⁰ Of er wel wilsovereenstemming was over het object viel volgens hem ook te betwijfelen omdat op 14 februari het portret nog niet af was. Whistler had uitdrukkelijk gezegd dat hij hoopte dat Sybil nog een laatste keer zou poseren. Eden had al wel gezegd dat het portret hem zeer beviel.

Dat het portret nog niet af was, was geen sterk argument omdat met evenveel reden gezegd kan worden dat er wel wilsovereenstemming was over het object. Er kan immers een koopovereenkomst gesloten worden over een toekomstige zaak, een zaak die nog niet bestaat, die in de maak is, of over een zaak die in het geheel nog niet bestaat. Daar komt bij dat het in dit geval duidelijk om dat specifieke portret, het portret van Lady Eden, ging. Dat portret was het voorwerp van de overeenkomst. Het portret had al gestalte gekregen. Zij hoefde immers nog maar een keer te poseren.

Wat maakt een portret een portret?

Gesteld dat de koopovereenkomst wel tot stand was gekomen, zoals de rechtbank concludeerde, en Eden ex artikel 1583 Cc op grond van de koopovereenkomst eigenaar was geworden, dan was de uitspraak, aldus mr Beurdeley, des te opmerkelijker. De rechtbank veroordeelde Whistler immers het portret van Lady Eden aan Eden af te staan omdat deze eigenaar was geworden. Maar bestond het portret van Lady Eden nog wel? Was dit portret inmiddels niet teniet gegaan? Whistler had het gezicht en de handen van Sybil Eden immers uitgewist en was bezig haar gezicht in te wisselen voor dat van Lady Hale. Het portret van mevrouw Hale verkeerde nog in de beginfase. Mevrouw Hale was als zodanig nog niet herkenbaar. En dat maakte het lastig, want zou het gezicht van Lady Hale al wel af zijn geweest, dan was er een nieuwe zaak ontstaan en was het duidelijk dat het portret van Lady Eden niet meer bestond. Er was in dat geval sprake geweest van zaaksvorming.

De rechtbank ging er van uit dat het portret van Lady Eden slechts gedeeltelijk vernietigd was omdat het doek en de compositie nog steeds in tact waren, evenals de pose van Lady Eden.³¹ Ik zou denken dat het portret van Lady Eden desondanks niet meer bestond. Bij een portret gaat het om degene die is afgebeeld. Degene die geportretteerd is 'maakt' het portret nu juist dát specifieke portret. William Eden had Whistler gevraagd zijn vrouw te portretteren. De bedoeling was - en dat is het kenmerk van een portret - dat zij als Lady Eden herkenbaar was. In de portretkunst bestaan er verschillende stijlen, afhankelijk van de kunstenaar. De een zal meer realistisch te werk gaan dan de ander, maar de persoon die geportretteerd wordt zal herkenbaar zijn. Althans dat is de bedoeling. Waaraan is iemand te herkennen? Ik zou in de eerste plaats zeggen aan het gezicht. De houding en de

²⁹ Whistler, noot 1, 38 v.

³⁰ Whistler, noot 1, 30.

³¹ Whistler, noot 1, 29.

compositie spelen daarbij een ondergeschikte rol. Was het bij het uitwissen van het gezicht van Lady Eden gebleven, dan zou zij eventueel nog aan haar houding en de entourage waarin zij geschilderd was te herkennen zijn geweest.³² Maar is dat genoeg om nog van een portret van Lady Eden te kunnen spreken? De vergelijking met een 'mislukt' portret dringt zich op. Aan het 'mislukte' gezicht is de geportretteerde niet meteen te herkennen, maar mogelijk wel aan zijn figuur, karakteristieke houding en wellicht de specifieke kleding. Toch kan er denk ik moeilijk worden volgehouden dat het portret van Lady Eden nog bestond, toen haar gezicht was uitgewist en Whistler was begonnen met het schilderen van het gezicht van mevrouw Hale. Op het moment dat het gezicht van Lady Eden was uitgewist, was zij niet meer als zodanig meteen herkenbaar. Evenmin kan worden volgehouden dat het portret van Lady Eden gedeeltelijk nog bestond. Een portret bestaat of bestaat niet. De rechtbank overwoog, zoals gezegd, echter dat het portret van Lady Eden slechts gedeeltelijk vernietigd was omdat de entourage nog praktisch dezelfde was. Het enige dat Whistler had veranderd, was het toevoegen van een bloem aan de rechterkant van het schilderij. Maar hiertegen kan worden ingebracht dat de entourage en de compositie creaties van de kunstenaar zijn die los staan van het portret en die ook kunnen worden gebruikt voor een ander onderwerp of te portretteren persoon. Dit was misschien anders als Lady Eden bijvoorbeeld voor haar huis was geportretteerd. Dan kon er wellicht worden gezegd dat in dat geval de entourage de doorslag gaf en dat het portret van Lady Eden ondanks het uitgewiste hoofd nog steeds bestond. Men zou het kunnen herkennen als het portret van Lady Eden, maar evengoed zou men echter kunnen denken dat het een portret van haar dochter was. Uiteindelijk moeten we denk ik toch concluderen dat het bestaan van een portret staat of valt met het gelaat van de geportretteerde.

Wanneer we er met de rechtbank vanuit gaan dat het hier een koopovereenkomst betrof en dat Eden op het moment van het tot stand komen van de koopovereenkomst op Valentijnsdag eigenaar was geworden van het doek, dan moet de conclusie luiden dat Whistler andermans zaak had vernietigd en dus onrechtmatig had gehandeld. Het overhandigen van het schilderij van mevrouw Eden behoorde in tegenstelling tot het oordeel van de rechter echter niet meer tot de mogelijkheden eenvoudigweg omdat dat portret niet meer bestond. De vordering van Eden zou zich hebben moeten oplossen in het betalen van schadevergoeding. Deze schadevergoeding zou hij kunnen vorderen in geld of in natura. In natura wil zeggen dat Whistler veroordeeld kon worden tot herstel van het schilderij in de oude toestand ofwel tot het maken van een nieuw portret. In Frankrijk kan de rechter schadevergoeding in natura toewijzen, zelfs als dat niet gevorderd wordt.³³

We komen straks nog uitvoerig te spreken over de vraag of koop een juiste kwalificatie van het contract was. We vervolgen eerst met de uitspraken in hoger beroep en cassatie.

³² Whistler, noot 1, 35.

³³ D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, Recht en Praktijk, nr 167, Deventer 2009, 259, 261.

Whistler tekent hoger beroep aan bij de Cour d'Appel. De conclusie van advocaat-generaal Bulot.

Whistler, die niet van zins was het portret aan Eden te overhandigen, ging van de uitspraak van de rechter in eerste aanleg in hoger beroep bij de Cour d'Appel te Parijs. Hij was van mening dat het geen koop betrof, maar een contract *sui generis*.³⁴ Er was een verbintenis tot een doen ontstaan, die zich ex artikel 1142 Cc oploste in schadevergoeding als de schuldenaar de verbintenis niet nakwam.³⁵ Conform artikel 1142 Cc wordt iedere verbintenis om iets te doen bij verzuim opgelost in schadevergoeding. Whistler toonde zich bereid om Eden schadevergoeding te betalen.

Bulot, de advocaat-generaal, was het met Whistler eens. De magistraat bevestigde de uitspraak van de rechtbank waar het ging om het betalen van schadevergoeding, maar verwierp het vonnis voor zover het ging om het leveren van het portret.³⁶ Whistler was eigenaar van het portret gebleven en als kunstenaar had hij het recht het portret onder zich te houden totdat hij tevreden was met het resultaat. Kortom, hij had het recht het portret net zolang te behouden als hij wilde. De kunstenaar bleef eigenaar van zijn creatie. Dat hij het werk al had tentoongesteld betekende niet dat hij te kennen had gegeven dat het werk af was. De tentoonstelling moest als een experiment of een repetitie worden beschouwd. Whistler had wel eerder werken tentoongesteld die nog niet gesigineerd of nog niet af waren.³⁷ Als hij iemands werk had verminkt, dan was het dus zijn eigen werk. Door de weigering het schilderij af te staan en het op een proces aan te laten komen, was hij in opstand gekomen in naam van de persoonlijke vrijheid van alle kunstenaars en van de onafhankelijkheid en soevereiniteit van de kunst.³⁸ Whistler erkende het bestaan van zijn afspraak met Eden en zijn verplichting tegenover Eden, maar hij kon niet gedwongen worden het schilderij aan Eden af te staan. Het recht om afgifte te weigeren was in de jurisprudentie altijd erkend. Bulot noemde de zaak van de kunstenaars Rosa Bonheur.³⁹ Bonheur had in opdracht van haar klant enige schilderijen gemaakt, maar weigerde deze af te staan.⁴⁰ De klant dagvaardde haar en vorderde afgifte. Het Hof van Appel te Parijs had in die zaak op 4 juli 1865 overwogen dat de speciale aard van het contract en de formele weigering van Bonheur om de verplichting na te komen tot gevolg hadden dat het Hof alleen een uitspraak moest geven over de hoogte van de schadevergoeding.

Zou de opvatting van de rechtbank in de zaak van Whistler juist worden geacht zodat door koop de eigendom op de klant van de kunstenaar was overgaan, dan ontstond volgens de

34 Whistler, noot 1, 32.

35 Art. 1142 Cc: Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

36 Whistler, noot 1, 60.

37 Whistler, noot 1, 32.

38 Whistler, noot 1, 67 v.

39 Bonheur (1822-1899) was beeldhouwer en schilder (animalière). Ze woonde op Chateau de By Thomery bij Fontainebleau.

40 Whistler, noot 1, 71.

advocaat-generaal de volgende 'gevaarlijke' situatie. Een klant, een amateur, die geen verstand heeft van kunst, weet voor een zacht prijsje een schilder te strikken een portret voor hem te schilderen. De klant is al snel tevreden, ook al is het portret nog een maar schets. Hij heeft haast om het portret in handen te krijgen en biedt aan te betalen. De kunstenaar accepteert dankbaar de betaling bij voorbaat. Hij zal daartoe snel geneigd zijn omdat een kunstenaar vaak helemaal niet betaald krijgt. Onder deze omstandigheden zal de amateur-koper, 'those whom artists irreverently call bourgeois or "Philistines" ' als enige beoordelaar kunnen uitmaken in wat voor een staat van perfectie het kunstwerk verkeert en kunnen bepalen of het werk af is of niet, zonder dat de kunstenaar daar zelf enige stem in heeft.⁴¹ Een bescheiden en behoeftige kunstenaar zal dan nadat hij betaald heeft gekregen, het niet voltooide werk moeten afstaan. Zijn reputatie zal worden geschaad. Het zij opgemerkt dat Whistler niet had geweigerd het portret af te staan omdat het nog niet af was, maar omdat hij zich door Eden in zijn eer voelde aangetast. De rechter in eerste aanleg vond genoemde reden een verkeerde reden om het portret niet af te staan. De advocaat-generaal was van mening dat de kunstenaar in het geheel geen reden hoefde te geven waarom hij weigerde het contract na te komen. De kunstenaar had volgens hem het recht te weigeren zijn verplichting na te komen en te kiezen voor het betalen van schadevergoeding. Had de kunstenaar dit recht, dan zou het maken van een portret een facultatieve verbintenis opleveren. De debiteur was gehouden een portret te maken en dit portret te overhandigen, maar hij mocht een andere prestatie verrichten, namelijk schadevergoeding betalen.

Uitspraak Cour d'Appel, 2 december 1897.⁴² Een verbintenis om te doen.

In hoger beroep stond de vraag centraal wat voor een soort overeenkomst beide heren nu precies hadden gesloten en of Eden eigenaar was geworden. Was de opdracht tot het maken van een portret zoals de rechtbank oordeelde, koop van een zaak? Het Hof oordeelde dat de afspraak op grond waarvan de schilder zich verbindt tegen een afgesproken prijs een portret te maken, geen koopovereenkomst is, maar een verbintenis om iets te doen doet ontstaan, die zich in geval van verzuim oplost in het betalen van schadevergoeding. Zolang het portret niet was geleverd bleef het eigendom van de schilder, die de auteur van het portret was. Eden was nooit eigenaar geworden bij gebrek aan levering:

'(...) que William Eden n'est jamais, à aucun moment, faute de livraison, devenu propriétaire du petit tableau (...).'

⁴¹ Whistler, noot 1, 72

⁴² *Dalloz Périodique*, noot 23, 465 en *Recueil Général des lois et des arrêts*, J-B. Sirey, Parijs 1907, 318 v.

Het stond vast dat Whistler vanwege zijn grillige karakter en eergevoel geweigerd had het portret te leveren, niet omdat hij vond dat het niet goed of niet af was. Nu hij zich onttrokken had aan zijn verplichting moest hij de £ 105 teruggeven die hij met zijn instemming van Eden had ontvangen als vergoeding van zijn werk. Dit bedrag had hij overigens al teruggestuurd. Daarenboven veroordeelde het Hof hem net als de rechter in eerste aanleg tot betaling van £ 400 schadevergoeding.

Whistler was volgens het Hof dus eigenaar van het portret gebleven en Eden had geen absoluut recht op grond waarvan hij het zou kunnen opeisen. Voorts overwoog het Hof het volgende. Whistler was begonnen een aantal ingrijpende wijzigingen aan te brengen, maar het portret vertoonde behalve het hoofd van Lady Eden nog altijd dezelfde entourage en details. Eden had hem hiertoe een aantal ideeën en accessoires verschaft. En om deze reden oordeelde het Hof dat, hoewel Whistler eigenaar was gebleven, dit eigendomsrecht niet absoluut was en dat Whistler gehouden was het portret zodanig te wijzigen dat het niet meer als Lady Eden herkenbaar zou zijn. Zolang deze wijzigingen niet waren aangebracht mocht hij er geen gebruik van maken, noch publiekelijk, noch privé. Deze conclusie van het Hof is op zijn minst opmerkelijk te noemen. Eigendom immers is uit de aard van het recht absoluut en niet aan enige beperking onderhevig.

Het Hof vernietigde het vonnis van de rechter in eerste aanleg voor zover het de veroordeling tot het overhandigen van het portret betrof. En het bevestigde dus de uitspraak van de rechtbank voor wat betreft de veroordeling tot het betalen van £ 400 schadevergoeding.

De annotatoren Albert Wahl en Marcel Planiol

Albert Wahl⁴³

In de twee noten onder het arrest lezen we een aantal kritische kanttekeningen die zich als volgt laten samenvatten.

Wahl is van mening dat Whistler veroordeeld had moeten worden het schilderij te overhandigen. Men had het contract volgens hem kunnen typeren als aanneming van werk of als koop, maar in beide gevallen was de eigendom overgegaan zodra het portret af was. Artikel 1138 Cc, dat bepaalt dat de verbintenis de schuldeiser tot eigenaar maakt, was volgens hem niet beperkt tot de titel koop, maar was van toepassing op alle conventionele contracten, ook op aanneming van werk.

In zijn arrest van 19 april 1875 had het Hof dit principe toegepast. Het Hof moest toen de vraag beantwoorden of degene die een schilderij had besteld, dit schilderij kon revindiceren uit de erfenis van de schilder. Om deze vraag bevestigend te kunnen beantwoorden overwoog de rechtbank in eerste aanleg dat het een koopovereenkomst

43 *Recueil Sirey*, noot 42, 318 v. Wahl (1863-1941) was hoogleraar in Lille.

betrof; het Hof, dat het niet nodig vond de aard van het contract te bestuderen, overwoog simpelweg dat het portret na de voltooiing in eigendom was overgegaan op degene die het portret had besteld. Dezelfde oplossing was door vele auteurs eveneens gegeven in het geval een uitgever een schrijver had gevraagd om een manuscript te maken: de uitgever werd eigenaar nadat het manuscript was voltooid. Deze auteurs namen overigens aan dat het ging om aanneming van werk.

Men was volgens Wahl overigens altijd ruimharig als het om de rechten van de kunstenaar ging. Over het algemeen was men van mening dat de kunstenaar zelf het het beste kon beoordelen of zijn werk af was en of het wel recht deed aan zijn reputatie. De rechtbanken zwichtten veelal voor zijn wil. Maar de beoordeling of het portret af is, kon volgens Wahl evengoed door de opdrachtgever als door de kunstenaar worden gegeven.

In zijn hierboven genoemde arrest van 19 april 1875 maakte het Hof direct bezwaar dat de schilder of zijn erfgenaam de enigen waren die konden en mochten beoordelen of het werk af was en of het beantwoordde aan de reputatie van de kunstenaar. Zonder deze pretentie te ontkennen, antwoordde het Hof dat als de erfgenaam, die het portret aan een ander dan de opdrachtgever verkocht, de waarde van het schilderij kon beoordelen, de opdrachtgever dat dan ook kon.

Zonder twijfel bestond in de onderhavige zaak de bijzonderheid dat de schilder het portret vormloos had gemaakt door het hoofd van de geportretteerde uit te wissen, maar dat resulteerde er niet in dat het portret niet af 'was geweest'. Nadat het portret af was, was Eden eigenaar geworden. Eden had het portret dus kunnen revindiceren. Met het uitwissen van het gelaat van Lady Eden had Whistler de zaak van een ander beschadigd. Het argument van advocaat generaal Bulot dat de kunstenaar in deze opvatting gedwongen kon worden een portret af te leveren dat niet aan zijn talent beantwoordde, vond Wahl in dezen misplaatst. De schilder had net als de auteur of meubelontwerper weliswaar 'un bénéfice moral', het auteursrecht, en dus het recht om het werk te bewaken en het terug te houden of te veranderen als hij van mening was dat het niet beantwoordde aan zijn talent, maar hij mocht zich echter niet, zoals Whistler deed, door zijn grillen laten leiden. Whistler had het portret domweg niet aan Eden willen leveren. Whistler had dat zelf ook erkend. Het Hof had een billijkheidsoverweging gegeven door enerzijds te oordelen dat Whistler niet gedwongen kon worden te leveren, maar anderzijds dat Whistler het portret niet mocht tentoonstellen, zonder Lady Eden volkomen onherkenbaar te maken. Door zo'n besluit was de opdrachtgever volgens Wahl te veel aan de grillen van de kunstenaar overgeleverd.

Marcel Planiol⁴⁴

Marcel Planiol schreef eveneens een noot onder het arrest van de Cour d'Appel. Planiol was van mening dat het contract als koop van een toekomstige zaak moest worden gekwalificeerd. De kunstenaar die beloofde een portret te maken moest aan twee

⁴⁴ *Dalloz Périodique*, noot 23, 465 v. Planiol (1853-1931) was advocaat en later hoogleraar in Grenoble, Rennes en aan de Sorbonne.

verplichtingen voldoen. Hij moest het werk maken en hij moest het werk leveren als hij meende dat het af was. Deze laatste verplichting was een verbintenis om te geven en vloeide noodzakelijkerwijs voort uit een koopovereenkomst omdat zij was aangegaan tegen het betalen van een bedrag in geld.

De beslissing van het Hof was volgens Planiol in strijd met de huidige jurisprudentie volgens welke men ontegenzeggelijk moest constateren dat de belofte een werk te verrichten tegen een afgesproken prijs een koopovereenkomst betrof omdat degene die het werk verrichtte tegelijkertijd het materiaal en de arbeid verschaftte. We zullen straks zien dat deze opvatting overeenstemt met de opvatting in het Romeinse recht. Op het moment dat het portret af was, was de eigendom volgens Planiol op de Eden overgegaan. In geval van koop van een toekomstige zaak ging de eigendom volgens hem niet al op het moment van het tot stand komen van de koopovereenkomst over op de koper, maar op het moment van voltooiing van de zaak. Eden stond de revindicatie ten dienste. Vernietigde de schilder het portret, dan bracht hij schade toe aan de eigendom van een ander. Het was aan de kunstenaar te bepalen of het portret af was. De onafhankelijkheid van de kunstenaar was hiermede voldoende gewaarborgd.

Het Hof had volgens Planiol stilzwijgend het contract toch als koop gekwalificeerd. Het oordeelde immers dat Whistler geen gebruik meer mocht maken van het portret en het onherkenbaar moest maken. Het Hof had weliswaar gezegd dat hij eigenaar was gebleven, maar waarop berustte deze beperking van zijn eigendomsrecht? Wat was dit eigendomsrecht waard? De beperking kon, aldus Planiol, alleen maar worden verklaard als het contract als koop werd gekwalificeerd en het portret al in eigendom aan Eden was overgegaan. Dan lag het voor de hand dat Whistler er geen gebruik van mocht maken. Daarbij had het Hof erkend dat het portret volgens Whistler was voltooid - Whistler bestempelde het zelfs als een meesterwerk - en dat hij het alleen nog moest afgeven. Deze verbintenis om te geven kon niet anders dan voortvloeien uit de koopovereenkomst. Volgens Planiol legde de leer van het Hof, dat de kunstenaar tot aan de levering eigenaar blijft, het lot van de kunst koper in handen van de kunstenaar. Hij zou het werk terug kunnen houden onder het mom dat hij niet tevreden was en op deze manier de opdrachtgever geld kunnen aftroggelen. Deze waarschuwing hebben we hierboven ook gelezen bij Wahl.

Hiertegen kan worden ingebracht dat ook bij de kwalificatie koop het gevaar dreigt dat de kunstenaar te veel macht krijgt. Als men van mening is dat bij koop van een portret (een toekomstige zaak) de eigendom overgaat zodra het portret af is, dan dringt de vraag zich op wie bepaalt dat het portret af is? Hoewel het in de zaak Whistler duidelijk was dat de zaak af was omdat de schilder dit zelf had erkend, kan in het algemeen zich het probleem voordoen dat partijen het niet eens zijn over de vraag of het werk is voltooid. Kiest men, zoals Planiol, voor de meest voor de hand liggende oplossing dat de kunstenaar het mag bepalen, dan bestaat nog steeds, dus ook bij koop, de mogelijkheid dat de kunstenaar de zaak traineert en er probeert een slaatje uit te slaan door steeds maar te ontkennen dat de

zaak af is. Legt men de beoordeling daarentegen in handen van de opdrachtgever, hetgeen de voorkeur van Wahl heeft, dan zou de reputatie van de kunstenaar gevaar kunnen lopen, hetgeen evenmin wenselijk is. Wil men deze problemen uit de weg gaan en de overeenkomst toch als koop willen kwalificeren, dan zou men misschien zoals de rechter in eerste aanleg beter kunnen concluderen dat het portret in eigendom overgaat op het ogenblik dat de overeenkomst tot stand komt, dat wil zeggen op het ogenblik dat men het eens is over de zaak en de prijs. Ongeacht de vraag of de zaak dan al helemaal bestaat. De kunstenaar moet dan maar, zoals het een normale verkoper betaamt, niet te lichtvaardig instemmen met de hoogte van zijn beloning.

Cour de Cassation, 14 maart 1900.⁴⁵ *Contract sui generis*.

Eden tekende cassatie aan. Het hoogste gerechtshof oordeelde dat de overeenkomst waarbij een schilder zich verbindt tegen een vastgestelde prijs een portret te maken, een contract 'd'une nature spéciale' is, krachtens welke overeenkomst de eigendom van het portret niet eerder door degene die het heeft besteld, wordt verkregen dan nadat de schilder het portret aan zijn wederpartij ter beschikking heeft gesteld en het portret door laatstgenoemde is aanvaard:

'(...) la propriété du tableau n'est définitivement acquise à la partie qui l'a commandé que lorsque l'artiste a mis à sa disposition et qu'il a été agréé par elle.'

Tot aan dat moment blijft de schilder, aldus de Cour de Cassation, 'maître', eigenaar, van zijn werk, echter zonder dat het hem is toegestaan het portret voor zichzelf te behouden of er ten voordele van een derde over te beschikken. Het voorgaande klinkt merkwaardig omdat het eigendomsrecht immers het meest omvattende recht op een zaak is en de eigenaar met zijn eigendom mag doen wat hij wil. Het minste is wel dat hij het voor zichzelf mag houden. De beperking wordt door de rechter als volgt uitgelegd. Het recht om een portret te maken, is de kunstenaar slechts gegeven onder de voorwaarde dat hij het contract volledig uitvoert, dus maakt én levert. De hoogste rechter overwoog voorts dat de schilder schadevergoeding moest betalen nu hij zijn verplichting niet na was gekomen. Whistler had zich verbonden een portret van Lady Eden te maken, maar hij had steeds geweigerd het portret aan Eden ter beschikking te stellen ('mettre à sa disposition'). Nadat hij het portret tentoongesteld had, had hij het portret op radicale wijze veranderd door het hoofd van Lady Eden te vervangen door dat van een andere persoon. Tot slot overwoog de rechter het volgende. Met het oordeel van het Hof 'dat Eden geen eigenaar was geworden, dat hij geen levering van het portret in de huidige staat kon eisen, dat Whistler de vooraf ontvangen prijs moest teruggeven en tevens schadevergoeding aan Eden moest betalen,

45 *Recueil Sirey*, noot 43, Parijs 1906, 719 v.

maar dat tegelijkertijd anderzijds het Whistler verboden was gebruik te maken van het doek voordat hij het gewijzigd had, had het Hof in appel de wet goed toegepast'.

Noot⁴⁶

In de noot onder het arrest lezen van de Cour de Cassation lezen we de volgende kanttekening. Het is niet duidelijk wie deze noot heeft geschreven. De annotator stelde de volgende vragen. Had het Hof van cassatie genoeg redenen om te zeggen dat het een contract was van een 'nature spéciale' dat niet in de Code geregeld was en dus onbenoemd was? Moesten alle contracten die verplichten tot een intellectueel werk en die door de beoefenaren van de vrije beroepen werden aangegaan worden geschaard onder de categorie onbenoemde contracten? Onbenoemde contracten worden onbenoemd genoemd omdat ze niet met een afzonderlijke actie in rechte kunnen worden afgedwongen. De Cour de Cassation volgde een bekende doctrine in de literatuur, volgens welke geestelijke arbeid in tegenstelling tot handenarbeid weliswaar niet in de Code werd geregeld, maar die inmiddels wel met een actie kon worden afgedwongen. Als dat zo was, dan was het hierboven gegeven arrest volgens de annotator van een enorme betekenis, want de Cour de Cassation had zich nog nooit uitgelaten over deze controverse.

De jurisprudentie had altijd vijandig gestaan tegenover deze oplossing die gevonden werd in het onbenoemde contract. Zo beschouwde onder andere het 'Tribunal de la Seine' in 1873 het contract als een koopovereenkomst.

De vragen die zich in deze zaak opdroegen konden volgens de annotator echter onafhankelijk van de aard van het contract worden opgelost.

's Hof's overweging dat de schilder eigenaar bleef van het portret totdat het door hem ter beschikking was gesteld en door de klant was goedgekeurd, was volgens de annotator onvoldoende gemotiveerd. Wat hield een dergelijk contract 'd'une nature spéciale' precies in? Welnu, het rechtsgevolg van zo'n contract hield niets bijzonders in. Als het contract er een was van een speciale natuur, waarover de wet geen regels gaf, dan moesten de algemene regels worden toegepast, die werden opgesomd in artikel 1138 Cc, krachtens welke de verbintenis om een zaak te leveren voltooid is door de enkele wilsovereenstemming van partijen en krachtens welke de verbintenis de schuldeiser eigenaar maakt.⁴⁷ De klant van de schilder was, aldus de annotator, eigenaar op het moment dat het schilderij af was.

Partijen konden zonder twijfel het tegendeel bepalen, en afspreken dat de eigendom van het schilderij overging hetzij bij de levering, hetzij nadat het schilderij was goedgekeurd, maar de vraag wat er was afgesproken hoorde volgens de annotator thuis bij de vraag naar de partijbedoeling en niet bij de vraag naar de aard van het contract. De wil of bedoeling van partijen dat de eigendom overgaat na goedkeuring lag volgens hem meer voor de hand in het geval van een contract met een kunstenaar, dan met een handwerker of een

46 *Recueil Sirey*, noot 43, Parijs 1906, 719 v.

47 Zie noot 26.

ondernemer.

Hij achtte het onaanvaardbaar dat Whistler, die had erkend dat het portret af was, alleen vanwege een gril het werk vernietigde. Op het moment dat Whistler verklaarde dat het af was, was de eigendom overgegaan. Whistler had dus een zaak van een ander vernietigd en zich schuldig gemaakt aan een onrechtmatige daad.

De leer van de Cour de Cassation in deze zaak was volgens de annotator 'complètement faux'.⁴⁸ Naar het oordeel van dit gerechtshof was de eigendom van het portret, aldus de annotator, overgedragen zodra *de klant* het portret had goedgekeurd. De klant kon het portret voor de levering goedkeuren. Het was volgens de annotator moeilijk te begrijpen dat de Cour de Cassation concludeerde dat de eigendom níet was overgegaan. Het portret was immers goedgekeurd en aanvaard door Eden. De feiten lieten zien dat Eden nadat hij de schilder in zijn atelier had bezocht en het portret had gezien, zich tevreden verklaarde en de cheque aan de schilder opstuurde. Om te beslissen dat de eigendom niet was overgegaan, moest men, net zoals het Hof van appel had gedaan, uitgaan van het idee dat de eigendomsoverdracht van artistieke werken afhankelijk was van de levering.

De uitleg van de annotator roept vraagtekens op. Zoals we hebben gezien oordeelde de Cour de Cassation dat de eigendom op de klant overging zodra het portret hem ter beschikking was gesteld en door hem was aanvaard. ('(...) la propriété du tableau n'est définitivement acquise à la partie qui l'a commandé que lorsque l'artiste a mis à sa disposition et qu'il a été agréé par elle.') Aanvaarding door Eden was volgens het Hof van Cassatie dus niet genoeg; het portret moest hem ook ter beschikking zijn gesteld ('mis à sa disposition'). Het is opmerkelijk dat de annotator dit 'mis à disposition' niet als voorwaarde noemde. Wellicht dat hij meende dat als de opdrachtgever het portret aanvaard had, er kon worden verondersteld dat het hem ook ter beschikking was gesteld. Wat moeten we verstaan onder de door het Hof van Cassatie gebruikte woorden 'mettre à sa disposition'? Levering? Het Hof van appel gebruikte voor de term 'levering' het woord 'livraison'. Onder 'levering' of 'délivrance' verstaat artikel 1604 Cc voor de koopovereenkomst, zoals hierboven al is gezegd, 'le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur' ofwel 'de overdracht van de verkochte zaak in de macht en het bezit van de koper.' En in artikel 1606 Cc lezen we dat de levering van roerende zaken onder andere geschiedt door 'la remise de la chose', dat wil zeggen door werkelijke overgave. Kan men nu uit deze definities het gevolg trekken dat 'mettre à sa disposition' iets anders is dan 'livrer'? We komen we de term 'ter beschikking stellen' in het Nederlandse recht tegen bij het aannemingscontract. 'Ter beschikking stellen' is een element van de oplevering van het tot stand gebrachte werk. De oplevering bestaat uit het ter beschikking stellen door de maker en de aanvaarding door de opdrachtgever. De oplevering is voltooid als het ter beschikking gestelde werk door de aanbesteder is aanvaard. Oplevering van een door de maker met eigen materiaal vervaardigde zaak houdt zowel de feitelijke als de juridische

48 *Recueil Sirey*, noot 43, Parijs 1906, 719 v.

levering in, waarbij de aanbesteder het bezit en de eigendom verwerft.⁴⁹ Hetzelfde geldt voor aanneming van werk in het Franse recht: de eigendom van de vervaardigde zaak gaat over op het moment van de aanvaarding, nadat de zaak is opgeleverd (lees: geleverd)⁵⁰; aanvaarding veronderstelt dat de zaak ter beschikking is gesteld. Uit artikel 1788 Cc lijkt opgemaakt te kunnen worden dat er voor eigendomsovergang levering moet plaatsvinden in het geval de aannemer met eigen materiaal een zaak vervaardigd heeft. Dit artikel bepaalt dat als de zaak teniet gaat voor de levering, het verlies voor rekening van de maker is.⁵¹

Kortom, wanneer het Hof van Cassatie zegt dat de eigendom van het portret niet eerder wordt verkregen dan nadat het ter beschikking is gesteld en is aanvaard, betekent dat mijns inziens dat het Hof van Cassatie voor eigendomsovergang niet alleen goedkeuring door de klant, maar tevens levering door de schilder van het portret eist. Een ander argument voor de opvatting dat deze rechter levering eist is, zo zou ik willen menen, dat hij nu juist concludeert dat de eigendom ondanks de aanvaarding en goedkeuring door Eden níet op hem is overgegaan. Alleen op deze wijze kan de uitspraak dat de eigendom niet is overgegaan worden begrepen.

Wellicht zou men zelfs kunnen zeggen dat nu het Hof van Cassatie (op)levering eiste, het Hof eigenlijk impliciet aannam dat het hier ging om aanneming van werk.

Tot slot merkte de annotator op dat hij het juist achtte dat in het geval dat de schilder eigenaar bleef van het portret, hij de gelaatstreken van de geportretteerde onherkenbaar moest veranderen als hij iets met het portret wilde doen, als hij het bijvoorbeeld ten toon wilde stellen of in eigendom wilde overdragen. De gelaatstreken en de physionomie van een persoon mocht hij niet zonder toestemming reproduceren.

Aard van het contract. Romeins recht. Frans recht. Nederlands recht (oud BW en BW).

Inleiding

Uit de zaak Eden v. Whistler blijkt dat het moeilijk is te bepalen wat nu de aard van het contract is wanneer een schilder van iemand de opdracht krijgt een portret te maken. De meningen in Frankrijk waren verdeeld. De rechter in eerste aanleg beschouwde het contract als koop. Het Hof d'Appel zei niets over de aard van het contract, maar oordeelde

49 *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, deel III, Bijzondere overeenkomsten, P.J.M.G. Coehorst e.a., Zwolle 1977, 240; *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, deel III, Bijzondere overeenkomsten, aanneming van werk, M.A.M.C. van den Berg, Deventer 2007, 166.

50 J. Ghestin, *Traité de droit civil*, Les principaux contrats spéciaux, J. Huet, Parijs 2011, 1339.

51 Art. 1788 Cc: Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que se soit, avant d'être livrée, le perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose. Vgl. 1641 BW(oud).

dat er een verbintenis om iets te doen was ontstaan. De Cour de Cassation bestempelde het als een contract 'd'une nature spéciale', een contract *sui generis*, hetgeen volgens Planiol/Ripert niet veel zegt:

'Un auteur a proposé qu'il y a contrat innomé, ce qui est évidemment une manière facile de résoudre la question, mais qui ne permet pas de donner des réponses sûres aux questions qui se présentent.'⁵²

Volgens de annotatoren onder het arrest van het Hof van appel, Wahl en Planiol, moest het contract bestempeld worden ofwel als aanneming (huur) van werk (louage d'ouvrage) ofwel als koop van een toekomstige zaak. Wahl maakte geen keus omdat volgens hem in beide gevallen de eigendom overging op het moment dat het portret af was. Planiol koos in deze evenals de rechter in eerste aanleg voor de koopovereenkomst. Volgens de annotator onder het arrest van het Hof van cassatie konden de vragen onafhankelijk van de kwalificatie worden opgelost. Ten slotte zou men de overeenkomst nog kunnen beschouwen als een gemengde overeenkomst omdat de overeenkomst zowel elementen van koop als van aanneming van werk in zich herbergt.⁵³

De grens tussen koop en aanneming van werk heeft de juridische gemoederen al eeuwenlang tot op de dag van vandaag beziggehouden. Voordat we onze mening geven over de vraag of de opdracht tot het maken van een portret nu leidt tot koop of aanneming van werk, staan we eerst nog even stil bij de zogeheten *artes liberales*. Men heeft het werk van de kunstenaar als een verheven arbeid van intellectuele aard ook wel willen brengen onder de *artes liberales*, die onder de categorie lastgeving werden gebracht. In vroeger tijden was deze arbeid geen aanneming van werk.

Artes liberales. Aanneming (huur) van werk. Lastgeving.

De Franse Code civil schaaft in navolging van het Romeinse recht aanneming van werk en het verrichten van arbeid onder de huurovereenkomst, de *locatio-conductio*. Men verhuurt zijn arbeid. Ons BW van 1838 volgde tot een wetswijziging in 1907 dezelfde zienswijze. Zoals we straks nader zullen zien, onderscheidde men oudtijds de *locatio-conductio rerum*, de huur van zaken, en de *locatio-conductio operarum*, de overeenkomst tot het verrichten van arbeid en de *locatio-conductio operis faciendi*, de aanneming van werk.⁵⁴ Ook de Franse Code civil maakt een onderscheid tussen huur van goederen en huur van werk. (artikel 1708 Cc) Conform artikel 1711 Cc valt huur van werk uiteen in huur van arbeid, huur van diensten en aanneming van werk. Huur van arbeid is het verrichten van arbeid in dienstbetrekking waarbij er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Deze overeenkomst laten we hier buiten beschouwing. Onder huur van werk (louage d'ouvrage et d'industrie) en huur van diensten (louage de services) wordt ex artikel 1779 Cc verstaan:

⁵² M. Planiol/G. Ripert, *Traité de droit civil français*, deel XI, Parijs 1954, 148, noot 2.

⁵³ Planiol/Ripert, noot 52, 148.

⁵⁴ P.J.M.G. Coehorst, *De opdracht*, (overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten en lastgeving) Zwolle 1977.1 v. Zie voor de Romeinsrechtelijke literatuur noot 57.

huur van dienstboden en werklieden, huur van vervoerders en huur van aannemers.⁵⁵ Bij aanneming van werk (artikel 1787 Cc v.) verplicht de ene partij, de aannemer, zich tegen betaling voor de andere partij, de opdrachtgever, een bepaald werk of bepaalde diensten te verrichten. Onder het verrichten van bepaalde diensten wordt tegenwoordig naar Frans recht niet alleen het werk van de klokkenmaker, de garagist, de kapper en de loodgieter geschaard, maar ook de arbeid van de beoefenaren van de zogeheten *artes liberales*, zoals het werk van de arts, de advocaat, de kunstenaar en de architect. Al deze werkzaamheden vallen tegenwoordig naar Frans recht dus onder de noemer 'aanneming van werk':

'Le contrat d'entreprise peut avoir pour objet l'exécution d'ouvrages de toutes sortes: Construction immobilières, travaux manuels, mécaniques, artistiques, scientifiques, littéraires et juridiques.'⁵⁶

Dat al deze werkzaamheden onder aanneming van werk vallen is niet altijd zo geweest. De Romeinen stelden zich reeds de vraag of deze beoefenaren van de *artes liberales*, 'd.w.z. van bezigheden die men een vrij man waardig achtte'⁵⁷ op een lijn konden worden gesteld met de werk- en ambachtslieden die vielen onder de *locatio-conductio operis faciendi*, aanneming van werk.⁵⁸ Artsen en advocaten, zogeheten 'verheven' beroepsgroepen wilden niet gelijk gesteld worden met de lieden die werkzaamheden verrichtten die vielen onder aanneming van werk en hun arbeid verhuurden. De *artes liberales*, die niet door slaven maar door vrije mensen werden uitgeoefend, vielen daarom onder een ander contract, te weten onder lastgeving. Een van de kenmerken van lastgeving was dat het om niet geschiedde. Daarmee onderscheidde lastgeving zich van aanneming van werk. Het werk van de arts werd als een vriendendienst beschouwd, dat om niet behoorde te worden

55 De Franse literatuur spreekt tegenwoordig niet meer over 'louage'. De arbeidsovereenkomst is het 'contrat de travail'. De dienstverlening buiten dienstverband noemt men tegenwoordig 'contrat d'entreprise'. Aanneming van werk (des devis et des marchés/bestek en aanneming) is een species van het 'contrat d'entreprise'. *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Bijzondere overeenkomsten, deel IV, T.F.E. Tjong Tjin Tai, Deventer 2009, 7.

56 M.A. Flamme / J. Lepaffe, *Le contrat d'entreprise*, Brussel 1966, nr 45; Malaurie e.a., noot 28, 401; Planiol/Ripert, noot 52, 143; Ghestin, noot 50, 1262; P-H Antonmattei/J. Reynard, *Droit civil Contracts spéciaux*, Parijs 2004, 299, 317. Hetzelfde geldt voor België en Duitsland. V. Sagaert e.a., *Vermogensrecht in kort bestek, Goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht*, Antwerpen-Oxford 2007, 384. Vgl. § 631 BGB. D. Medicus, *Schuldrecht II*, München 2007, 130 v. Zie ook: Asser-Coehorst, noot 49, 1977, 222.

57 J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden 1948, 291; M. Kaser/F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle 1971 215 v., 221; J.H.A. Lokin, *Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen 2010, V 54; R.E. Zimmermann, *Law of Obligations*, Zuid Afrika/Deventer/Boston, 1990, 241. Coehorst, noot 49, 1 v.

58 De *locatio-conductio operarum*, de overeenkomst tot het verrichten van arbeid, kwam niet veel voor omdat veel werk door slaven werd verricht en veel werkzaamheden die naar oud BW en Frans recht onder huur van diensten vielen, in het Romeinse recht onder aanneming van werk werd gebracht. De grens was vaag en niet gemakkelijk te trekken. Van Oven noemt als voorbeeld het werk van een schoonmaakster. Werd zij voor haar arbeid betaald, dan was het de overeenkomst tot het verrichten van arbeid, maar werd zij betaald voor het resultaat dan was het aanneming van werk. Van Oven, noot 57, 280.

verricht. Tegenover de bewezen dienst stond slechts de morele plicht om als erkenning voor de bewezen dienst een vergoeding te geven. Deze vergoeding werd geen 'loon' of 'salaris' genoemd; men sprak over een *honorarium* (eregeld). Aanvankelijk kon deze vergoeding niet worden afgedwongen. Later werd deze vergoeding echter in rechte afdwingbaar; in de keizertijd is het gebruik in zwang gekomen dat ook de arts en de advocaat loon konden bedingen.

Behoorde het beroep van de kunstschilder naar Romeins recht onder de verheven beroepen? Glück beantwoordt de vraag in zijn commentaar op de Pandekten ontkennend:

'So hoch auch die Malern bey den Römern geschätzt war, wie daraus hervorgeht, daß Justinian wegen der Vortrefflichkeit dieser Kunst von der sonst bey Acessionen geltenden Regel abwich, und daß die Alten sie der Poesie und Beredsamkeit gleichsetzen; so erklären dennoch die Gesetze den Contract den ich mit einen Maler schließe, daß er mir für Geld etwas malen solle, für einen Miethcontract. Denn nur solche Künste, welche gelehrte, und wissenschaftliche Kenntnisse erfordern, und diejenigen, welche sich ihnen weihen, den Namen Gelehrten geben, nennen die Römer *artes liberales, studia liberalia*'.⁵⁹

De schilderkunst werd door de Romeinen dus als een ambacht beschouwd en daarom werd het contract met de schilder in beginsel onder aanneming van werk geschaard en niet op een lijn gesteld met het werk van de geleerde, de advocaat en de arts. We zullen straks overigens zien dat de Romeinen een duidelijke regel hebben gemaakt voor het antwoord op de vraag of het contract waarbij in opdracht een portret of schilderij wordt gemaakt nu aanneming van werk was of koop van een toekomstige zaak.

Waar doelt Glück in het citaat op als hij het heeft over de afwijking op de natrekkingsregel? De regel bij natrekking aan roerende zaken is dat wanneer een roerende zaak zich zodanig aan een andere roerende zaak verbindt, de eerstgenoemde zaak ophoudt een zelfstandig bestaan te leiden en bestanddeel van de hoofdzaak wordt.⁶⁰ Men denke aan de tafelpoot die aan de tafel getimmerd wordt. De eigenaar van de hoofdzaak - in deze van de tafel - wordt door natrekking eigenaar van de tafelpoot. Hoe zat het met de eigendom van het schilderij, dat de schilder op het paneel van een ander had geschilderd of met de eigendom van het papier waarop iemand anders had geschreven? Over het schrijven met inkt op andermans papier was men het eens: de eigenaar van het papier werd eigenaar van het geschrevene. De letters volgden het papier, ook al waren de letters van goud.⁶¹ Over de eigendom van het schilderij was men het daarentegen niet eens. Justinianus hakte de knoop door en week in zijn Instituten af van de natrekkingsregel. Hij bepaalde het volgende:

59 C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, XVII-2, Erlangen 1816, p. 314, § 1048 v.; C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek*, deel 8, Den Haag 1883, 267.

60 Artikel 5: 14 BW. Lokin, noot 57, Z 18.

61 Lokin, Prota, noot 57, Z 18.

'Als iemand op andermans plank heeft geschilderd, dan menen sommigen dat die plank het schilderij volgt, anderen dat het schilderij, hoe goed ook, de plank volgt. Maar ons lijkt het het beste de oplossing dat de plank het schilderij volgt; want het zou belachelijk zijn als een schilderij van Apelles of Parrhasius door natrekking een waardeloze plank volgde.'⁶²

Justinianus heeft dus ten gunste en volgens Glück uit eerbied voor de schilder en de schilderkunst, beslist en bepaald dat de schilder eigenaar werd van het schilderij. De schilder moest uiteraard wel een vergoeding voor het paneel geven aan de voormalige eigenaar van het paneel. Glück zegt in het hierboven weergegeven citaat verder nog dat bij 'de ouden' de schilderkunst eveneens hoog in het vaandel stond en dat zij deze kunst op een lijn stelden met de poësie en de rethoriek. Hij verwijst onder andere naar Cicero en Plinius.⁶³ Plinius (1^e eeuw n. C.) heeft in zijn *Naturalis Historia* een van zijn boeken aan de schilderkunst gewijd. Hij klaagde over het feit dat in zijn tijd de schilderkunst en met name de portretkunst verdrongen was door vage afbeeldingen in marmer en zelfs goud. 'Zijn er geen beeltenissen voorhanden, dan worden ze', aldus Plinius, 'gefingerd en verwekken ze het verlangen naar de niet overgeleverde gezichtstrekken, zoals bij Homerus het geval is.' Voor Plinius is er geen groter bewijs van gelukzaligheid dan wanneer men kan ervaren hoe iemand er heeft uitgezien.⁶⁴

De overeenkomst waarbij de schilder tegen betaling iets voor iemand schilderde was, zoals gezegd, naar Romeins recht geen lastgeving, omdat het schilderen niet behoorde tot de verheven diensten.

Het onderscheid dat de Romeinen maakten tussen verheven diensten en ambachtelijke werkzaamheden heeft in ons recht en in het Franse recht navolging gevonden. Men heeft overigens altijd kritiek gehad op het onderscheid dat werd gemaakt tussen de verheven en niet verheven diensten of 'de lager lichamelijke weinig geëerde arbeid', zoals Diephuis deze diensten noemde.⁶⁵ 'Waar is de grenslijn', zo vraagt Opzoomer zich af, 'tusschen het vereerende en het niet vereerende, misschien zelfs vernederende?' 'Wordt zij niet telkens verplaatst, naarmate zich de begrippen, vaak vooroordelen, des tijds veranderen? Wie zou

62 Vertaling uit: Lokin, Prota, noot 57, Z 18, I 2, 1, 34. *si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere: aliis videtur picturam, qualiscumque sit, tabulae cedere. sed nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in acessionem vilissimae tabulae cedere.* Vgl 5: 14 lid 2 BW ontstaat er naar huidig recht mede-eigendom. Apelles (4e eeuw v. C.) en Parrhasius (eind 5e eeuw v. C.) waren Griekse schilders. Apellus was de hofschilder van Alexander de Grote.

63 M.T.Cicero, *Brutus*, ed. B Kytzler, München 1970, c.18; C. Plinius, *Naturalis Historia*, XXXV, c. 1 v., ed. K. Bayer, Düsseldorf/Zürich 1997. Uit: Glück, noot 59, XVII, 314. Via: Opzoomer, noot 59, deel 8, 267.

64 Plinius, noot 64, XXXV, c. 2., 9 en 10: (...) *quin immo etiam, quae non sunt, finguntur, pariuntque desideria non traditos voltus, sicut in Homero evenit. quo maius, ut equidem arbitror, nullum est felicitas specimen quam semper omnes scire cupere, qualis fuerit aliquis.*

65 G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk recht*, XIII, Groningen 1890, 7.

in onzen tijd met zulk een beschouwing en onderscheiding vrede hebben?"⁶⁶ Opzoomer wijst op de pandektist Windscheid. Windscheid legt duidelijk uit waarom het onderscheid in juridische zin niet gemaakt kan worden, want daar gaat het ten slotte om: om het onderscheid in juridische zin. Hij zegt het volgende:

'Die Benützung geistiger Thätigkeit zum Erwerbe gilt heutzutage nicht nur nicht als eine Verletzung des Anstandes und der Würde, sondern hat auch längst aufgehört, etwas aussergewöhnliches zu sein. Sie bildet einen Factor im Vermögensverkehr, wie jede andere Factor, und kann daher - im Principe - für die rechtliche Beurtheilung eine Ausnahmsstellung ebensowenig verlangen, wie sie sich dieselbe gefallen zu lassen braucht.'⁶⁷

Toch heeft men, zoals gezegd, ook in Frankrijk en Nederland nog lange tijd, ook in juridische zin, het onderscheid gemaakt tussen handenarbeid en intellectuele arbeid.⁶⁸ Werkzaamheden van artsen, advocaten én kunstenaars werden onder het contract van lastgeving geschaard. Genoemde werkzaamheden werden dus niet als huur van diensten beschouwd, zoals dat bij de kleermaker en de schoenmaker wel het geval was. Zowel de Code civil als het oud BW bepaalden overigens uitdrukkelijk dat lastgeving om niet was, maar dat partijen konden afspreken dat er een vergoeding werd betaald.⁶⁹ En lastgeving kon zowel betrekking hebben op het verrichten van rechtshandelingen als op het verrichten van feitelijke handelingen. De Franse jurist Duvergier is begonnen erop te wijzen dat lastgeving toch duidelijk moest worden onderscheiden van huur van diensten. Zijn leer die niet overeenkwam met de opvatting over de lastgeving in het Romeinse recht en de tot dan toe heersende doctrine in het Franse en Nederlandse recht, kreeg uiteindelijk veel bijval. Duvergier wees erop dat bij lastgeving de last niet alleen moest worden uitgevoerd voor de lastgever, maar ook in zijn naam moest geschieden. De lastgever handelde door middel van de lasthebber. Artikel 1984 Cc spreekt over 'au son nom'. Dezelfde woorden vinden we terug in artikel 1829 oud BW: 'in deszelfs naam'. Dat de last in naam van de lastgever moest worden uitgevoerd betekende dat bijvoorbeeld het werk van de leraar, de arts of de advocaat niet onder lastgeving viel. 'De man, die mij zijne wetenschap leert', aldus Opzoomer, of de 'advocaat die een memorie voor mij schrijft, de man die door zijne kunst mij de gezondheid teruggeeft, zij handelen allen in mijn voordeel, maar geen hunner verricht iets in mijn naam, geen hunner treedt, mij vertegenwoordigend, in mijne plaats op'. 'Zij zijn dan ook niet als mijne lasthebbers te beschouwen; zij hebben mij hun diensten verhuurd; en het zou dwaas zijn hier iets vernederends in te vinden. Of is het zooveel onteerender, den naam van verhuurder te

⁶⁶ Opzoomer, noot 59, deel 8, 267.

⁶⁷ Opzoomer, noot 59, deel 8, 267. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am Main, 522 § 401, 3.

⁶⁸ C.W. Opzoomer, *Het burgerlijk wetboek*, deel 11, Den Haag 1894, 7 v.

⁶⁹ Artikel 1831 Bw (oud) en 1986 Cc.

dragen, dan den naam van lasthebber?'⁷⁰ De critici⁷¹ van deze theorie die van mening zijn dat bij lastgeving *veelal* in naam van de lastgever wordt gehandeld, maar dat dit niet altijd het geval hoeft te zijn worden door Opzoomer verwezen naar de woorden van de wet. Niet 'veelal', maar 'altijd' wordt, zo zegt de wet, in naam van de lastgever gehandeld. 'De wet bedoelt wat zij zegt, en zegt wat zij bedoelt'.⁷²

Tegenwoordig is zowel in het Franse recht als in het Nederlandse recht de leer aanvaard dat het bij lastgeving moet gaan om het verrichten van rechtshandelingen.

Koop of aanneming van werk? Romeins recht.⁷³

We keren terug naar de schilder die de opdracht krijgt een portret te maken en naar de vraag of dit leidt tot aanneming(huur) van werk of koop? De Friese jurist Ulrik Huber (1636-1694) noemde dergelijke casus 'misselijke gevallen', waarin huur ook eigendom overbrengt.⁷⁴ Voor het Romeinse recht gaven Gaius, Pomponius en Javolenus, een duidelijk antwoord op de vraag die in de eerste eeuw na C. een controversale opleverde tussen de twee bekende rechtsscholen in Rome: de Sabinianen en de Proculianen. De mening van de Sabinianen zegevierde. In een fragment van Pomponius lezen we Sabinus' opvatting:

'Sabinus gaf het volgende advies. Als wij willen dat er een zaak voor ons gemaakt wordt, bijvoorbeeld een standbeeld, een of andere vaas of een kledingstuk, terwijl wij niets dan alleen maar geld zullen geven, moet men ook dat als koop zien; in zijn algemeenheid kan er geen sprake zijn van aanneming van werk, zolang het materiaal zelf niet verstrekt wordt door degene voor wie de zaak wordt gemaakt.'⁷⁵

Deze mening vinden we terug in de Instituten van Justinianus. Hij bepaalde het volgende:

'Evenzoo is het de vraag of, wanneer Titius met een goudsmid is overeengekomen, dat deze uit zijn goud ringen van een zeker gewicht en van bepaalden vorm voor hem zou maken en bijvoorbeeld tien goudstukken zou ontvangen, daardoor koop en verkoop der grondstof wordt aangegaan. Cassius zegt, dat hier koop en verkoop der grondstof wordt aangegaan, maar verhuur en huur van diensten. Doch

⁷⁰ Opzoomer, noot 68, deel 11, 15.

⁷¹ Bijvoorbeeld Diephuis, noot 65, VIII, § 840.

⁷² Opzoomer, noot 59, deel 11, 19. Zie over de legist Opzoomer: J.H.A. Lokin, De taak van de rechtswetenschap volgens Diephuis en Opzoomer, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, Groningen 1992b, 25-43.

⁷³ Van Oven, noot 57, 270; Kaser, noot 52, 203; Lokin, noot 57, V 38; Zimmermann, noot 57, 235.

⁷⁴ U. Huber, *Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt, Soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk*, deel 1, Leeuwarden 1686, boek 3, titel 8, nr 9.

⁷⁵ D. 18, 1, 20 (Pomponius) *libro nono ad Sabinum: Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: (...)*. Vertaling uit: J.E. Spruit, *Corpus Iuris Civilis*, tekst en vertaling, III, Den Haag 1996. Vgl. I. (Gaius) 3, 147 en D 18, 1, 65 (Javolenus). Javolenus Priscus was hoofd van de school der Sabinianen.

men heeft beslist dat slechts koop en verkoop wordt aangegaan. Maar, wanneer Titius daartoe zijn eigen goud heeft gegeven en een loon voor het werk is vastgesteld, lijdt het geen twijfel dat het verhuur en huur is.⁷⁶

Als de maker zelf het materiaal verstrekke waaruit hij de zaak maakte, dan was er volgens genoemde teksten dus sprake van koop. Cassius opperde overigens in dit geval een tussenoplossing, een mening die later ook werd verkondigd door bijvoorbeeld Planiol/Ripert.⁷⁷ Zij beschouwen de overeenkomst waarbij de goudsmid zelf voor het goud zorgt als een gemengd contract. Ten aanzien van het goud is het koop en ten aanzien van de arbeid is het huur en verhuur. Theophilus, een van de antecessoren die heeft meegewerkt aan de samenstelling van de Digesten, verklaarde het bestaan van de gemengde overeenkomst uit de verschillende acties die er konden worden ingesteld als er iets mis was gegaan. Hij zegt dat als er een tegenwerping wordt gemaakt dat de kwaliteit van het goud niet goed is, een actie uit koop moet worden ingesteld. Maar als het werkmanschap niet goed is uitgevoerd, dan kan er worden geageerd met de actie uit huur en verhuur. 'Want', zo concludeert Theophilus, 'arbeid is een nevenprodukt' oftewel de arbeid hoort er ook bij.⁷⁸

Als daarentegen de opdrachtgever het materiaal aan de maker verstrekt, dan is er volgens de tekst geen twijfel mogelijk. Het is in dat geval aanneming van werk.

Deze Romeinse oplossing is een logische en dogmatisch goede oplossing. Immers in het eerst genoemde geval, waarin de maker tevens het materiaal verschaft, is er steeds sprake van eigendomsoverdracht van een zaak tegen een bepaalde prijs. Levering is de hoofdzaak. Bij verkoop is dat eveneens het geval. Een zaak wisselt tegen een bepaalde prijs van eigenaar.

In het tweede geval, waarin de opdrachtgever het materiaal verschaft, zal de maker in beginsel slechts werk leveren en is er dus aanneming van werk. Javolenus geeft een voorbeeld waarin partijen afspreken dat de een voor de ander voor een bepaalde prijs een bepaald aantal dakpannen zal leveren. Hij zegt het volgende over de aard van deze afspraak:

76 Inst. 3, 24, 4: *Item Quaeeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.* Vertaling overgenomen uit A.C. Oltmans, *De Instituten van Justinianus*, Haarlem 1941. Vgl. *Instituten Gaius* 3, 147

77 Planiol/Ripert, noot 52, 148.

78 Zie Glück, noot 59, 323, n. 59 en 60: ἵνα εἰ μὲν ἀτιμῶμαι τὴν ὕλην τοῦ χρυσίου, ὥς ὅτι χρηστὴν, κινήσω τὴν ex emto. εἰ δὲ τὴν ἐργασίαν, ὥς ὅτι καλῶς ἔχουσιν, ἔχοιμι τὴν locati. i.e. ut, si quidem auri materiam, tamquam minus probam, incusem, ex emto actionem moveam: si vero artificium, tanquam minus recte se habens, locati actionem habeam. (...) namque artificium pro accensione est. (letterlijk geciteerd)

'Is dit koop of aanneming van werk? (...): als overeengekomen is dat ik dakpannen zal leveren die uit [klei van] mijn grond vervaardigd zijn, gaat het naar mijn mening om koop en niet om aanneming van werk. Van aanneming van werk is immers steeds sprake wanneer de grondstof ten aanzien waarvan een prestatie verricht wordt in dezelfde toestand en van dezelfde eigenaar blijft. Wanneer deze daarentegen omgevormd wordt en van eigenaar wisselt, moet men hier veeleer een koop dan aanneming van werk in zien.'⁷⁹

Het kan natuurlijk zo zijn dat er ook in het geval waarin de opdrachtgever het materiaal verstrekt sprake is van eigendomsoverdracht. Men denke aan de beeldhouwer die van een klomp marmer dat hem door zijn opdrachtgever ter beschikking is gesteld een beeld maakt. De maker wordt naar Romeins recht eigenaar door zaaksvorming en de opdrachtgever verliest de eigendom van het marmer. Vervolgens zal de maker het beeld in eigendom moeten overdragen aan de opdrachtgever. Voorwaarde voor zaaksvorming is echter wel dat de zaak niet meer in de oorspronkelijke staat kan worden teruggebracht. Gaat het bijvoorbeeld om een klompje goud dat de opdrachtgever de goudsmid heeft gegeven en waaruit de goudsmid een ring moet maken, dan wordt de opdrachtgever bij het ontstaan van de ring meteen eigenaar van de ring en moet hij de goudsmid voor zijn arbeid betalen.⁸⁰ De ring kan immers weer worden omgesmolten.

Op grond van het bovenstaande kunnen we naar Romeins recht concluderen dat de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de portretschilder die zelf het doek en de verf verstrekke, werd opgevat als koop.

Opvallend is dat we in het Weense Koopverdrag van 1980 dezelfde Romeinsrechtelijke oplossing vinden voor de afbakening tussen koop en aanneming van werk. In artikel 3 lid 1 lezen we namelijk het volgende:

'Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.'⁸¹

79 D. 18, 1, 65 Javolenus (*libro undecimo epistularum*): *Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio quod ut faceres: utrum emptio sit an locatio? respondit, si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem convenit, emptionem puto esse, non conductionem: totiens enim conductio alicuius rei est, quotiens materia, in qua aliquid prestat, in eodem statu eiusdem manet: quotiens vero et immutatur et alienatur, emptio magis quam locatio intellegi debet.* Vertaling uit: Spruit, noot 75. Een andere casus, maar eveneens een die gaat over een grensgeval tussen koop en huur vinden we in de Instituten van Gaius, I. 3, 146. In deze casus heeft X gladiatoren geleverd aan Y met de bepaling dat voor elk van hen die ongedeerd uit de strijd komen, X voor hun inspanningen 20 denariën van Y krijgt, en voor de gladiatoren die gedood of verminkt zijn, 1000 denariën. De vraag is of het hier koop dan wel huur betreft. Het antwoord is dat m.b.t. degenen die ongedeerd zijn gebleven huur en verhuur is aangegaan, maar m.b.t. degenen die zijn gedood of verminkt koop en verkoop plaatsvindt. Zie hierover Zimmermann, noot 57, 235.

80 Lokin, noot 57, Z 20. Inst. 2, 1, 25.

81 *United Nations Convention on Contracts for the international sale of Goods*. (CISG) Vgl: artikel 6 LUVI (*Loi Uniforme sur la Vente Internationale des objets mobiliers corporels* 1964): *Sont assimilés*

Rechtsgevolg Frans recht en Nederlands recht (oud BW en BW).

Het belang van de kwalificatie zit 'm uiteraard niet in de naam van het contract, maar in het rechtsgevolg. We beperken ons tot het verschil tussen koop en aanneming van werk omdat het in de zaak Eden v. Whistler tussen deze twee overeenkomsten ging. Is de verkoper de koper vrijwaring verschuldigd voor de verborgen gebreken, de aannemer is ook vrijwaring verschuldigd voor zichtbare gebreken.⁸² Een koopovereenkomst kan niet eenzijdig worden beëindigd in tegenstelling tot de aanneming van werk.⁸³ Overlijdt de aannemer, dan is de overeenkomst van rechtswege ontbonden.⁸⁴ De verbintenissen uit de koopovereenkomst gaan over op de respectievelijke erfgenamen, tenzij het contract was aangegaan met het oog op een bepaalde verkoper.⁸⁵

De belangrijkste verschillen in rechtsgevolg tussen koop en huur(aanneming) van werk zijn in het Franse recht echter het moment van eigendomsovergang en het risico. Het is hierboven al gezegd. Bij aanneming van werk gaat de eigendom van de vervaardigde zaak over op het moment van de aanvaarding, nadat de zaak is opgeleverd. (lees: geleverd) Dat er levering moet plaatsvinden in het geval de aannemer met eigen materiaal een zaak vervaardigd heeft, blijkt ook uit artikel 1788 Cc. Dit artikel zegt dat als de zaak teniet gaat voor de levering, het verlies voor rekening van de maker is. Eerst na de levering gaan de eigendom en het risico over op de opdrachtgever. Voordat er is geleverd, heeft de opdrachtgever dus slechts een persoonlijke vordering tot levering, hetgeen betekent dat hij in een eventueel faillissement van de schilder slechts concurrent crediteur is. Als de maker voordat hij levert iets aan het werk verandert of het moedwillig beschadigt, dan is dat geen beschadiging van andermans zaak en geen onrechtmatige daad.

Is er sprake van een koopovereenkomst, dan is levering naar Frans recht, zoals hierboven is uitgelegd, geen constitutief vereiste voor eigendomsovergang. De eigendom en het risico gaan bij koop ex artikel 1583 jo 1138 Cc over op het moment dat de overeenkomst is gesloten, met dien verstande dat bij de koop van een toekomstige specieszaak, zoals hier het geval is, de eigendom en het risico eerst overgaan op het moment dat de zaak is voltooid of de zaak bestaat. De zaak moet vatbaar zijn voor levering; voor

aux ventes, au sens de la présente loi, les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande la chose n'ait à fournir une partie essentielle des éléments nécessaires à cette fabrication ou production. In het tweede lid worden van het Weense verdrag die overeenkomsten uitgezonderd, waarbij het belangrijkste van de verplichtingen van de partij die de zaken levert bestaat in de verstrekking van arbeidskracht of de verlening van diensten. Een voorbeeld is het leveren van ingewikkelde machines die niet alleen maar geleverd worden maar ook moeten worden geïnstalleerd en onderhouden en waarvoor het bedienend personeel door de leverancier moet worden opgeleid om de apparaten te kunnen bedienen. R.I.V.F. Bertram, *Enkele aspecten van het Weens Koopverdrag*, 1995.

82 Artt. 1641 jo 1792 Cc; 1540 jo 1645 BW(oud).

83 Art. 1794 Cc; 1647 BW(oud).

84 Art. 1795 Cc; 1648 BW(oud).

85 Art. 1122 Cc.

eigendomsoverdracht is effectieve levering echter niet noodzakelijk.⁸⁶ Voor een portret betekent dat het moment waarop het portret af is. Is het portret af, dan heeft de koper de mogelijkheid het portret met de revindicatie op te eisen en kan hij het portret separeren als de schilder failliet gaat. Beschouwt men het contract als een koopovereenkomst, dan betekent dat tevens dat de schilder, nadat het werk af is geen eigenaar meer is en zonder toestemming van opdrachtgever/eigenaar niets meer aan het schilderij mag veranderen. Doet hij dat wel, dan beschadigt hij het schilderij van een ander en pleegt hij een onrechtmatige daad.

De vragen die zich hier opdringen en die de annotatoren eveneens stelden zijn: wanneer is het portret af en wie bepaalt dit? Is dat de kunstenaar of is dat de opdrachtgever? Veelal zal in onderling overleg worden bepaald of het portret af is. De schilder zal nadat hij de laatste penseelstreek heeft gezet en vindt dat het af is, het portret ter goedkeuring laten zien aan de opdrachtgever/koper. De opdrachtgever/koper zal, wanneer hij zelf of een van zijn familieleden geportretteerd is, overigens meestal gaandeweg de voltooiing de vorderingen van de schilder tijdens de poseersessies hebben gevolgd. Maar gesteld dat dat niet het geval is en de schilder het portret bijvoorbeeld na een maal poseren of aan de hand van foto's heeft gemaakt, wat dan? Als alleen de schilder het recht heeft om te bepalen of het werk af is, zoals Planiol meent, omdat hij werk van een schilder beschouwt als een intellectuele prestatie, dan zou het gevaar kunnen ontstaan dat de klant in de greep van de kunstenaar komt en aan zijn grillen is overgeleverd, de vrees die in de zaak *Eden v. Whistler* door de annotatoren Wahl en Planiol is geuit. Legt men dit recht echter bij de opdrachtgever/koper, zoals Wahl wil, dan zal het gevaar bestaan dat hij sneller tevreden is dan de schilder en dat de schilder mogelijk reputatieschade oploopt. Hoewel men met Planiol in eerste instantie zal zeggen dat de schilder het het beste kan beoordelen of het portret in artistieke zin is voltooid, valt er toch ook veel voor te zeggen dat de beslissing in dezen aan de opdrachtgever/koper moet worden overgelaten, zoals Wahl meent. Het schilderen van een portret is, zoals we straks zullen betogen, niet zozeer een intellectueel of artistiek werk, zoals bijvoorbeeld het schrijven van een novelle of een toneel- of muziekstuk. Daarbij speelt ook een rol dat de opdrachtgever/koper zelf het onderwerp van het portret aandraagt. Meestal is de geportretteerde immers de opdrachtgever/koper dan wel een familielid van de opdrachtgever. Dat de maker het werk niet zonder toestemming van de geportretteerde mag openbaar maken en tentoonstellen houdt eveneens in dat de opdrachtgever ook bij de vraag of het af is een belangrijke stem in het kapittel moet hebben.

We mogen, zoals gezegd, aannemen dat het portret in de zaak *Eden v. Whistler* in ieder geval af was, reeds voordat Whistler het hoofd van Lady Eden wegvaagde. Nadat Lady Eden voor het laatst geposeerd had, betitelde Whistler het als een meesterwerk en stelde het portret tentoon in Salon 'Champs de Mars' in Parijs. Opdrachtgever Eden had zich al

⁸⁶ Artikel 1130 Cc. Hierover: Sagaert, noot 56, 110; Ghestin, noot 50, 143.

eerder enthousiast over het resultaat uitgelaten: 'The portait is charming; it is more delightful every time I see it I am perfectly satisfied.'⁸⁷

Betrof het een koopovereenkomst, dan was Eden dus eigenaar geworden en had hij de revindicatie kunnen instellen. Whistler had het portret van Eden echter vernietigd en jegens Eden dus onrechtmatig gehandeld. Eden zou, zoals gezegd, schadevergoeding kunnen vorderen in geld dan wel in natura. Ging het echter om aanneming van werk, dan moest er dus eerst zijn geleverd aan Eden en door hem zijn aanvaard, wilde de eigendom van het portret op Eden zijn overgegaan. Nu er geen levering had plaatsgevonden, was Whistler nog steeds eigenaar van het portret. Hij kon echter niet meer leveren omdat het portret niet meer bestond. Eden restte een vordering op grond van wanprestatie die zich oploste in het betalen van schadevergoeding. Uit aanneming van werk was een verbintenis om te doen ontstaan die zich ex artikel 1142 Cc oploste in het betalen van schadevergoeding. Nakoming vorderen behoorde niet tot de mogelijkheden.

Hoe luidde de oplossing als het oud BW van toepassing was geweest? Als we ervan uitgaan dat het schilderen van een portret in opdracht aanneming van werk oplevert, dan diende eerst levering plaats te vinden voordat de opdrachtgever eigenaar werd. Deze oplossing is dus hetzelfde als naar Frans recht. Whistler zou eigenaar zijn gebleven. Hij kon het portret niet meer leveren omdat dat door hem 'vernietigd' was. Eden restte niets anders dan genoeg te nemen met schadevergoeding. Conform artikel 1275 oud BW werden alle verbintenissen om iets te doen opgelost in schadevergoeding. Nakoming vorderen was niet mogelijk. Naar huidig recht zou Eden in geval van aanneming op grond van artikel 7: 759 BW herstel kunnen eisen of schadevergoeding.

Zou het contract als een koopovereenkomst worden gekwalificeerd dan was Eden naar oud BW evenmin eigenaar geworden omdat levering een constitutief vereiste was voor de eigendomsoverdracht. Eden had echter behalve de mogelijkheid schadevergoeding te eisen nu wel nakoming kunnen vorderen. (artikel 1271 v.) Hij kon vorderen dat Whistler ofwel het oorspronkelijk portret herstelde ofwel een nieuw portret maakte en vervolgens dat hij het portret leverde. Het huidige recht zou Eden ex artikel 6: 74 jo 7: 21 BW dezelfde mogelijkheden bieden.

Koop of aanneming van werk? Code civil en oud BW.

We hebben nog steeds niet de vraag beantwoord of de opdracht tot het maken van een portret nu koop of aanneming van werk is. Het ware gemakkelijk geweest als het Romeinsrechtelijke antwoord op deze vraag of dit soort contracten waarbij de maker tevens het materiaal verstrekt koop of aanneming van werk is, in de Code civil en ons BW van 1838 was overgenomen. Het antwoord naar Romeins recht was dat als de maker zelf het materiaal verstrekke waaruit hij de zaak maakte, er sprake was van koop. Verschafte de opdrachtgever het materiaal, dan was het aanneming van werk. Aanvankelijk was het bij

⁸⁷ Whistler, noot 1, 8.

de Code civil de bedoeling om deze oplossing over te nemen en had artikel 1787 Cc, dat aanneming van werk als huur kwalificeert, twee leden. Het eerste lid bepaalde dat als de opdrachtgever de stof verstrekte 'c'est un *pur louage*' en dus aanneming van werk (huur) opleverde. In het tweede lid werd gezegd dat indien de maker zelf de stof leverde 'c'est une vente d'une chose une fois faite'.⁸⁸ Toch zijn deze twee leden geschrapt, 'comme étant de pure doctrine, et n'ayant nullement le caractère d'une disposition législative'.⁸⁹

Artikel 1787 Cc bepaalt nu dat men bij aanneming van werk *kan* overeenkomen dat de opdrachtnemer alleen zijn werk of zijn diensten verstrekt, ofwel dat hij naast zijn arbeid tevens de stof zal verstrekken. Ditzelfde artikel is eveneens in het oud BW terechtgekomen⁹⁰, zij het met dien verstande dat aanneming van werk sinds 1907 bij ons niet meer tot de huurovereenkomst wordt gerekend. Huur werd beperkt tot zaken.

Als de maker zelf het materiaal verstrekt, hoeft dit dus niet meer altijd te betekenen dat het koop van een toekomstige zaak zal zijn; het kan aanneming van werk zijn. Men denke aan de huisschilder die de opdracht heeft gekregen een huis te schilderen. Hoewel hij zelf het materiaal verschaft, is het een aannemingscontract.

Toch is het volgens Opzoomer niet zo dat de Romeinsrechtelijke oplossing opzettelijk door de Franse en Nederlandse wetgever is verlaten. De Code civil en het oud BW erkennen dat men bij aanneming van werk *kan* bedingen dat de maker ook zelf de stof zal leveren, maar het zegt niets over de beantwoording van de vraag of de aanneming van werk door dit beding de natuur van koop en verkoop verkrijgt dan wel die van huur en verhuur behoudt.⁹¹ 'Waar alzoo de wet niet beslist, moet de wetenschap beslissen, en de algemeene beginselen des rechts in acht neemen'.⁹²

In de Franse⁹³ en Nederlandse literatuur⁹⁴ en jurisprudentie is een aantal criteria ontwikkeld aan de hand waarvan de grens tussen koop en aanneming van werk kan worden bepaald. De partijbedoeling staat uiteraard voorop. Van geval tot geval zal afhankelijk van de partijbedoelingen moeten worden bepaald of er sprake is van een koopovereenkomst dan wel van aanneming van werk. Zijn de partijbedoelingen niet duidelijk, dan kan er gekeken worden naar een aantal objectieve criteria. Betreft het de levering van een vervangbare zaak in economische zin, dan wordt wel aangenomen dat het koop is. Het gaat dan om een handelszaak die niet naar de individuele eigenschappen

88 Opzoomer, noot 59, deel 8, 429, noot 1.

89 Opzoomer, noot 59, deel 8, 429, noot 1.

90 Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière. Vgl. Artikel 1640 BW (oud).

91 Opzoomer, noot 59, deel 8, 430.

92 Opzoomer, noot 59, deel 8, 430.

93 J. Ghestin / B. Desché, *Traité des contrats, La vente*, Parijs 1990, 71. Antonmattei/Raynard, noot 56, 294; Planiol/Ripert, noot 52, 145.

94 Asser-Coehorst, noot 49, 1977, 241; *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, deel III, Bijzondere overeenkomsten, P.W. Kamphuisen, Zwolle 1960, 431. Zie ook: *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Bijzondere overeenkomsten, deel 1, koop en ruil, J. Hijma, Deventer 2001, 17 v.; Asser-Van den Berg, noot 49, 35 v.

wordt gewaardeerd.⁹⁵ Is het daarentegen een speciale zaak, dan zal het eerder aanneming van werk zijn.⁹⁶ In het laatste geval verlangt de opdrachtgever een specifiek voor hem ontworpen zaak. De nadruk ligt hier meer op het werk, terwijl bij een economisch vervangbare zaak het product op de voorgrond staat. Een speciaal voor de klant ontworpen object zal moeilijker elders te verkopen zijn.⁹⁷ Een ander belangrijk of liever gezegd, het belangrijkste criterium is de aard van de prestatie, het voorwerp van de overeenkomst. Ligt de nadruk op de levering en de eigendomsoverdracht, dan is er koop; is arbeid de hoofdzaak, dan is er aanneming van werk. De Hoge Raad moest in 1906 de vraag beantwoorden of de schilder die een huis schilderde en daarbij zijn eigen verf gebruikte en verwerkte, deze verf verkocht en als verkoper en dus als koopman in de zin van het Wetboek van Koophandel moest worden aangemerkt.⁹⁸ De kantonrechter en de rechtbank hadden deze vraag bevestigend beantwoord. De Hoge Raad casseerde deze uitspraken en overwoog dat het hier ging om aanneming van werk omdat de hoofdzaak van de opdracht bestond in een verrichting. De procureur generaal zei voorts nog het volgende dat voor ons geval van belang is:

'Is de verver koopman, dan is dit ook de kunstschilder voor de verf waarmee hij zijn schilderijen, die hij verkoopt, vervaardigt, dan is dit evenzeer de schoenpoetser die het schoensmeer koopt, waarmee hij de schoenen van zijne klanten glimmend maakt (...) en het komt mij niet waarschijnlijk voor dat de wetgever zoo iets heeft bedoeld.'

Uit deze overweging kan men volgens de Hoge Raad afleiden dat nu de verver geen koopman is, de kunstschilder en de schoenpoetser dit evenmin zijn.

Ook de waarde kan een rol spelen bij de vraag of er sprake is van aanneming van werk of van koop. Zo heeft de Cour de Cassation in 1950 overwogen dat in het geval waarin de maker zelf het materiaal verschaft, er alleen dan sprake is van koop, als het materiaal meer waard is dan de arbeid die is verricht om de zaak te maken.⁹⁹ Is de waarde van het materiaal onbeduidend vergeleken met dat de waarde van de arbeid, dan zou het, aldus Zimmermann, niet passend zijn om over koop te spreken.¹⁰⁰ Ook volgens Ulrik Huber hangt de kwalificatie af van de waarde. Hij geeft het voorbeeld waarin men een goudsmid 'een stuk werks aanbesteedt uit sin eygen silver.' Huur en koop gaan volgens hem hier samen: het aanbesteden is huur en het leveren van het zilveren voorwerp is koop. Maar

95 Asser-Coehorst, noot 49, 241 en Asser-Kamphuisen, noot 94, 431.

96 Vgl. Windscheid, noot 67, 707.

97 Zimmermann, noot 57, 235. Vgl. § 651 BGB waarin wordt bepaald dat als de maker de zaak uit zijn eigen materiaal produceert, en de zaak levert en in eigendom aan de klant overdraagt, de regels mbt koop van toepassing zijn, tenzij het niet om een handelszaak gaat. In dat geval zijn ook de in § 651 BGB uitdrukkelijk genoemde paragrafen over aanneming van werk van toepassing.

98 HR 15 juni 1906, W 8392.

99 1 augustus 1950, S. 1951. 1. 100. Uit: Ghestin, noot 50, 74. Asser-Hijma, noot 94, 17.

100 Zimmermann, noot 57, 235. In tegenstelling tot *Robinson versus Graves*, zie hieronder in de volgende paragraaf.

omdat het 'silver leeveren' het meest bedraagt, wordt het contract, aldus Huber, 'voor koop gerekent, ende huur komt koomt daerin te versmelten, volgens gewoonte van rechte dat het principale zijn aanhangsel nae zich trekt'.¹⁰¹ Het zij misschien ten overvloede opgemerkt dat hij hier bedoelt dat het contract huur natrekt aan het contract koop en dat hij niet bedoelt dat het maken van de ring of de beker natrekking oplevert; er is sprake van zaaksvorming.

We passen de genoemde criteria toe op het maken van een portret. Het portret is een specifiek voor de opdrachtgever gemaakte zaak en de arbeid zal meer waard zijn dan de verf en het doek, hetgeen erop wijst dat het aanneming van werk betreft. Maar als we het tweede criterium toepassen en beantwoorden wat de hoofdzaak van de overeenkomst is, de levering en eigendomsoverdracht of de arbeidsprestatie, dan wordt het lastiger. Beide elementen wegen even zwaar bij het in opdracht maken van een portret. Sommigen geven de voorkeur een keuze te vermijden en nemen daarom aan dat het een gemengd contract is, waarop in beginsel zowel de koop- als de aannemingsregels van toepassing zijn. (art. 6: 215 BW).¹⁰² De moeilijkheid bij deze oplossing is dat steeds bepaald moet worden wanneer en welke regels van koop en wanneer en welke regels van aanneming van werk moeten worden toegepast.

Opzoomer is geen voorstander van het aannemen van een gemengd contract. Hij geeft als voorbeeld een zilveren beker die in opdracht wordt gemaakt en waarbij de maker het zilver levert. Het contract is volgens Opzoomer in dit geval een koopovereenkomst. En wel geen zuivere koop, maar een voorwaardelijke. De stof die de maker levert, blijft tot de goedkeuring door de klant zijn eigendom. Niet de ruwe, maar de bewerkte stof wordt voorwaardelijk gekocht voor het geval dat het werk niet naar genoegen van de opdrachtgever wordt afgeleverd, oftewel onder de voorwaarde dat de beker beantwoordt aan de bedoeling van de opdrachtgever. Voorts zegt hij het volgende:

'Zijn ruw stuk zilver te koopen ligt niet in mijn gedachten. Is mijn handeling een voorwaardelijke koop, dan is het de koop van den beker; als die gereed en goedgekeurd is, bestaat er geen zilver meer, maar er bestaat een zilveren beker. Is die nu het voorwerp dat ik voorwaardelijk gekocht heb, welke ruimte blijft er dan voor het huren van nijverheid? Aan dien beker wil ik niets meer laten maken; om dien gemaakten beker was het mij te doen, en om niets anders. Is mijnen overeenkomst met den zilversmid dus een koopcontract, dan is zij dat ook alleen, en zij kan niet tegelijk als huur en verhuur beschouwd worden.'¹⁰³

Had de maker de beker reeds vervaardigd, dan was het een gewone koop geweest. Volgens Opzoomer maakt het echter in dit geval geen verschil of hij een beker koopt die

101 Huber, noot 74, 3, 8, 9. Hij verwijst naar Inst. 3, 24, 4. Zie voor deze tekst hierboven noot 76.

102 Planiol/Ripert, noot 52, 148. Asser-Hijma, noot 94, 18. M.G. de Baat, *Gemengde contracten*, dissertatie Leiden 1920, 187 v.; Windscheid, noot 67, 707. Zie § 651 BGB.

103 Opzoomer, noot 59, deel 8, 428.

de smid reeds uit zijn zilver heeft vervaardigd, of dat de smid wordt opgedragen er eentje uit zijn zilver te maken. Het wezenlijk karakter van de twee handelingen is hetzelfde: het is en blijft koop. In het eerste geval is er sprake van een zuivere koop; in het tweede van een voorwaardelijke koop. Ook Diephuis geeft een soortgelijk argument om in dit geval van de zilveren beker koop aan te nemen. Het gaat volgens hem om de zilveren beker en niet om het werk dat voor de opdrachtgever wordt verricht. Had de zilversmid al een beker gehad, dan had de opdrachtgever die beker gekocht. Nu dat niet het geval was, zou hij er een maken. Het gaat de opdrachtgever niet om de arbeid. Want als de smid van een vakgenoot eenzelfde beker zou kunnen krijgen die aan de wensen van de opdrachtgever beantwoordde, dan zou de zilversmid kunnen volstaan deze aan de opdrachtgever af te staan.¹⁰⁴

Er moet gekozen worden. Opzoomer verwoordt de keuze op een beeldende wijze. Het contract is hetzij aanneming van werk 'zoodat de stof door de arbeid verzwoegen wordt', 'hetzij een koop van een bewerkte stof, zoodat de arbeid opgaat in de bewerkte stof, die er door te voorschijn komt'.¹⁰⁵

Als we het bovenstaande toepassen op het door Whistler in opdracht gemaakte portret, lijkt het antwoord op de vraag of het contract nu koop is of aanneming van werk hiermee gegeven te zijn. Want gaat het bij het maken van een portret niet in de eerste plaats om de arbeid? In tegenstelling tot het maken van de zilveren beker uit het door Opzoomer gegeven voorbeeld, waarbij het de opdrachtgever niet uitmaakte wie de beker vervaardigde, is het de opdrachtgever tot het maken van een portret niet onverschillig wie het portret schildert. Hij kiest juist die ene schilder vanwege diens naam en kwaliteit. Eden heeft vanwege de naam en schilderskwaliteiten Whistler de opdracht gegeven het portret te maken en niet een willekeurige andere schilder. Met een portret van een andere schilder zou hij geen genoegen nemen. Dezelfde overweging, dat de arbeid in dezen de doorslag geeft, lezen we in de Engelse zaak uit 1935, *Robinson v. Graves*.

Intermezzo: Robinson versus Graves 1935.¹⁰⁶

In *Robinson v. Graves* ging het over eenzelfde casus als in *Eden v. Whistler*. Frederic Beresford Johnston Graves had de portretschilder William Howard Robinson gevraagd een portret van zijn (Graves') vrouw te schilderen. Ze hadden op 27 juli 1932 mondelinge afspraken gemaakt. Graves beloofde Robinson 250 guineas te betalen; hij zou een aanbetaling doen van 100 guineas. Mevrouw Graves poseerde en Robinson begon te schilderen. Op 2 augustus zei Graves opeens het contract op. De schilder liet het er niet bij zitten en dagvaardde Graves. Hij eiste betaling van 250 guineas voor het portret dan wel 250 guineas schadevergoeding. Graves ontkende de afspraak met Robinson. Hij zou

¹⁰⁴ Diephuis, noot 65, deel XII, Groningen 1889, 361.

¹⁰⁵ Opzoomer, noot 59, deel 8, 429.

¹⁰⁶ 1 KB (King's Bench Division) 579 v.

Robinson nooit hebben gevraagd een portret van zijn vrouw te schilderen, noch had hij beloofd 250 guineas te betalen. Er was geen bewijs. Hij deed een beroep op de Sale of Goods Act, waarin wordt bepaald dat voor het tot stand komen van een koopovereenkomst een 'written memorandum', een geschreven nota is vereist. Hij was derhalve van mening dat het een koopovereenkomst betrof. De rechter in eerste aanleg stelde Graves in het gelijk. Het was een koopovereenkomst, maar omdat Robinson geen schriftelijk bewijs kon tonen, had hij geen actie. Robinson tekende hoger beroep aan en beriep zich erop dat de opdracht tot het maken van een portret geen koopovereenkomst was, maar een 'a contract for skill and labour'. Voor het tot stand komen van een overeenkomst tot het verrichten van diensten was geen geschreven akte nodig. De vraag die de rechter in hoger beroep moest beantwoorden was wat voor een soort contract het betrof. Was het koop of was het een overeenkomst tot het verrichten van diensten. Uit het vonnis waar we de afzonderlijke mening van de drie rechters gewaar worden, blijkt dat ook de common law moeite heeft met de afbakening tussen beide contracten. Aardig is dat een van de rechters het Romeinse recht in herinnering bracht, de hierboven genoemde regel die Justinianus in zijn Instituten had geformuleerd. Had de maker zelf voor het materiaal gezorgd, dan was het koop; had de opdrachtgever het materiaal aan de maker verschaft, dan was het huur van arbeid. De Engelse rechter merkte hier het volgende over op:

'The English doctrine is far more elastic in this matter than that contained in the Institutes of Justinian or in most of the foreign Civil Codes. The question of the ownership of the material on which the work is done is not exclusive of the matter.'¹⁰⁷

Voorts passeerde een groot aantal precedentes de revue. Zo hadden de rechters in *Lee versus Griffin* in 1861 de volgende regel geformuleerd die nog altijd onbetwist was. In deze zaak ging het over een tandarts die een kunstgebit maakte voor zijn patiënt. De rechters overwogen het volgende:

'If the contract be such that it will result in the sale of a chattel, the proper form of action, if the employer refuses to accept the article when made, would be for not accepting. But if the work and labour be bestowed in such a manner as that the result would not be anything which could properly be said to be the subject of sale, then an action for work and labour is the proper remedy.'¹⁰⁸

Wat de rechters hier zeggen komt min of meer overeen met hetgeen Theophilus hierboven concludeerde. Theophilus keek eveneens naar het verschil in acties die konden worden ingesteld.¹⁰⁹ Liet de kwaliteit van het materiaal te wensen over, dan zou volgens Theophilus een actie uit koop moeten worden ingesteld. Maar als het werkmanschap niet

¹⁰⁷ 1 KB (King's Bench Division) 579, 589.

¹⁰⁸ 1 KB (King's Bench Division) 579, 581.

¹⁰⁹ Zie noot 78.

goed was uitgevoerd, dan kon er worden geageerd met de actie uit het aannemingscontract. Evenals het Engelse recht was het Romeinse recht praktisch van aard; men vroeg zich niet af wat voor een soort recht men had, maar met welke actie men kon ageren. Het maken van een kunstgebit werd naar Engels recht trouwens als koop beschouwd: 'The substance of the contract was the production of something to be sold by the dentist'.¹¹⁰ Verder overwogen de rechters nog dat niet de waarde van de arbeid in verhouding tot de waarde van het materiaal de doorslag moest geven bij het antwoord op de vraag wat de oorzaak van de actie was die moest worden ingesteld. Zij gaven het voorbeeld van de beeldhouwer Cellini die een beeld uit marmer maakte.¹¹¹ Gesteld dat de waarde van de arbeid hoger was dan de waarde van het marmer, dan zou het volgens hen nog steeds koop zijn. In een ander precedent werd gezegd dat het er niet toe deed of het materiaal goud, zilver, marmer of eenvoudig pleisterwerk was.¹¹² Doorslaggevend was het criterium dat de juristen Stephen en Pollock hadden geformuleerd. Als de overeenkomst tot doel had dat er een zaak voor een bepaalde prijs was overgedragen van A aan B, en wel een zaak waarvan B nog geen eigenaar was, dan was het koop. Als illustratie kon het volgende citaat van genoemde juristen dienen:

'A promises to paint a picture of great value for B, A finding the paint and canvas, which are of small value, and B promising to pay for the whole as a work of art. This is a contract for the sale of goods.'¹¹³

Een volgend precedent dat van belang was, was *Isaacs versus Hardy*. In dit proces dat zich afspeelde in 1884 was het in opdracht maken van een portret tegen een afgesproken prijs als koop bestempeld.

Ondanks deze precedenter oordeelden de drie rechters in *Robinson versus Graves* unaniem dat het hier niet ging om koop, maar dat het het verrichten van enkele diensten betrof. Het schilderen van een portret was 'a contract for skill and labour' en niet 'a contract for the sale of goods':

'(...) if the substance of the contract, is that skill and labour have to be exercised for the production of the article and that it is only ancillary to that that there will pass from the artist to his client or customer some materials in addition to the skill involved in the production of the portrait, that does not make any difference to the result, because the substance of the contract is the skill and experience of the artist in producing the picture'.¹¹⁴

¹¹⁰ 1 KB 579, 587.

¹¹¹ Benvenuto Cellini (1500-1571) was een Italiaanse beeldhouwer.

¹¹² Clay versus Yates, in: 1 KB 579, 589.

¹¹³ J.F. Stephen en F. Pollock, Section seventeen of the Statute of Frauds, in: *Law Quarterly Review*, januari 1885, 1-24, 10.

¹¹⁴ 1 KB 579, 587. Vgl. P.S. Atiyah / J.N Adams, *The sale of goods*, Edinburgh 2005, 26 v.

De rechters overwogen dat het precedent *Lee versus Griffin*, waar in het geval van het gebit koop werd aangenomen, juist een argument voor het tegendeel opleverde. De rechter had in die zaak namelijk opgemerkt dat het opmaken van een akte door een procureur het verrichten van enkele diensten was omdat het misbruik van de taal en het spraakgebruik zou zijn als gezegd zou worden dat het papier of het perkament waarop de akte was geschreven en de inkt die was gebruikt, goederen zouden zijn die waren verkocht en geleverd. De rechters in onze zaak, in *Robinson versus Graves*, achtten het in het geval van het schilderen van een portret in opdracht eveneens misbruik van de taal en het spraakgebruik wanneer er zou worden gezegd dat het portret werd verkocht. Vroeger en ook vandaag de dag zegt men 'welke schilder geef je de opdracht het portret te schilderen?' Het spraakgebruik duidt op mandaat of opdracht. Men geeft opdracht om iets te doen, te weten het maken van een schilderij. Tegen betaling zou er een werk door Robinson worden uitgevoerd. Paste men de regel uit *Lee versus Griffin* toe, dan kon de conclusie geen andere zijn dan dat het geen koop, maar het verrichten van een dienst was.

De rechters overwogen verder uitdrukkelijk dat het precedent *Isaacs versus Hardy* waar koop was aangenomen hier niet van toepassing was omdat de feiten ten opzichte van de onderhavige zaak verschilden. In *Isaacs versus Hardy* had een kunsthandelaar een schilder de opdracht gegeven een door hem aangegeven onderwerp te schilderen en te leveren tegen een bepaalde prijs, met het doel dit werk in zijn kunsthandel te verkopen.

De schilder Robinson werd dus in het gelijk gesteld.

Vervolg oud BW.

Aanneming van werk. Verrichten van enkele diensten. Stoffelijk voorwerp.

Als we ervan uit zouden gaan dat het in opdracht maken van een portret naar Nederlands recht aanneming van werk zou zijn, dan doet zich zowel onder het oud BW als het huidige recht, nog de volgende complicatie bij de kwalificatie voor. Aanneming van werk is 'een overeenkomst tot het verrichten van arbeid tegen loon, maar de arbeid moet het vervaardigen van een stoffelijke zaak zijn'.¹¹⁵ Een portret is een stoffelijke zaak, maar is het niet tevens een geestelijk product? Is het maken van een portret niet in hoofdzaak geestelijke arbeid? We komen hier aan bij de grens met weer een andere overeenkomst, namelijk die tot het verrichten van enkele diensten, waaronder van oudsher de werkzaamheden van artsen, advocaten en architecten werden geschaard. Volgens artikel 1637 oud BW waren alle overeenkomsten die niet zijn arbeidsovereenkomsten of aanneming van werk, overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten.¹¹⁶ Deze laatstgenoemde overeenkomst was niet nader in het wetboek geregeld. Zoals we straks zullen zien is deze overeenkomst in het huidige wetboek wel te vinden en wordt deze geregeld in de artikelen 7: 400 BW en volgende onder de naam 'overeenkomst van

¹¹⁵ Asser-Kamphuisen, noot 94, 432; Asser-Coehorst, noot 49, 221.

¹¹⁶ Coehorst, noot 54, 15. De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid berusten op de driedeling : arbeidsovereenkomst, aanneming van werk en overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten.

opdracht.'

Het ging bij de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten dus om verrichtingen buiten dienstbetrekking of buiten aanneming van werk en het betrof in tegenstelling tot de aanneming van werk veelal geestelijke arbeid. Het zijn de zogeheten *artes liberales* die we hierboven al zijn tegengekomen en die naar Frans recht onder aanneming van werk vallen omdat onder aanneming van werk tevens het verrichten van diensten wordt geschaard.

Asser-Coehorst en Asser-Kortmann zijn van mening dat de opdracht tot het maken van een schilderij geen aanneming van werk is, maar het verrichten van enkele diensten, omdat het bij het maken van een schilderij in hoofdzaak gaat om geestelijke arbeid. 'De waarde van verf, linnen en lijst en de gebruikswaarde zijn relatief gering: wat telt is de creatie, als resultaat van een geestelijke inspanning tot uiting gebracht met en in stoffelijke middelen van geringe waarde.'¹¹⁷ Zij vergelijken het werk van de portretschilder met dat van een uitgever die een schrijver de opdracht geeft om een novelle te schrijven. Het schrijven van de novelle is een geestelijke arbeid en dus het verrichten van enkele diensten. De opdracht aan de uitgever om de novelle vervolgens te laten drukken is aanneming van werk. Bij de drukker gaat het om het tot stand brengen van een stoffelijk voorwerp.

Van Oven en Kamphuisen menen eveneens dat de opdracht tot het schrijven van een novelle geen aanneming van werk is, 'omdat de stoffelijke verschijning het papier, hier geheel bijzaak was en het geestelijk product hoofdzaak'.¹¹⁸ Maar de opdracht tot het maken van een schilderij beschouwen zij - anders dan Asser-Coehorst en Asser-Kortmann - als aanneming van werk 'omdat daar de arbeid in de stof zelf haar begin en einde vindt'.¹¹⁹ Wie heeft gelijk? Levert het in opdracht maken van een schilderij een geestelijk product op of een stoffelijk voorwerp?

In de kunst wordt wel het volgende onderscheid gemaakt, een onderscheid dat onlangs in een krantenartikel over de schilderes Stien Eelsingh (1903-1964) duidelijk naar voren kwam. De recensent zegt in zijn bijdrage over een tentoonstelling van de Staphorster schilderes het volgende:

'Haar oeuvre wordt verdeeld in een vroege periode (realistisch ambachtelijk) en een meer expressionistisch georiënteerde periode, waarin de oerkracht van de mens zichtbaar wordt. Juist doordat folklore hieraan ondergeschikt blijft, krijgt het werk zijn zeggingskracht. (...) De latere werken van Stien Eelsingh gaan over emoties, die door kleurgebruik en compositie van het doek afspatten. (...) Het vastleggen van oergevoelens, dat is waar ze zich mee bezighield. Wat ze wel deed, waren nostalgische plaatjes maken over Staphorst, maar dat deed ze meer om geld te verdienen dan

¹¹⁷ Asser-Coehorst, noot 49, 222; *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, deel III, Bijzondere overeenkomsten, S.C.J.J. Kortmann, Zwolle 1994, 353.

¹¹⁸ Asser-Kamphuisen, noot 94, 344, J.C. van Oven, Aanneming van werk, in: *Nederlands Juristenblad* 1955, 540-547, 543.

¹¹⁹ Asser-Kamphuisen, noot 94, 344, Van Oven, noot 118, 543.

dat ze er ook werkelijk creatief achter stond.¹²⁰

Uit dit citaat zouden we kunnen concluderen dat een realistisch geschilderd portret of schilderij eerder als een ambacht moet worden beschouwd en een stoffelijk product oplevert, terwijl een expressionistisch schilderij sneller als geestelijk product wordt aangemerkt. Bij een expressionistisch geschilderd portret of schilderij laat de kunstenaar zijn fantasie meer de vrije loop dan bij een realistisch werk. Hoewel realistische en figuratieve werken, tegenwoordig meer in de belangstelling staan en weer 'mogen', laat het citaat over Stien Eelsingh zien dat er in kunsthistorische kringen toch nog altijd laatdunkend over wordt gedaan en eigenlijk niet als kunst mogen worden bestempeld.

Een portret zal overigens over het algemeen meer realistisch werk zijn. Het onderwerp wordt de schilder aangedragen en hoewel de ene portretschilder meer realistisch en precies te werk zal gaan dan de andere, zal het de bedoeling zijn van zowel de opdrachtgever als de schilder dat de persoon herkenbaar is. Er wordt in ieder geval minder aan de fantasie van de schilder overgelaten. Men zou de vergelijking kunnen maken met het verschil tussen de biografie die in opdracht wordt geschreven en de in opdracht geschreven roman of novelle. Bij de biografie wordt het onderwerp aangereikt, terwijl de inhoud van de novelle of de roman volledig ontspruiten aan de fantasie van de schrijver. Een andere vergelijking die men zou kunnen maken is die tussen de chirurg die tijdens een operatie een heup vervangt en de internist die ontdekt welke bacterie de lever heeft aangetast, daarvoor een behandeling uitdoktert en een medicijn ontwikkelt. Deze bezigheid van de internist is een meer intellectuele inspanning dan de heupoperatie door de chirurg.

Moeten we uit het voorgaande de conclusie trekken dat de portret- en figuratieve kunst die in opdracht wordt gemaakt, aanneming van werk is in tegenstelling tot de expressionistische die als het verrichten van diensten is te beschouwen? Afgezien van het feit dat het laatste genre veelal niet in opdracht wordt geschilderd, denk ik dat er geen onderscheid moet worden gemaakt en dat schilderkunst een ambacht is en dus onder aanneming van werk valt. Dit komt overeen met wat de Romeinen concludeerden.¹²¹ Er komt een stoffelijk voorwerp tot stand.

Zoals Windscheid al opmerkte kan sowieso juridisch het onderscheid tussen 'verheven' geestelijke arbeid en ambachtelijke werkzaamheden niet worden gemaakt.¹²² Het nadeel van de oud BW regeling in tegenstelling tot die in de Franse Code civil is dat het oud BW een onderscheid in het leven heeft geroepen tussen aanneming van werk en het verrichten van enkele diensten. Zoals we hebben gezien wordt in Frankrijk het werk van de arts, de klokkenmaker, de advocaat, de garagehouder en de schilder onder één noemer gebracht, te weten aanneming van werk.¹²³ Ook in België en Duitsland is er geen verschil.¹²⁴

120 Oprechte Steenwijker Courant, 1 juni 2012.

121 Zie hierboven over hetgeen Glück zei. Zie noot 59.

122 Zie hierboven noot 67.

123 Zie hierboven bij noot 56.

124 Zie noot '.

Huidig Nederlands recht.¹²⁵

Aanneming van werk. Opdracht.

Naar huidig recht speelt evenzeer het afbakeningsprobleem tussen aanneming van werk en de twee andere overeenkomsten, te weten de koopovereenkomst en de overeenkomst van opdracht. Op de afbakening met de koopovereenkomst komen we straks terug.

Het wetboek van 1992 heeft, zoals gezegd, voor de 'overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten' een nieuwe term geïntroduceerd: de 'opdracht'. Onder de term 'opdracht' vallen die overeenkomsten, die als gemeenschappelijk kenmerk hebben, dat de ene partij bepaalde verrichtingen aan de andere partij opdraagt.¹²⁶ De overeenkomst van opdracht wordt geregeld in artikel 7: 400 BW en luidt als volgt:

'De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.'

'Opdracht' is krachtens de definitie een overeenkomst. Brunner merkte hierover in 1974 het volgende op:

'Opdracht is niet een overeenkomst zoals het artikel ons poogt diets te maken, maar hetgeen krachtens overeenkomst tot het doen van verrichtingen wordt opgedragen.'¹²⁷

De term 'opdracht' moet volgens hem een plaats in onze rechtstaal krijgen, maar dan wel

125 Tjong Tjin Tai, noot Bij aanneming van werk (artikel 1787 Cc v.) verplicht de ene partij, de aannemer, zich tegen betaling voor de andere partij, de opdrachtgever, een bepaald werk of bepaalde diensten te verrichten. Onder het verrichten van bepaalde diensten wordt tegenwoordig naar Frans recht niet alleen het werk van de klokkenmaker, de garagist, de kapper en de loodgieter geschaard, maar ook de arbeid van de beoefenaren van de zogeheten *artes liberales*, zoals het werk van de arts, de advocaat, de kunstenaar en de architect. Al deze werkzaamheden vallen tegenwoordig naar Frans recht dus onder de noemer 'aanneming van werk':

'Le contrat d'entreprise peut avoir pour objet l'exécution d'ouvrages de toutes sortes: Construction immobilières, travaux manuels, mécaniques, artistiques, scientifiques, littéraires et juridiques.'

Dat al deze werkzaamheden onder aanneming van werk vallen is niet altijd zo geweest. De Romeinen stelden zich reeds de vraag of deze beoefenaren van de *artes liberales*, 'd.w.z. van bezigheden die men een vrij man waardig achtte'; Asser-Van den Berg, noot 49.

126 C.J.H. Brunner, De Opdracht, in: *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie*, 5285 (1974), 784-791 en 5286 (1974), 803-808, 5285, 784.

127 Brunner, noot 126, 785

'in de zin waarin hij gemeenlijk gebezigd en verstaan wordt, nl. voor het opgedragene, en niet voor de overeenkomst, waarbij iets wordt opgedragen en voorts niet in een zin, waardoor bijv. de opdracht aan de loodgieter om een lekkage te verhelpen, tot ongeoorloofd juridisch spraakgebruik zou worden.' Als de term 'opdracht' gedefinieerd wordt als een overeenkomst, dan komt dat niet overeen met het normale spraakgebruik. 'Opdracht' wordt in het BW ingevoerd in een andere betekenis, 'waardoor een goed bruikbaar en voor iedereen begrijpelijk woord wordt ingelijfd in de juridische geheimtaal. Dat lijkt me "fout" ', aldus Brunner.¹²⁸ Volgens de definitie van artikel 7: 400 BW vallen onder de opdracht die werkzaamheden die niet vallen onder de aanneming van werk. Aanneming van werk valt krachtens de definitie buiten de opdracht en wordt afzonderlijk geregeld. Aanneming van werk is gericht op het maken en opleveren van een voorwerp van stoffelijke aard en is dus resultaatgericht, terwijl het accent van het werk van de opdrachtnemer meer is gelegen in de mate van inspanning.¹²⁹ De opdracht is over het algemeen meer gericht op een geestelijke prestatie. De wetgever heeft dus kennelijk een aparte plaats in het wetboek willen behouden voor de beroepen die de Romeinen als *artes liberales* duiden en die men altijd een aparte positie heeft willen verschaffen door ze onder de lastgeving te brengen en onder het oud BW onder het verrichten van diensten. Het is tegenwoordig echter wel zo dat er vele werkzaamheden onder de noemer 'opdracht' worden begrepen. Zo vallen niet alleen de werkzaamheden van de advocaat, de arts en de notaris, maar ook die van de kapper, de kruier en de stomerij in de praktijk onder opdracht.¹³⁰

De praktijk leert echter dat de grens tussen opdracht en aanneming van werk toch moeilijk aan te geven is.¹³¹ Het criterium 'de totstandbrenging van een stoffelijk werk' zorgt net als onder het oud BW voor moeilijkheden. Vallen de werkzaamheden van de stomerij, zoals gezegd, volgens de praktijk onder opdracht, volgens de toelichting op de

128 Brunner, noot 126, 785.

129 B. Wessels, Algemene bepalingen inzake overeenkomst van opdracht, in: *Opdracht en dienstverlening*, Zwolle 1994, 6.

130 Wessels, noot 129, 6.

131 Wessels, noot 129, 6; Asser-Tjong Tjin Tai, noot Bij aanneming van werk (artikel 1787 Cc v.) verplicht de ene partij, de aannemer, zich tegen betaling voor de andere partij, de opdrachtgever, een bepaald werk of bepaalde diensten te verrichten. Onder het verrichten van bepaalde diensten wordt tegenwoordig naar Frans recht niet alleen het werk van de klokkenmaker, de garagist, de kapper en de loodgieter geschaard, maar ook de arbeid van de beoefenaren van de zogeheten *artes liberales*, zoals het werk van de arts, de advocaat, de kunstenaar en de architect. Al deze werkzaamheden vallen tegenwoordig naar Frans recht dus onder de noemer 'aanneming van werk':

'Le contrat d'entreprise peut avoir pour objet l'exécution d'ouvrages de toutes sortes: Construction immobilières, travaux manuels, mécaniques, artistiques, scientifiques, littéraires et juridiques.'

Dat al deze werkzaamheden onder aanneming van werk vallen is niet altijd zo geweest. De Romeinen stelden zich reeds de vraag of deze beoefenaren van de *artes liberales*, 'd.w.z. van bezigheden die men een vrij man waardig achtte', 30 v., 41. Brunner, noot 126, 784 v.

aannemingsovereenkomst daarentegen vallen deze werkzaamheden evenals het repareren van een fietsband en het plaatsen van een toerenteller in een auto onder aanneming van werk.¹³² En zo wordt bijvoorbeeld het werk van de architect onder de 'opdracht' begrepen, waarschijnlijk omdat zijn geestelijke arbeid - het maken van de tekening - zwaarder weegt, dit terwijl zijn werk gericht is op het tot stand brengen van een stoffelijk werk en dus volgens mij evengoed aanneming van werk kan zijn, ook al zal de architect niet zelf het huis bouwen. Hoe te denken over de huisarts die een wond hecht, de oogarts die een vuiltje uit het oog haalt of de smid die een paard beslaat? Waarschijnlijk zullen deze werkzaamheden onder opdracht vallen.¹³³ Wat het vervaardigen van een schilderij of een beeld aangaat wordt wel gezegd - door bijvoorbeeld Pito-Croes en Verheij-Wessels - dat dat geen aanneming van werk kan zijn omdat het intellectuele karakter van de werkzaamheden overheerst.¹³⁴ Waar men over de werkzaamheden van de architect nog kan twisten of het aanneming van werk of opdracht is omdat de architect niet zelf het stoffelijk resultaat tot stand brengt, is het bij de schilder en de beeldhouwer duidelijk dat zijzelf het stoffelijk voorwerp voortbrengen. Tegelijkertijd echter komt het resultaat voort uit de creativiteit, de geestelijke arbeid, van de kunstenaar. Zoals gezegd zou bij een schilderij of een beeldhouwwerk wederom een nuance kunnen worden aangebracht. Het maken van een portret of een bronzen buste van een persoon heeft wellicht minder een intellectueel karakter dan het schilderen of beeldhouwen waarbij de kunstenaar zijn fantasie de vrije loop laat en moet daarom eerder onder aanneming van werk worden begrepen. Overigens vind ik dat deze nuance niet zou moeten worden gemaakt. Het is hierboven al gezegd: het beoefenen van de schilder- en beeldhouwkunst is mijns inziens een ambacht en heeft, als het in opdracht geschiedt te gelden als aanneming van werk. Het

132 Opdracht en dienstverlening, 6. TK 1992-1993, 23 095, nr 3, p. 12. Brunner, noot 126, 785. S.C.J.J. Kortmann, De overeenkomst van opdracht, de lastgeving en de geneeskundige behandelingsovereenkomst, in: *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie*, 5982 (1990), 740-748, 742.

133 Brunner, noot 126, 785.

134 Asser-Tjong Tjin Tai, noot Bij aanneming van werk (artikel 1787 Cc v.) verplicht de ene partij, de aannemer, zich tegen betaling voor de andere partij, de opdrachtgever, een bepaald werk of bepaalde diensten te verrichten. Onder het verrichten van bepaalde diensten wordt tegenwoordig naar Frans recht niet alleen het werk van de klokkenmaker, de garagist, de kapper en de loodgieter geschaard, maar ook de arbeid van de beoefenaren van de zogeheten *artes liberales*, zoals het werk van de arts, de advocaat, de kunstenaar en de architect. Al deze werkzaamheden vallen tegenwoordig naar Frans recht dus onder de noemer 'aanneming van werk':

'Le contrat d'entreprise peut avoir pour objet l'exécution d'ouvrages de toutes sortes: Construction immobilières, travaux manuels, mécaniques, artistiques, scientifiques, littéraires et juridiques.'

Dat al deze werkzaamheden onder aanneming van werk vallen is niet altijd zo geweest. De Romeinen stelden zich reeds de vraag of deze beoefenaren van de *artes liberales*, 'd.w.z. van bezigheden die men een vrij man waardig achtte', 31. Pitlo, *Het Nederlands burgerlijk recht*, A.L. Croes, 1995, 223; B. Wessels / A.J. Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer 2010, 320.

resultaat, het maken van een stoffelijk voorwerp, overheerst.

Deze nuancering en de moeilijkheden die in de praktijk rijzen over de vraag of bepaalde werkzaamheden nu aanneming van werk opleveren of opdracht, laten zien dat het beter en in ieder geval gemakkelijker was geweest één categorie te handhaven, te weten die van aanneming van werk en, zoals in Frankrijk, daaronder ook te begrijpen die verrichtingen die nu onder de overeenkomst van opdracht vallen. In Frankrijk, België en Duitsland kent noch de wet, noch de rechtspraak en literatuur bij aanneming van werk de beperking tot stoffelijke werken. Het is hierboven al gezegd dat zowel geestelijke als lichamelijke arbeid in deze landen onder de noemer aanneming van werk valt.¹³⁵ Er is voor het Nederlandse recht wel geopperd dat de aanneming van werk beter geregeld zou kunnen worden als een species van de overeenkomst tot opdracht en de aanneming van werk binnen het kader van opdracht te regelen.¹³⁶ Drie argumenten pleiten hiervoor. In de eerste plaats is aanneming van werk immers eveneens een opdracht tot dienstbetoon. Een tweede argument is het spraakgebruik. Ook bij aanneming van werk spreekt men over het geven van een opdracht tot het maken van een bepaalde zaak. Dat aanneming van werk beter als een species van opdracht kan worden beschouwd sluit ten slotte aan bij het Europese recht, te weten bij de Principles of European Law on Service Contracts.¹³⁷

Heeft de Romeinsrechtelijke oplossing, te weten koop, echter uiteindelijk niet de voorkeur?

Vermoedelijk zal men op grond van de huidige stand van zaken in de literatuur moeten concluderen dat het in opdracht maken van een portret naar huidig Nederlands recht een overeenkomst van opdracht oplevert. Als ik echter zou moeten kiezen tussen aanneming van werk en opdracht dan geniet aanneming van werk, zoals gezegd, de voorkeur.

Meer praktisch zou het zijn als we deze keuze niet hoefden te maken. Om aan dit afbakeningsprobleem tussen aanneming van werk en opdracht te ontkomen zou men het contract wellicht beter kunnen kwalificeren als koop. Niet alleen kom je dan niet toe aan het genoemde grensprobleem tussen aanneming van werk en opdracht, maar dogmatisch zou het ook mooier zijn dit soort contracten, zoals Gaius, Javolenus en Pomponius al deden, te beschouwen als koopovereenkomsten. Want gaat het in dezen niet net als bij koop voornamelijk om de eigendomsoverdracht van een zaak tegen een bepaalde prijs? Weliswaar kiest de opdrachtgever voor het te maken portret een bepaalde schilder uit op grond van diens kwaliteit en naam en zou men daarom kunnen zeggen dat het voornamelijk om diens arbeid te doen is, maar het resultaat is dat de schilder een portret maakt en er een nieuwe zaak tot stand komt, die vervolgens aan de opdrachtgever-klant in

135 Zie noot 56. Asser-Coehorst, noot 49, 222.

136 Asser-Van den Berg, noot 49, 25. Vgl Brunner, noot 126, 785 en Kortmann, noot 132, 742.

137 Asser-Van den Berg, noot 49, 25 v.

eigendom wordt overgedragen. Het gaat uiteindelijk om het resultaat, het portret dat tot stand komt en niet om het werk dat wordt verricht of zoals Opzoomer zo mooi zei: De klant-opdachtgever koopt 'een bewerkte stof, zodat de arbeid opgaat in de bewerkte stof, die er door te voorschijn komt'.¹³⁸

Met Planiol, Stephen en Pollock kunnen we concluderen dat het feit dat de eigendom voor een bepaalde prijs wordt overgedragen de doorslag moet geven. Zou men dit contract niet als koop kwalificeren, dan zou dat evenmin het geval zijn in de situatie waarin een verzamelaar in een atelier zijn oog laat vallen op een schilderij van een specifieke schilder, wiens werk hij verzamelt en aan de schilder/eigenaar te kennen geeft dat hij diens werk graag aan zijn verzameling wil toevoegen. Ook in dat geval gaat het de klant om die bepaalde schilder wiens werk hij verzamelt en om diens naam en kwaliteit van werk, dat wil dus zeggen om diens arbeid. Maar ontegenzeggelijk wordt een dergelijk contract tussen die klant en die schilder als koop bestempeld, zij het als een zuivere koop, terwijl de opdracht tot het maken van een portret in een voorwaardelijke koop resulteert. Doch in beide gevallen, zowel bij de zuivere als bij de voorwaardelijke koop, wordt er een zaak in eigendom overgedragen. Hetzelfde geldt voor de timmerman die in opdracht een kast timmert, de goudsmid die in opdracht een ring maakt of de beeldhouwer die de opdracht krijgt iemand in brons te vereeuwigen. Ook zij vervaardigen met eigen materiaal een nieuwe zaak die zij vervolgens in eigendom overdragen.

Hoe zit het met de schilder die in opdracht een huis verft? Is dat evenzeer koop omdat hij net zoals de kunstschilder met eigen materiaal pleegt te schilderen? De Hoge Raad beantwoordde deze vraag in 1906 al ontkennend. Terecht. Er komt geen nieuwe zaak tot stand en er vindt geen eigendomsoverdracht plaats. De eigenaar van het huis wordt weliswaar eigenaar van de verf, maar niet doordat de schilder hem de verf in eigendom heeft overgedragen, maar door natrekking. De verf volgt het huis. Het voorgaande geldt evenzeer voor de aannemer die in opdracht een huis bouwt met zijn eigen materiaal. Bouwt hij het huis op de grond van de opdrachtgever, dan is dat aanneming van werk. Er vindt geen eigendomsoverdracht plaats; de opdrachtgever wordt eigenaar door natrekking. De aard van genoemde prestaties is de arbeid die de schilder en de aannemer verrichten. Bouwt de aannemer daarentegen in opdracht op zijn eigen grond een huis voor een ander, met de bedoeling dat de opdrachtgever eigenaar wordt, dan zal het een voorwaardelijke koop opleveren. Er komt een nieuwe zaak tot stand die door de aannemer in eigendom zal moeten worden overgedragen.

Op grond van het bovenstaande moet de conclusie luiden dat men, als de maker het materiaal verschaft, voor het oplossen van het grensprobleem tussen koop en aanneming van werk het beste de Romeinsrechtelijke regel als uitgangspunt kan nemen. Het contract dat Eden en Whistler sloten zou dus als een koopovereenkomst moeten worden gekwalificeerd. Deze oplossing sluit ook mooi aan bij het Europese recht. In het Weens koopverdrag van 1980 vinden we, zoals gezegd, de Romeinsrechtelijke oplossing terug.

¹³⁸ Opzoomer, noot 59, deel 8, 429.

Met de rechtsgevolgen die uit de wettelijke bepalingen over koop voortvloeien, zouden partijen prima uit de voeten kunnen.

Wat als het portret niet voldoet aan de wens van de geportretteerde? Churchill.

Moeilijk op te lossen is de volgende vraag. Wat kan de opdrachtgever/klant doen als het portret niet naar zijn wens is, als hij het niet vindt lijken bijvoorbeeld en er zich een geheel andere voorstelling van had gemaakt. We gaan ervan uit dat het een koopovereenkomst is. Hij kan proberen een beroep te doen op non-conformiteit ex artikel 7: 17 BW en zich erop beroepen dat het portret niet beantwoordt aan de overeenkomst, dat het portret de eigenschappen mist die hij ervan mocht verwachten. Kan hij dat, dan zou de opdrachtgever/koper op grond van de artikelen 6: 74 jo 7: 21 BW ontbinding en/of schadevergoeding dan wel correcte nakoming, herstel of vervanging van het portret kunnen eisen. Wat is de eigenschap van een portret? Onder de eigenschap van een portret dient te worden verstaan dat het aan de wand ter versiering of als herinnering aan de geportretteerde kan worden opgehangen. Maar kan onder 'eigenschap' ex artikel 7: 17 BW eveneens worden verstaan dat het portret beantwoordt aan de wens van de geportretteerde of opdrachtgever? Deze wens zal in de eerste plaats inhouden dat de geportretteerde te herkennen is en goed uit de verf is gekomen. Ik zou menen dat deze wens niet onder het begrip 'eigenschap' valt. In situaties dat het portret niet beantwoordt aan de wens van de geportretteerde lijken er maar twee oplossingen mogelijk. Of er genoeg mee nemen en gewoon ophangen of, zoals Churchill deed in 1954: het portret naar zolder laten verdwijnen. Hij had zijn portret weliswaar niet gekocht, maar het van het parlement ten geschenke gekregen ter gelegenheid van zijn tachtigste verjaardag. Het portret was in opdracht van het parlement gemaakt door Graham Sutherland. Toen het portret in het parlement werd onthuld zei Churchill: 'The portrait is a remarkable example of modern art.' Later merkte hij nog op: 'It makes me look half-witted, which I ain't '. Hij was wijdsbeens zittend op een stoel afgebeeld als 'a grumpy old man'. Na het portret dankbaar in ontvangst te hebben genomen verstopte hij het ergens op Chartwell, zijn huis in Kent. Kort na zijn dood vernietigde zijn vrouw Clementine het portret. Sutherland beschouwde het als een daad van vandalisme. De vraag was of de geportretteerde zijn portret, nadat hij eigenaar was geworden, mocht vernietigen als het hem niet aanstond? Volgens de Berner Conventie behoudt de schilder het auteursrecht ondanks het feit dat hij de eigendom heeft overgedragen. Hij kan ageren tegen vervorming, verminking of verandering van zijn werk. Door het doortastende optreden van Clementine Churchill laaide in Engeland de discussie op of het toch niet zo zou moeten zijn dat het eigendomsrecht van de rechthebbende van het portret prevaleerde boven het auteursrecht van de kunstenaar. Een soortgelijke vraag is of het eigendomsrecht van de rechthebbende van een kunstwerk uitstijgt boven het publieke belang of dat juist het publieke belang voorgaat en dat de kunst in het algemeen

belang beschermd moet worden tegen de grillen van de eigenaar. Wat bijvoorbeeld te denken van de Japanner die eigenaar was van een schilderij Van Gogh en deze bij zijn crematie 'mee de oven in wilde nemen'. Of van de man die zijn vrienden uitnodigde om te gaan darten op een portret van Rembrandt, waarvan hij eigenaar was.¹³⁹ Zonder al te genuanceerd op deze vragen in te gaan zou ik in beginsel het eigendomsrecht voor willen laten voorgaan en menen dat een eigenaar met zijn kunstwerk mag doen wat hij wil. Dit geldt volgens mij eens te meer voor een portret, zeker wanneer men zelf is afgebeeld.

Conclusie

De vraag hoe de opdracht tot het maken van een portret moet worden gekwalificeerd lijkt moeilijk te beantwoorden. Is het aanneming van werk of koop van een toekomstige zaak? Het Romeinse recht kende in dezen een duidelijk criterium voor het onderscheid tussen deze twee overeenkomsten. Leverde de maker tevens het materiaal, dan was het koop. Verschafte de opdrachtgever het materiaal, dan was het aanneming(huur) van werk. De Code civil en het oud BW verlieten dit duidelijke criterium door te bepalen dat er van aanneming van werk ook sprake kon zijn als de maker het materiaal leverde.

Het maken van een portret in opdracht wordt in Frankrijk naar aanleiding van de uitspraak van de Cour de Cassation in *Eden v. Whistler* als een contract '*sui generis*' bestempeld, het geen niet veel zegt, aldus Planiol: 'Un auteur a proposé qu'il y a contrat innomé, ce qui est évidemment une manière facile de résoudre la question, mais qui ne permet pas de donner des réponses sûres aux questions qui se présentent.'

In het Nederlandse recht is een aantal criteria ontwikkeld aan de hand waarvan men de bovengenoemde vraag zou kunnen beantwoorden. Het belangrijkste criterium is de aard van de prestatie. Gaat het om levering en eigendomsoverdracht van een zaak tegen betaling, dan is het koop. Is de arbeid van doorslaggevende betekenis, dan is het aanneming van werk. Kiest men in het geval van het portret voor aanneming van werk, dan doet in tegenstelling tot het Franse recht in het huidige Nederlandse recht een tweede grensprobleem op, te weten die tussen aanneming van werk en de overeenkomst van opdracht. In Nederland wordt namelijk nog altijd het onderscheid gemaakt tussen wat we kunnen noemen ambachtelijk werk en geestelijke arbeid.

De overeenkomst van opdracht houdt onder andere intellectuele arbeid in, terwijl aanneming van werk moet resulteren in een stoffelijk voorwerp. Over het antwoord op de vraag of het schilderen van een portret niet eigenlijk intellectuele arbeid is en een geestelijk product oplevert, wordt in de literatuur getwist. Mijn inziens levert het een

139 J.L. Sax, *Playing Darts with a Rembrandt: Public and Private Rights in Cultural Treasures*, 1999; A. Salomons, *De genade en ongenade van den eigenaar. Omvat het eigendomsrecht de bevoegdheid om eigen cultuurgoederen te vernietigen? Een pleidooi voor aanpassing van de Wet tot Behoud van Cultuurgoederen*, Amsterdam 2002.

stoffelijk voorwerp op en zou het maken van een portret dus onder aanneming van werk moeten vallen. Schilderen is een ambacht.

Om alle moeilijke nuanceringsen te voorkomen ware het beter en praktischer geweest om net zoals in Frankrijk juridisch geen onderscheid te maken tussen ambachtelijk en intellectueel werk en beide werkzaamheden onder aanneming van werk te scharen, dan wel aanneming van werk als species van opdracht te beschouwen.

Niet alleen om het zojuist genoemde grensprobleem tussen aanneming en opdracht te voorkomen, maar ook omdat het dogmatisch beter is, zou de overeenkomst die Edén en Whistler sloten volgens mij als een koopovereenkomst moeten worden gekwalificeerd. Doorslaggevend is dat er een nieuwe zaak ontstaat die in eigendom tegen een bepaalde som wordt overgedragen. Deze oplossing is overeenkomstig het Romeinse recht.

Wat de grens tussen aanneming van werk en koop van een toekomstige zaak aangaat kan men dus maar beter teruggaan naar de hierboven genoemde Romeinsrechtelijke regel. Deze Romeinse oplossing is wel betiteld als een vrij simplistische¹⁴⁰, maar het is in ieder geval wel een duidelijke, hanteerbare oplossing, waar men ook wat de wettelijke rechtsgevolgen betreft, goed mee uit de voeten kan. Niet voor niets zijn de makers van het Weens koopverdrag in 1980 teruggekeerd naar de ware Romeinse beginselen.

F.A.J. van der Ven¹⁴¹

Groningen

¹⁴⁰ Asser-Kamphuisen, noot 94, 430.

¹⁴¹ Foskea van der Ven is universitair docent bij de sectie Rechtsgeschiedenis van de Rijksuniversiteit Groningen.