

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummers: 200.286.691/01 KG en 200.286.741 SKG

zaaknummer/rolnummer rechtbank Amsterdam: C/13/687466 / KG ZA 20-652

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 16 november 2021

inzake

SCHAAP,

in 200.286.691/01 KG appellante, tevens incidenteel geïntimeerde,

in 200.286.741 SKG gedaagde,

advocaat: mr. M.R. de Zwaan te Amsterdam,

tegen

GEMEENTE AMSTERDAM,

zetelend te Amsterdam,

in 200.286.691/01 KG geïntimeerde, tevens incidenteel appellante,

in 200.286.741 SKG eiseres,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

Partijen worden hierna Schaap en de gemeente genoemd.

1. De zaak in het kort

Schaap heeft in opdracht van de gemeente een kunstwerk vervaardigd, dat op een locatie in Amsterdam zou worden geplaatst. De gemeente heeft na protest van buurtbewoners in 2016 besloten het kunstwerk niet op die locatie te plaatsen. In een door Schaap aangespannen kortgedingprocedure heeft dit hof bij arrest van 30 januari 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:238) de gemeente op straffe van een dwangsom van € 50.000,- veroordeeld tot plaatsing van het kunstwerk op een alternatieve locatie. Volgens Schaap is de gemeente die veroordeling niet nagekomen en is de dwangsom verbeurd. De gemeente heeft daarop een executiegeding aanhangig gemaakt (200.286.691/01 KG) en daarnaast op de voet van artikel 611d Rv bij dit hof als dwangsomrechter opheffing dan wel matiging van de dwangsom gevorderd (200.286.741 SKG). In de eerste zaak deelt het hof het oordeel van de rechtbank dat de dwangsom is verbeurd, maar dat geen aanleiding bestaat een tweede, hogere dwangsom op te leggen, zoals Schaap wil. In de andere zaak ziet het hof geen grond voor opheffing of matiging van de dwangsom.

2a. Het hoger beroep in het executiegeding (200.286.691/01 KG)

Schaap is bij dagvaarding van 30 november 2020 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 5 november 2020 (ECLI:NL:RBAMS:5373), onder bovenvermeld zaaknummer/rolnummer in kort geding gewezen tussen de gemeente als eiseres in conventie, tevens verweerster in reconventie en Schaap als gedaagde in conventie tevens eiseres in reconventie. De appeldagvaarding bevat de grieven. Op de rol heeft Schaap geconcludeerd overeenkomstig de appeldagvaarding.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel, met een productie.

Schaap heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen voor zover daarbij de vorderingen van de gemeente werden toegewezen en de vorderingen van Schaap werden afgewezen en alsnog de vorderingen van de gemeente zal afwijzen en de vorderingen van Schaap zal toewijzen, met veroordeling van de gemeente in de kosten van het geding in beide instanties met nakosten en rente.

De gemeente heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van Schaap en - in incidenteel appel - tot vernietiging van het bestreden vonnis voor zover daarbij de vorderingen van de gemeente werden afgewezen en alsnog toewijzing van die vorderingen, met veroordeling van Schaap in de kosten van het geding in hoger beroep met nakosten en rente.

Schaap heeft in incidenteel appel geconcludeerd tot ongegrond verklaring daarvan, met beslissing over de proceskosten.

2b. Het geding in de artikel 611d Rv procedure (200.286.741 SKG)

De gemeente heeft bij dagvaarding van 2 december 2020 op de voet van artikel 611d Rv in kort geding gevorderd dat het hof de in zijn arrest van 30 januari 2018 opgenomen dwangsom opheft dan wel matigt tot nihil, met veroordeling van Schaap in de proceskosten met nakosten en rente. De gemeente heeft vervolgens geconcludeerd overeenkomstig de dagvaarding en producties in het geding gebracht.

Bij memorie van antwoord, met producties, heeft Schaap geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van de gemeente, met veroordeling van de gemeente in de kosten van het geding met nakosten en rente.

2c. De mondelinge behandeling op 19 oktober 2021 in beide zaken

Ter terechtzitting van 19 oktober 2021 hebben partijen beide zaken doen bepleiten; Schaap door mr. De Zwaan voornoemd en mr. C. Kan, advocaat te Amsterdam en de gemeente door mr. F.A. Linssen en mr. J. Liauw-A-Joe, beiden advocaat te Amsterdam, allen aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Beide partijen hebben toen nog producties in het geding gebracht. Partijen hebben tijdens en na de zitting getracht beide zaken minnelijk te regelen. Afgesproken is dat, als dat niet binnen twee weken zou lukken, het hof op 16 november 2021 in beide zaken een verkort arrest zou uitspreken, waarvan de motivering zo spoedig mogelijk daarna zou volgen.

Op de rolzitting van 2 november 2021 hebben partijen het hof bericht dat een minnelijke regeling niet tot stand is gekomen en arrest gevraagd.

3. Feiten in 200.286.691/01 KG en 200.286.741 SKG

3.1 Op de zitting van 19 oktober 2021 is met partijen afgesproken dat het procesdossier van de ene zaak deel uitmaakt van het procesdossier van de andere zaak en vice versa. De door de voorzieningenrechter in het bestreden vonnis opgesomde feiten zijn in hoger beroep niet in geschil. Het hof neemt die feiten daarom ook als uitgangspunt. Waar nodig aangevuld met andere onomstreden feiten, zijn die feiten de volgende.

3.2 Schaap is kunstnares. In 2008 heeft de gemeente Schaap en twee andere kunstenaars uitgenodigd om een schetsontwerp te vervaardigen voor een kunstwerk aan de Theophile de Bockstrook in Amsterdam. De inzending van Schaap, toen genaamd 'WestLandWells' en inmiddels 'Virtual Fountains' (hierna: het kunstwerk), is in 2009 uitgekozen om te worden gerealiseerd. Het ingezonden ontwerp betreft drie hardstenen objectengroepen waarop beelden van water worden geprojecteerd.

3.3 De gemeente heeft Schaap vervolgens opdracht gegeven tot de vervaardiging van een definitief ontwerp en op 26 januari 2012 is die opdracht gevolgd door een overeenkomst tot het tot stand brengen van het kunstwerk.

3.4 De plaatsing van het kunstwerk aan de Theophile de Bockstrook is uiteindelijk, na protest van buurtbewoners, niet doorgestaan. De gemeente heeft daartoe in april 2016 besloten. De gemeente is vervolgens in overleg met Schaap op zoek gegaan naar een alternatieve locatie.

3.5 Schaap heeft op 8 augustus 2016 de gemeente in kort geding gedagvaard en nakoming gevorderd van de gemaakte afspraken tot plaatsing van het kunstwerk, primair op de overeengekomen locatie en subsidiair op een alternatieve locatie in Amsterdam.

3.6 Bij vonnis van 16 oktober 2016 (ECLI:NL:RBAMS:2016:6550) heeft de voorzieningenrechter de vordering van Schaap afgewezen, op grond van onder meer de volgende overwegingen:

4.8 Alles afwegende kan niet worden gezegd dat de Gemeente in redelijkheid de belangen van de buurtbewoners niet mocht laten prevaleren boven het belang van Schaap bij plaatsing van het kunstwerk op de overeengekomen locatie, hoe schadelijk voor Schaap die beslissing ook is en hoe begrijpelijk het ook is dat zij zich door de Gemeente in de kou gezet voelt. Daarbij dient te worden bedacht dat het gaat om een kunstwerk dat – bij plaatsing – permanent aanwezig zal zijn op prominente plaatsen in de buurt. Om deze reden is niet aannemelijk dat de Gemeente in een bodemprocedure zal worden veroordeeld tot plaatsing van het kunstwerk op de overeengekomen locatie. Hierop stuit het primair gevorderde af.

4.9. Subsidiair vordert Schaap plaatsing van het kunstwerk op een alternatieve locatie. Schaap heeft deze vordering ingesteld omdat zij een stok achter de deur nodig vindt. Zij is van mening dat de Gemeente zich tot dusver onvoldoende rekenschap heeft gegeven van haar contractuele verplichtingen en vreest dat de Gemeente het zoeken naar een andere locatie te vrijblijvend zal aanpakken.

4.10. De Gemeente heeft haar bereidheid uitgesproken om op vrijwillige basis te zoeken naar een andere geschikte locatie voor het kunstwerk. Het zoeken naar een alternatieve locatie is echter geen sinecure. Bij die zoektocht dienen ook de andere stadsdelen te worden betrokken. Het moet gaan om een locatie die aanvaardbaar is voor zowel de Gemeente of – als het niet gaat om gemeentegrond – de eigenaar van de grond, voor Schaap en voor de buurtbewoners van de nieuwe locatie. De informatie ontbreekt om een haalbaar stappenplan te kunnen bepalen en daarom is zelfs bij benadering niet te voorspellen hoeveel tijd zal zijn gemoeid met het doorlopen daarvan. Alleen al om deze redenen zal ook de subsidiaire vordering worden afgewezen.

3.7 Schaap heeft tegen het vonnis van de voorzieningenrechter hoger beroep ingesteld.

3.8 In november 2017 heeft een 'Startbijeenkomst projectplan' plaatsgevonden, waarin volgens het door de gemeente overgelegde 'overzicht planning' aan de orde was: 'Samenbrengen Plan voor een Groene Zuidas + integreren kunstwerk in herinrichting Europaplein Oost tbv Raadsbesluit "Plan voor een Groene Zuidas".'

3.9 Bij arrest van 30 januari 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:238; hierna: het arrest) heeft het gerechtshof Amsterdam het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd, de afwijzing van de primaire vordering (plaatsing op de oorspronkelijke locatie) gehandhaafd, maar de subsidiaire vordering van Schaap alsnog toegewezen. Het dictum van het arrest luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

veroordeelt de Gemeente om na betekening van dit arrest al hetgeen te doen en/of na te laten, binnen de kaders van het als productie 29 door Schaap overlegde draaiboek, dat noodzakelijk is om plaatsing van het werk 'WestLandWells' op een alternatieve locatie en op de kortst mogelijke, althans binnen een redelijke termijn (alsnog) te

realiseren, waaronder het voortvarende onderzoek naar mogelijke alternatieve locaties met inachtneming van de partijen bekende randvoorwaarden, het voeren van overleg met Schaap en ter instemming voorleggen van één of meer geschikte bestemmingen, waaraan Schaap haar akkoord niet op onredelijke gronden mag onthouden en het verwerven van de vereiste vergunningen en de financiering voor de plaatsing van het kunstwerk op deze alternatieve locatie, een en ander voor zover redelijkerwijs mogelijk conform het door Schaap opgestelde Draaiboek; bepaalt dat de Gemeente een dwangsom verbeurt van € 50.000,- indien de Gemeente niet uiterlijk binnen twee jaren na de datum van betekening van dit arrest aan deze veroordeling heeft voldaan;

Het arrest is onherroepelijk en is bij deurwaardersexploot van 1 februari 2018 aan de gemeente betekend, met bevel om aan de inhoud te voldoen.

3.10 Het arrest bevat de volgende overwegingen:

- 3.3.1. Met de grieven beoogt Schaap, gelet op haar primaire vordering, kennelijk te bewerkstelligen dat de Gemeente alsnog wordt veroordeeld om het kunstwerk op de oorspronkelijk overeengekomen locatie te plaatsen, namelijk de Theophile de Bockstraat in Amsterdam. In dat verband moet ten eerste de vraag worden beantwoord of de overeenkomst met Schaap daartoe strekt. Volgens de Gemeente is het namelijk een reguliere overeenkomst van opdracht die de Gemeente verplicht om het overeengekomen honorarium te betalen, maar niet om het werk ook te plaatsen.*
- 3.3.2. Het hof volgt de Gemeente daarin niet. In de brief van 26 januari 2012 (houdende de oorspronkelijke overeenkomst) wordt de opdracht omschreven als "opdracht (...) tot het realiseren van het kunstwerk WEstLandWells aan de Theophile de Bockstraat in Zuid." Vervolgens wordt een uitvoeringsfase beschreven, waarin het kunstwerk (technisch) zal worden gerealiseerd, en een uiterste opleveringsdatum voor het uitgevoerde kunstwerk afgesproken (...). In de brief van 20 augustus 2014 (de nieuwe overeenkomst) wordt de opdracht aldus omschreven "hernieuwde opdracht tot uitvoering te geven voor uw kunstwerk in de openbare ruimte van de Theophile de Bockstrook : WestlandWells ". (...) Hoewel in de brieven niet met zoveel woorden over een plaatsingsverplichting wordt gesproken, wijzen deze onderdelen in de overeenkomst naar het voorlopig oordeel van het hof er onmiskenbaar op dat de overeenkomst, met inachtneming van de zogenoemde Haviltexmaatstaf, moet worden uitgelegd als een overeenkomst van opdracht die ook tot plaatsing van het kunstwerk strekt en wel, in elk geval in beginsel, aan de Theophile de Bockstraat in Amsterdam. (...) Hiertegenover heeft de Gemeente geen dan wel onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld waarom plaatsing van het kunstwerk in de daartoe in de overeenkomst aangewezen openbare ruimte desondanks geen onderdeel van de overeenkomst vormt. (...)*
- 3.3.7. Binnen het bestek van een kort geding is geen ruimte voor uitgebreid onderzoek naar de feiten. (...)*
- De aard van de bezwaren uit de buurt betref niet zozeer de esthetische kwaliteit van het kunstwerk, maar de gevreesde onveiligheid daarvan voor kinderen die erop zouden spelen, risico's voor de verkeersveiligheid en "lichtvervulling" door de voortdurende videoprojectie. Hoewel geenszins vaststaat dat deze bezwaren reëel zijn en deze ook*

reeds bij de toetsing van de vergunningverlening zijn betrokken en daarin te licht zijn bevonden, is evenzeer duidelijk dat de Gemeente, die de plaatsing op de overeengekomen locatie in eerste instantie wilde voortzetten, zich door de aard, mate en hardnekkigheid van het verzet uiteindelijk genoodzaakt heeft gezien daarvan af te zien en dat besluit ook aan de omwonenden heeft bekendgemaakt. Het is in dit stadium onvoldoende zeker dat de civiele bodemrechter desondanks zal oordelen dat de Gemeente de belangen van Schaap in dat verband onjuist heeft gewogen en zal beslissen dat de Gemeente tot plaatsing in de Theophile de Bockstraat moet overgaan. Reeds op die grond kan de primaire vordering niet worden toegewezen. (...)

3.5 Een redelijke uitleg van de overeenkomst brengt naar het voorlopig oordeel van het hof mee dat, nu de Gemeente onder de gegeven omstandigheden heeft besloten het kunstwerk niet op de overeengekomen locatie te plaatsen, het op een andere passende locatie zal moeten worden geplaatst. Blijkens haar subsidiaire vordering staat ook Schaap dat voor.

3.5.1. De Gemeente heeft de belangen van Schaap bij plaatsing van het kunstwerk niet bestreden, maar heeft zowel in eerste aanleg als in hoger beroep verschillende argumenten opgeworpen waarom zij niet tot plaatsing op een alternatieve locatie kan worden verplicht. (...) De Gemeente heeft verder een beroep gedaan op wijziging van de overeenkomst op grond van artikel 6:258 BW (omvoorziene omstandigheden), maar deze omstandigheden betreffen alleen het verzet tegen plaatsing op de overeengekomen locatie, niet plaatsing elders. (...) De Gemeente heeft de overeenkomst (...) noch buitengerechtig noch in rechte partieel onthouden. Het hof dient er in dit geding dan ook vanuit te gaan dat de overeenkomst ongewijzigd geldig is. (...)

3.5.3. Het hof acht het dan ook waarschijnlijk dat de bodemrechter zal oordelen dat de zwaarwegende belangen van Schaap meebrengen dat het kunstwerk elders wordt geplaatst. Ook de Gemeente heeft duidelijk gemaakt in overleg met Schaap tot plaatsing op een alternatieve locatie te willen komen en inmiddels lijkt het te herstructureren Europaplein daartoe een reële mogelijkheid te bieden. Daarover vindt reeds overleg plaats, dat de Gemeente wenst voort te zetten, maar zij beschouwt dat overleg harerzijds, zo al juridisch verplicht, als het voldoen aan een inspanningsverbintenis. Het hof volgt de Gemeente niet in dat standpunt omdat dat geen recht doet aan de overeenkomst die de Gemeente met Schaap heeft gesloten die immers, als overwogen, strekt tot plaatsing van het kunstwerk. De verplichtingen van Schaap en de Gemeente om plaatsing op een alternatieve locatie binnen een redelijke termijn te bewerkstelligen zijn, gelet op die strekking, geen inspanningsverbintenissen maar resultaatsverbintenissen.

3.5.4. Waar de Gemeente tijdens de zitting heeft aangevoerd dat de herstructurering van het Europaplein niet door haar maar door een projectbureau wordt uitgevoerd (daarmee suggererend dat zij plaatsing op die locatie niet in de hand heeft) en dat voor plaatsing van het kunstwerk nog geen financiering was voorzien, is dat niet van belang, nu de Gemeente ter zitting heeft erkend dat dat projectbureau onder eindverantwoordelijkheid van de Gemeente opereert.

3.5.5. Aan de Gemeente moet wel worden toegegeven dat aan plaatsing op om het even welke locatie een (soms) lang en niet geheel voorspelbaar traject voorafgaat. Ook Schaap erkent dat; zij heeft als productie 29 een "tijdsplan plaatsing" in het geding gebracht dat circa 13 maanden beslaat. De Gemeente heeft uitsluitend met

betrekking tot het tweede onderdeel daarvan ("maand 2-3: onderzoek locaties door stadsdeel en kunstenaar") concreet verweer gevoerd. Volgens de Gemeente is in de praktijk gebleken dat twee maanden volstrekt onvoldoende zijn om tot een oplossing te komen. De Gemeente heeft in eerste aanleg evenwel aangevoerd dat de mogelijke alternatieve locaties nog onvoldoende zijn onderzocht "omdat Schaap ervoor heeft gekozen de juridische weg te bewandelen" en in hoger beroep aangevoerd dat de gesprekken over alternatieve locaties werden gehinderd "door de inzet [hof: door Schaap] van juridische middelen". Dat bevestigt het beeld dat Schaap heeft geschetst, namelijk dat de Gemeente uitsluitend wilde meewerken zolang zij zich van juridische acties onthield en bovendien in een door de Gemeente eenzijdig bepaald tempo. In dat licht bezien kan de Gemeente niet worden gevolgd in haar betoog dat twee tot drie maanden per definitie onvoldoende zijn om tot inventarisatie van de alternatieve locaties te komen. Overigens valt aan de bezwaren van de Gemeente tegemoet te komen door een langere termijn te gunnen.

3.6 Bij gebreke van andere concrete bezwaren tegen het door Schaap geformuleerde tijdspad zal het hof de subsidiaire vordering toewijzen en de Gemeente veroordelen als in het dictum te vermelden. Daarbij zal, om eventuele tegenslagen die kunnen optreden te kunnen ondervangen, een langere termijn worden gegeven dan gevorderd, te weten twee jaren. De veroordeling zal worden versterkt met een eenmalige dwangsom van € 50.000,-. De Gemeente heeft weliswaar aangevoerd dat een dwangsomveroordeling niet nodig is omdat zij zich aan een veroordeling zal houden, maar het hof is van oordeel dat van die toezegging in het licht van de gang van zaken van de afgelopen jaren en het aandeel van de gemeente daarin, voor Schaap onvoldoende zekerheid uitgaat dat de Gemeente thans voortvarend zal meewerken.

3.11 Op 1 maart 2018 heeft de toenmalige projectleider Zuidas een opdrachtformulering opgesteld voor de herinrichting van het plein, waarin de plaatsing van het kunstwerk was voorzien in de periode mei-oktober 2019.

3.12 Op 12 juni 2018 is een tekening opgesteld van de kabels en leidingen onder het plein.

3.13 Bij exploit van 19 juni 2018 heeft Schaap aanspraak gemaakt op de in het arrest opgelegde dwangsom van € 50.000,-, stellende dat de Gemeente zich niet aan de veroordeling uit het arrest heeft gehouden, althans dat er overtredingen hebben plaatsgevonden.

3.14 De gemeente heeft op 29 juni 2018 aan Schaap bericht wel aan het arrest te voldoen en een concept planning van 19 juni 2018 meegestuurd, volgens welke het kunstwerk in oktober 2020 geplaatst zou moeten zijn. Volgens deze planning zouden de technische vormgeving, aanbesteding en gunning plaatsvinden in de maanden september 2019 tot en met maart 2020.

3.15 Op 16 augustus 2018 is een 'Bomen Effect Analyse' (BEA) gemaakt voor de Europaboulevard Oost Zuidas, waarvan de locatie voor het plaatsen van het kunstwerk deel uitmaakt.

3.16 Op 26 maart 2019 heeft het dagelijks bestuur van het Stadsdeel Zuid formeel besloten dat het kunstwerk

“wordt ingepast in het ontwerp voor het Europaplein Oost waarmee recht wordt gedaan aan het arrest van het Hof Amsterdam inzake de plaatsing van dit kunstwerk.”
In het besluit staat ook:

“Kanttekeningen en risico’s

De gekozen locatie valt binnen het grootstedelijk gebied Zuidas. Het Dagelijks Bestuur was binnen de bevoegdheden in het bestuurlijke stelsel voor maart 2018 verantwoordelijk voor het plaatsen van het kunstwerk (...). Samenwerking tussen Zuidas en het stadsdeel is vereist.”

3.17 In april 2019 hebben bijeenkomsten met buurtbewoners plaatsgevonden in het kader van de herinrichting van het plein. Daarbij is ook de plaatsing van het kunstwerk aan de orde gekomen. In daarvoor bestemde documentatie staat de herinrichting van het ‘pleintje’ gepland in het voorjaar van 2021.

3.18 Op 22 januari 2020 heeft de gemeente een buurtbijeenkomst georganiseerd, waarbij het schetsontwerp van het kunstwerk werd gepresenteerd. In de daarvoor bestemde poster voor het publiek is vermeld dat de ‘feestelijke onthulling’ van het kunstwerk in november 2021 op stapel staat.

3.19 In februari 2020 heeft de gemeente een subsidieaanvraag ingediend bij het Amsterdams Fonds voor de Kunst (AFK). Een dergelijke subsidie was eerder (in 2010) al verstrekt, maar toen niet gebruikt. Bij brief van 11 mei 2020 heeft het AFK meegedeeld dat de subsidieaanvraag voor (maximaal) € 100.000,- is gehonoreerd.

3.20 In april 2020 heeft de gemeente aan Schaap te kennen gegeven dat zij zelf zorg moest dragen voor het aanvragen van de omgevingsvergunning.

3.21 Bij exploit van 3 juli 2020 heeft Schaap opnieuw aanspraak gemaakt op de dwangsom.

3.22 In een e-mail van 21 augustus 2020 aan de gemeente heeft Schaap haar visie op de gang van zaken uiteengezet en de gemeente verzocht om opdrachtbevestigingen in het kader van de aanvraag omgevingsvergunning, waarom zij volgens haar al eerder had gevraagd.

3.23 Op 1 september 2020 hebben twee ambtenaren van de gemeente met Schaap een bezoek gebracht aan de plek waar het kunstwerk zou moeten komen. Op basis van het BEA uit 2018 (zie 3.15) en dit ‘veldbezoek’ is op 2 september 2020 een advies opgesteld, waarin onder meer staat dat een boom moet worden verplant voorafgaand aan de plaatsing van het kunstwerk, dat verder geen wortelbeschadigingen te verwachten zijn en dat de locatie(s) voor projectiemasten en kunstwerk wat betreft boomonderhoud akkoord zijn.

- 3.24 Op 14 oktober 2020 heeft de gemeente de opdrachtbevestigingen voor de aanvraag van een omgevingsvergunning voor het kunstwerk naar Schaap gestuurd.
- 3.25 In december 2020 is de aanvraag van de omgevingsvergunning voor het kunstwerk en kapvergunning ingediend.
- 3.26 Op 12 januari 2021 is de kapvergunning verleend. Op 20 april 2021 is deze onherroepelijk geworden.
- 3.27 Op 9 februari 2021 is het Definitief Ontwerp akkoord bevonden door de directie Zuidas.
- 3.28 Op 5 maart 2021 is de omgevingsvergunning voor het kunstwerk verleend. Op 1 september 2021 is deze onherroepelijk geworden.
- 3.29 Op 4 oktober 2021 heeft de gemeente de aanbesteding op basis van het bestek voor de herinrichting van het gebied, inclusief de plaatsing van het kunstwerk, gestart. Op 18 oktober 2021 heeft de gunning plaatsgevonden.
- 3.30 Volgens een door de gemeente overgelegde geactualiseerde planning wordt op 8 november 2021 daadwerkelijk gestart met de uitvoering van de herinrichting, wordt in februari 2022 het kunstwerk geplaatst en is op 3 juni 2022 de uitvoering gereed; op die datum zal de opening van het Europeplein met kunstwerk plaatsvinden.

4. Beoordeling

200.286.691/01 KG; procedure bij de rechtbank

- 4.1 De gemeente heeft gevorderd Schaap te verbieden het arrest te executeren (lees: de dwangsom te innen), subsidiair de inning van de dwangsom te verbieden totdat het hof heeft beslist op een door de gemeente in te stellen vordering op grond van artikel 611d Rv. De gemeente heeft daaraan ten grondslag gelegd dat zij de dwangsom niet heeft verbeurd, althans dat het voor haar onmogelijk was om aan de bij het arrest uitgesproken veroordeling te voldoen. Daarom zal zij opheffing dan wel matiging van die dwangsom in een procedure op grond van artikel 611d Rv vorderen. Schaap dient in ieder geval het oordeel daarover af te wachten, aldus de gemeente.
- 4.2 Schaap heeft verweer gevoerd en (in reconventie) na eiswijziging gevorderd te bepalen dat de gemeente een dwangsom van € 250.000,00 verbeurt indien zij niet uiterlijk op 1 mei 2022 aan de bij het arrest uitgesproken veroordeling heeft voldaan.
- 4.3 Bij het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter in conventie Schaap verboden om de dwangsom te innen totdat het hof op een door de gemeente binnen vier weken in te stellen vordering op grond van artikel 611d Rv heeft beslist. De tegenvordering van Schaap werd afgewezen. In zowel conventie als reconventie heeft de voorzieningenrechter bepaald dat iedere partij de eigen kosten draagt.

4.4 Samengevat heeft de voorzieningenrechter daartoe het volgende overwogen. Het dictum van het arrest bevat een inspanningsverplichting van de gemeente die uiterlijk na twee jaar tot resultaat (plaatsing) moet hebben geleid. De gemeente heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de vertraging is te wijten aan onvoorziene omstandigheden buiten haar invloedssfeer. De gemeente heeft onvoldoende aan het dictum voldaan, in die zin dat zij zich niet de maximale inspanningen lijkt te hebben getroost om het kunstwerk uiterlijk twee jaar na de datum van het arrest te hebben geplaatst. Schaap heeft in beginsel de bevoegdheid het arrest ten uitvoer te leggen. Daar staat tegenover dat niet zonder meer te zeggen valt of de termijn van twee jaar wel haalbaar zou zijn geweest als de gemeente wel voortvarend zou hebben gehandeld. Verder ligt het in de lijn der verwachting dat plaatsing in april 2022 een feit zal zijn. Tegen deze achtergrond zou het op dit moment incasseren van de dwangsom door Schaap het doel, prikkel tot nakoming van een veroordeling, voorbij kunnen schieten. Bovendien zal de dwangsom moeten worden voldaan uit gemeenschapsgeld, terwijl de gemeente in verband met de coronacrisis al een ernstig tekort heeft op de begroting. In verband met dit alles valt niet uit te sluiten dat het hof in een door de gemeente aan te spannen procedure op grond van artikel 611d Rv zou kunnen besluiten de dwangsom te matigen of op nihil te stellen. Dat is voldoende reden om de bevoegdheid van Schaap om de dwangsom in te vorderen op te schorten totdat in de artikel 611d Rv-procedure zal zijn beslist. De gemeente is inmiddels ervan doordrongen dat achterover leunen geen optie is. Zij heeft herhaaldelijk toegezegd alles in het werk te stellen om een spoedige plaatsing van het kunstwerk alsnog te realiseren. Vooralsnog is onvoldoende aannemelijk dat de gemeente bij een hogere dwangsom harder haar best gaat doen. Daar komt bij dat het opleggen van een dwangsom voor een op lange termijn te verrichten prestatie op gespannen voet staat met het karakter van een kort geding. Het zou bovendien tot nieuwe executieproblemen kunnen leiden, aldus de voorzieningenrechter.

200.286.691/01 KG; procedure in hoger beroep. 200.286.741 SKG; artikel 611d Rv

4.5 Tegen de hierboven in 4.3 en 4.4 weergegeven beslissing en motivering daarvan is Schaap met zeven grieven opgekomen. De gemeente heeft op haar beurt incidenteel hoger beroep ingesteld en daarbij drie grieven aangevoerd. Het hof behandelt deze hoge beroepen en de vordering van de gemeente op grond van artikel 611d Rv hierna gezamenlijk.

Dwangsom verbeurd. Geen opheffing of matiging daarvan.

4.6 Met haar eerste incidentele grief heeft de gemeente aangevoerd dat de voorzieningenrechter het dictum van het arrest onjuist heeft uitgelegd. Volgens de gemeente is een combinatie van een inspannings- en resultaatsverplichting tegenstrijdig.

4.7 Deze grief slaagt niet. Het hof deelt het oordeel van de voorzieningenrechter op het punt van de uitleg van het arrest en de daarbij uitgesproken veroordeling. Het dictum bevat een inspanningsverplichting van de gemeente om zich, kort gezegd,

maximaal in te spannen om tijdige plaatsing van het kunstwerk te realiseren, waarbij geldt dat in ieder geval na twee jaar het resultaat (plaatsing van het kunstwerk) moet zijn bereikt. Het hof is het ook eens met de motivering van de voorzieningenrechter zoals weergegeven in rov. 5.5 van het bestreden vonnis. Kortheidshalve verwijst het hof daarnaar. Het meest zwaarwegende argument is dat in het arrest (rov. 3.5.3 slot; zie hierboven rov. 3.10) de verplichting van de gemeente als resultaatsverbintenis is aangemerkt. Daarop ziet blijkens het slot van het dictum de tweejaarstermijn. De gemeente heeft aangevoerd dat dat niet zo is, maar zij heeft dat niet, althans niet overtuigend toegelicht.

4.8 Met de incidentele grieven 2 en 3 is de gemeente opgekomen tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de gemeente zich niet maximaal heeft ingespannen. De gemeente heeft het traject geen moment op zijn beloop gelaten. Zij heeft steeds een planning gemaakt. Dat die planning daarna is aangepast aan de realiteit maakt niet dat de gemeente niet voortvarend heeft gehandeld. Het gaat om een omvangrijk project; niet alleen het kunstwerk moet worden geplaatst, maar het hele plein wordt opnieuw ingericht. Bovendien was ten tijde van het arrest de keuze voor plaatsing op het plein nog niet definitief. Verder kan aan de gemeente niet worden tegengeworpen dat als gevolg van personele wisselingen de aanspreekpunten binnen de gemeente soms zijn gewijzigd, aldus de gemeente.

4.9 Deze grieven slagen evenmin. Weliswaar is aannemelijk geworden dat de gemeente sinds het arrest inspanningen heeft geleverd gericht op plaatsing van het kunstwerk op het plein, maar niet dat de gemeente zich voldoende heeft ingespannen om dat binnen twee jaar gerealiseerd te krijgen. Zo heeft de gemeente niet duidelijk kunnen maken waarom zij het participatie traject pas in april 2019, vijftien maanden na het arrest, is gestart. In het door de gemeente overgelegde 'actuele overzicht planning d.d. 11 oktober 2021' (hierna: het overzicht) is bij verschillende data vermeld dat planning is aangepast en dat de participatie is vertraagd, zonder dat inzichtelijk is gemaakt wat de reden daarvoor was. Hoe dan ook bevat het overzicht slechts een opsomming van verschillende activiteiten, waarbij het over het algemeen onduidelijk is waarom deze activiteiten niet eerder dan wel korter na elkaar zijn uitgevoerd. Zo is onverklaard gebleven waarom pas drie maanden na de opdrachtformulering kabels en leidingen onder het plein in kaart zijn gebracht en dan nog slechts 'op hoofdlijnen' en waarom het tot augustus 2018 duurde voordat een BoomEffectAnalyse werd gemaakt. Pas in februari 2020, twee jaar na het arrest, heeft een 'start ontwerpproces voorlopig ontwerp' plaatsgevonden en pas in april 2020 is een subsidieaanvraag ingediend. Verder valt op dat de gemeente in april 2020 ineens aan Schaap liet weten dat zij een omgevingsvergunning voor plaatsing van het kunstwerk moest aanvragen. Afgezien van het feit dat het conform het dictum van het arrest aan de gemeente was om de vereiste vergunningen te verwerven, blijft onverklaard waarom pas 27 maanden na het arrest stappen voor het verkrijgen van de noodzakelijke omgevingsvergunning zijn gezet. Dat klemt te meer, omdat de gemeente bekend kan worden verondersteld met het gegeven dat het de nodige tijd kan duren voordat een omgevingsvergunning onherroepelijk wordt. In november 2020 bleek de voorziene afvalverzameling niet haalbaar te zijn en diende op dat punt een besluitvormings- en participatieproces te

worden gestart. Ook bleek toen dat waterberging niet was mee ontworpen. Waarom deze punten niet eerder aan de orde zijn gekomen, blijft onduidelijk.

4.10 Uiteraard vergt de uitvoering van een project als hier aan de orde de nodige tijd en kunnen allerlei omstandigheden aan de gewenste planning in de weg komen te staan. Ook heeft de gemeente een zekere beleidsvrijheid in de wijze van aanpak van een dergelijk project. Die vrijheid is echter niet onbeperkt en in dit geval met het arrest om de daarin genoemde redenen nader begrensd. Het is een feit dat de gemeente bijna vier jaar na het arrest het kunstwerk nog steeds niet heeft geplaatst. De gemeente heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij zich wel voldoende heeft ingespannen om het kunstwerk tijdig te plaatsen.

4.11 De gemeente heeft in samenhang met het voorgaande tevens aangevoerd dat het voor haar onmogelijk was (in de zin van artikel 611d Rv) om het kunstwerk binnen twee jaar te plaatsen. Schaap heeft dat gemotiveerd betwist.

4.12 De gemeente heeft de gestelde onmogelijkheid onvoldoende aannemelijk gemaakt. Dat ten tijde van het arrest nog niet definitief vaststond dat het kunstwerk op het plein zou worden geplaatst, levert die onmogelijkheid in ieder geval niet op. In november 2017 was het 'integreren' van het kunstwerk in de herinrichting van het plein immers al aan de orde. Dat was ten tijde van het arrest bekend. Datzelfde geldt voor het feit dat de plaatsing van het kunstwerk onderdeel van een herinrichting van het plein zou zijn. Maar zelfs indien dat anders zou zijn, ontslaat de keuze van de gemeente om plaatsing van het kunstwerk onderdeel van de meer omvattende herinrichting van het plein te laten zijn haar niet van haar plicht het arrest na te leven. Verder was begin 2018 uitvoering en plaatsing voorzien in de periode mei-oktober 2019. Bovendien heeft de gemeente blijkens het arrest nauwelijks verweer gevoerd tegen de door Schaap gemaakte planning die voorzag in de plaatsing van het kunstwerk binnen een periode van ongeveer van 13 maanden, welke periode door het hof in zijn arrest werd verlengd tot 2 jaar. Dat de gemeente de planning voor uitvoering in 2019 niet meer dan een tijdsindicatie ten behoeve van de bestuurlijke besluitvorming heeft beschouwd komt voor haar rekening. De gemeente heeft destijds enkel concreet bezwaar gemaakt tegen de in de door Schaap gemaakte planning voorziene tijd voor 'onderzoek locaties door stadsdeel en kunstenaar'.

4.13 Uit hetgeen hiervoor werd overwogen volgt dat de gemeente aan de verplichting tot tijdige plaatsing van het kunstwerk op het plein onvoldoende invulling heeft gegeven. Er zijn verscheidene onverklaarde periodes van uitstel geweest. De gemeente heeft niet aannemelijk kunnen maken dat ook zonder die uitstellen plaatsing binnen twee jaar onmogelijk was geweest. Zo heeft de gemeente aangevoerd dat de eerste stap in het realisatieproces was het organiseren van het participatietraject. Zoals hiervoor is overwogen heeft de gemeente niet, dan wel onvoldoende concreet toegelicht waarom dat traject pas in april 2019 is gestart, terwijl uit de door de gemeente opgestelde opdrachtformulering van 1 maart 2018 volgt dat het project een bovengemiddeld participatief karakter had. Voor zover de gemeente met de stelling dat Schaap bij dit traject is betrokken heeft willen betogen dat de vertraging (mede) aan Schaap is te wijten, heeft de gemeente dat in het licht van de stellingen van Schaap onvoldoende

aannemelijk gemaakt. En dat Schaap in een artikel in het Parool van maart 2019 zegt tevreden te zijn met de plek waar het kunstwerk komt, terwijl zij toen wist dat dat pas voor oktober 2020 was voorzien, betekent niet zonder meer dat zij akkoord was met de toen al opgelopen vertraging en evenmin dat zij dacht dat de gemeente de dwangsom niet zou verbeuren of dat zij afstand deed van haar recht om de dwangsom te innen.

4.14 De gemeente heeft verder betoogd dat de dwangsom haar zin als prikkel tot nakoming verloren heeft, omdat de gemeente al alles doet wat redelijkerwijs mogelijk is om het kunstwerk zo snel als redelijkerwijs mogelijk is te plaatsen op het plein. De gemeente lijkt hierbij uit het oog te verliezen dat weliswaar een (nog niet verbeurde) dwangsom als prikkel tot nakoming is bedoeld, maar dat zij in dit geval de opgelegde dwangsom al heeft verbeurd.

4.15 De conclusie van het voorgaande is dat de vordering op grond van 611d Rv moet worden afgewezen. Het betekent ook dat de eerste drie grieven van Schaap, die gericht zijn tegen de toewijzing van de subsidiaire vordering van de gemeente (executieverbod tot beslissing op artikel 611d Rv-vordering) geen bespreking behoeven, omdat die grieven zonder meer slagen.

Geen aanleiding voor een tweede, hogere dwangsom

4.16 De vierde, vijfde en zesde grief van Schaap (in het principaal hoger beroep: 200.286.691/01 KG) zijn gericht tegen de afwijzing door de voorzieningenrechter van haar tegenvordering tot oplegging aan de gemeente van een tweede, hogere dwangsom. Volgens Schaap zijn de toezeggingen van de gemeente gelet op haar houding en handelwijze in het verleden weinig waard en is een nieuwe prikkel tot nakoming noodzakelijk. De gemeente heeft dit gemotiveerd betwist.

4.17 Gelet op de huidige planning (plaatsing kunstwerk februari 2022) en de daarop door de projectleider van de gemeente ter zitting van het hof van 19 oktober 2021 gegeven toelichting, ziet het hof geen aanleiding aan de gemeente een tweede, hogere dwangsom op te leggen. Daarbij neemt het hof ook in aanmerking dat er, anders dan in 2016, nu geen aanwijzingen zijn dat vanuit de buurt grote weerstand tegen het kunstwerk bestaat. Verder zijn er geen redenen om te veronderstellen dat de gemeente de in het overzicht opgenomen planning niet gaat halen, ook gelet op hetgeen inmiddels allemaal bekend is en de onherroepelijkheid van de vergunningen. De voorzieningenrechter heeft deze (tegen)vordering van Schaap terecht afgewezen. Het vonnis zal op dit punt worden bekrachtigd. Die bekrachtiging ziet ook op de in reconventie uitgesproken kostencompensatie. De gemeente heeft daartegen immers geen grief gericht en deze is evenmin (voldoende kenbaar) te lezen in de onder III op p. 39 van de memorie van de gemeente opgenomen conclusie.

Slotsom

4.18 De slotsom is dat in het principaal hoger beroep (200.286.691/01 KG) de eerste drie grieven van Schaap succes hebben (vonnis in conventie wordt vernietigd) en haar vierde, vijfde en zesde grief niet (vonnis in reconventie wordt bekrachtigd). De

zevende grief gericht tegen het dictum van het bestreden vonnis behoeft geen zelfstandige bespreking. De kosten van dit hoger beroep worden gecompenseerd. In het incidenteel hoger beroep (200.286.691/01 KG) slagen de grieven van de gemeente niet. De kosten van dat hoger beroep komen ten laste van de gemeente. De op de voet van artikel 611d Rv door de gemeente ingestelde vorderingen worden afgewezen en de gemeente wordt als in het ongelijk gestelde partij in de kosten van die procedure veroordeeld.

5. Beslissing

Het hof:

in 200.286.691/01 KG:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel;

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover in conventie geweest en doet in zoverre opnieuw recht als volgt:

wijst de vorderingen van de gemeente af;

veroordeelt de gemeente in de proceskosten in conventie, aan de zijde van Schaap begroot op € 304,00 aan verschotten en € 980,00 voor salaris;

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor zover in reconventie geweest;

bepaalt dat ieder der partijen de eigen proceskosten in principaal hoger beroep draagt;

veroordeelt de gemeente in de kosten van het geding in incidenteel hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Schaap begroot op € 1.114,00 voor salaris;

verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in 200.286.741/01 SKG:

wijst de vordering van de gemeente af;

veroordeelt de gemeente in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van Schaap begroot op € 332,00 aan verschotten en € 2.228,00 voor salaris en op € 163,00 voor nasalaris, te vermeerderen met € 85,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.A. Wabeke, J.C.W. Rang en E.A. Minderhoud en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 16 november 2021.

Het bovenstaande bevat de vastlegging van de motivering van het reeds op 16 november 2021 uitgesproken arrest en is op 30 november 2021 aldus vastgesteld en door de voorzitter ondertekend.

AFGEGEVEN VOOR GROSSE
AAN: Mr. M.R. de Zwaan
DE GRIFTER