

In naam van de Koning

vonnis



RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel

zaaknummer / rolnummer: C/13/687466 / KG ZA 20-652 MDvH/MB

Vonnis in kort geding van 5 november 2020

in de zaak van

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE AMSTERDAM,

zetelend te Amsterdam,

eiseres in conventie, bij dagvaarding van 25 augustus 2020,

verweerster in reconventie,

advocaat mr. J. Liauw-A-Joe te Amsterdam,

tegen

S,
wonende te Amsterdam,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mr. M.R. de Zwaan te Amsterdam.

Partijen zullen hierna de Gemeente en S worden genoemd.

1. De procedure

De mondelinge zou eerst plaatsvinden op 16 september 2020, maar is verplaatst naar 22 oktober 2020. Ter zitting van 22 oktober 2020 heeft de Gemeente de vorderingen zoals omschreven in de dagvaarding toegelicht. S heeft verweer gevoerd en een tegenvordering (eis in reconventie) ingediend. De Gemeente heeft de tegenvordering bestreden. Beide partijen hebben schriftelijke stukken en een pleitnota in het geding gebracht. Vonnis is bepaald op heden.

Ter zitting waren aanwezig, voor zover hier van belang:

Aan de kant van de Gemeente: R, gebiedsmanager Zuidas en F t, projectmanager Zuidas met mr. Liauw-A-Joe;

Aan de kant van S: S, T, adviseur, T (partner van S), mr. Zwaan en zijn kantoorgenoot mr. C. Kan.

2. De feiten

2.1. S is kunstnares. In 2008 heeft de Gemeente S en twee andere kunstenaars uitgenodigd om een schetsontwerp te vervaardigen voor een kunstwerk aan de Theophile de Bockstrook in Amsterdam. De inzending van S, toen

genaamd 'WestLandWells' en inmiddels 'Virtual Fountains', is in 2009 uitgekozen om te worden gerealiseerd. Het ingezonden ontwerp betreft drie hardstenen objectengroepen waarop beelden van water worden geprojecteerd.

2.2. De Gemeente heeft S vervolgens opdracht gegeven tot de vervaardiging van een definitief ontwerp en op 26 januari 2012 is die opdracht gevolgd door een overeenkomst tot het totstandbrengen van het kunstwerk.

2.3. De plaatsing van het kunstwerk aan de Theophile de Bockstrook is uiteindelijk, na protest van buurtbewoners, niet doorgegaan. Het besluit daarover is genomen in 2016. De Gemeente is vervolgens in overleg met S op zoek gegaan naar een alternatieve locatie.

2.4. S heeft de Gemeente in kort geding gedagvaard op 8 augustus 2016 en nakoming gevorderd van de gemaakte afspraken tot plaatsing van het kunstwerk.

2.5. Bij vonnis van 16 oktober 2016 (ECLI:NL:RBAMS:2016:6550) heeft de voorzieningenrechter de vordering van S 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 S bij plaatsing van het kunstwerk op de overeengekomen locatie, hoe schadelijk voor S 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 S plaatsing van het kunstwerk op een alternatieve locatie. S 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 S 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."

2.6. S heeft tegen het vonnis van de voorzieningenrechter hoger beroep ingesteld.

2.7. In het document 'Plan voor een groene Zuidas' van de Gemeente, van

18 december 2017, staat de voltooiing van 'Europaplein Oost' gepland voor eind 2021. In dit document is ook vermeld dat het kunstwerk van S daer zal worden geplaatst.

2.8. 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 S 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 S 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 S en ter instemming voorleggen van één of meer geschikte bestemmingen, waaraan S 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 S 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.

2.9. Het arrest bevat de volgende overwegingen:

“3.3.1. Met de grieven beoogt S, 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 S 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 *iw* 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 betrof 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 "lichtvervuiling" 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 S 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 S dat voor.

3.5.1. De Gemeente heeft de belangen van S 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 (onvoorziene omstandigheden), maar deze omstandigheden betreffen alleen het verzet tegen plaatsing op de overeengekomen locatie, niet plaatsing elders. (...) De Gemeente heeft de overeenkomst (...) noch buitengerechtelijk noch in rechte partieel ontbonden. 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 S meebrengen dat het kunstwerk elders wordt geplaatst. Ook de Gemeente heeft duidelijk gemaakt in overleg met S 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 S heeft gesloten die immers, als overwogen, strekt tot plaatsing van het kunstwerk. De verplichtingen van S 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 S 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 S 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 S] van juridische middelen". Dat bevestigt het beeld dat S 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 S geformuleerde tijdpad 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 S onvoldoende zekerheid uitgaat dat de Gemeente thans voortvarend zal meewerken."*

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

2.11. Op 12 juni 2018 is een tekening opgesteld van de kabels en leidingen onder het Europaplein Oost.

2.12. Bij exploit van 19 juni 2018 heeft S 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.

2.13. De Gemeente heeft op 29 juni 2018 aan S bericht wel aan het arrest te voldoen en een concept planning meegestuurd, volgens welke het kunstwerk in oktober 2020 geplaatst zou moeten zijn. Volgens deze planning vindt de technische

vormgeving, aanbesteding en gunning plaats in de maanden september 2019 tot en met maart 2020.

2.14. 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.

2.15. 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."

2.16. In april 2019 hebben bijeenkomsten met buurtbewoners plaatsgevonden in het kader van de herinrichting van het Europaplein. 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.

2.17. 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.

2.18. 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.

2.19. In april 2020 heeft de Gemeente aan S te kennen gegeven dat zij zelf zorg moest dragen voor het aanvragen van de omgevingsvergunning.

2.20. Bij brief van 11 mei 2020 heeft het AFK meegedeeld dat de subsidieaanvraag voor (maximaal) € 100.000,- is gehonoreerd.

2.21. Bij exploit van 3 juli 2020 heeft S opnieuw aanspraak gemaakt op de dwangsom.

2.22. In een e-mail van 21 augustus 2020 aan de Gemeente heeft S 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.

2.23. Op 1 september 2020 hebben twee ambtenaren van de Gemeente met S de plek waar het kunstwerk zou moeten komen bezocht. Op basis van het BEA uit 2018 (zie 2.14) 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.

2.24. Op 14 oktober 2020 heeft de Gemeente de opdrachtbevestigingen voor de aanvraag van een omgevingsvergunning voor het kunstwerk naar S gestuurd.

3. Het geschil in conventie

3.1. De Gemeente vordert samengevat:
S (primair) te verbieden het arrest ten uitvoer te leggen, althans (subsidiar) totdat het hof heeft beslist op een door de Gemeente nog in te stellen vordering om de dwangsom te matigen of op nihil te stellen op de voet van artikel 611d Rv. Verder vordert de Gemeente veroordeling van S in de proceskosten, de nakosten en de wettelijke rente over deze kosten.

3.2. S voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, ingegaan.

4. Het geschil in reconventie

4.1. S vordert – samengevat en na (mondelijke) wijziging van eis – verhoging van de dwangsom tot € 250.000,- als de Gemeente het kunstwerk niet uiterlijk op 1 april 2022 op het Europaplein heeft geplaatst, met veroordeling van de Gemeente in de proceskosten.

4.2. De Gemeente voert verweer.

4.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, ingegaan.

5. De beoordeling in conventie

5.1. De meest verstrekkende stelling van de Gemeente is dat de dwangsom niet kan worden geëxecuteerd, omdat deze inmiddels is verjaard, aangezien S deze in juni 2018 al eens heeft aangezegd en de executie toen niet binnen zes maanden heeft voortgezet. Dit argument gaat niet op. In het arrest is bepaald dat de dwangsommen verbeurd zijn als de Gemeente niet binnen twee jaar aan de veroordeling heeft voldaan. Dat betekent dat de dwangsom niet eerder kan verjaren dan zes maanden na twee jaar na de datum van het arrest, dat wil zeggen niet eerder

dan op 30 juli 2020. Op 3 juli 2020, dus ruim voor die tijd, heeft S aanspraak op de dwangsom gemaakt en de verjaring dus gestuit. Dat zij ook in juni 2018 het arrest al heeft willen executeren, maakt het voorgaande niet anders.

5.2. De volgende stelling van de Gemeente is dat zij aan de veroordeling heeft voldaan. S betwist dat.

5.3. Bij de beoordeling of het dictum van een vonnis of een arrest is overtreden en dwangsommen zijn verbeurd omdat een verbod of gebod niet of onvoldoende is nageleefd, dient de rechter zich ertoe te beperken de ter uitvoering van het veroordelende vonnis of arrest verrichte (rechts)handelingen te toetsen aan de inhoud van de veroordeling, zoals deze door uitleg moet worden vastgesteld. Bij die uitleg dient de rechter het doel en de strekking van de veroordeling tot richtsnoer te nemen zodanig dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel (HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9400, NJ 2004/410). Bovendien moet in aanmerking worden genomen dat een in het dictum uitgesproken veroordeling steeds moet worden gelezen in verband met de daaraan voorafgaande rechtsoverwegingen waarop zij steunt.

5.4. Partijen zijn het er niet over eens hoe het dictum van het arrest moet worden uitgelegd, onder meer niet of sprake is van een inspanningsverplichting of van een resultaatsverplichting. Het dictum van het arrest (hiervoor geciteerd bij 2.8) vertoont kenmerken van beide. De zinsnede – *“al hetgeen te doen en/of na te laten, dat noodzakelijk is om plaatsing van het kunstwerk op een alternatieve locatie en op de kortst mogelijke, althans binnen een redelijke termijn (alsnog) te realiseren”* – lijkt te wijzen op een inspanningsverplichting, maar dat de dwangsom is gekoppeld aan een termijn van twee jaar, wijst er anderzijds op dat dat resultaat moet zijn bereikt. Beide zinsneden tezamen genomen leiden voorshands tot de interpretatie dat sprake is van een inspanningsverplichting die uiterlijk na twee jaar tot resultaat (plaatsing) moet hebben geleid.

5.5. Redengevend voor die interpretatie zijn de volgende rechtsoverwegingen uit het arrest (weergegeven bij 2.9):

3.5.3 (slot): waarin het hof met zoveel woorden de verplichting van de gemeente in de overeenkomst een resultaatsverbintenis noemt;

3.6: waarin het hof het tijdpad van S tot uitgangspunt neemt en overweegt dat de Gemeente onvoldoende concrete bezwaren daartegen heeft gemaakt. Het hof heeft een langere termijn dan in het tijdpad genomen *“om eventuele tegenslagen die kunnen optreden te kunnen ondervangen”*. Aan die langere termijn is een dwangsom verbonden om te bewerkstelligen *“dat de gemeente thans voortvarend zal meewerken”*;

De strekking van het arrest is dus dat de Gemeente, op straffe van de dwangsom, ervoor moest zorgen, althans alles moest doen wat *“redelijkerwijs mogelijk”* was opdat het kunstwerk binnen twee jaar zou zijn geplaatst, waarbij het hof heeft meegewogen (3.5.5.) dat niet alles voorspelbaar is.

5.6. Plaatsing van het kunstwerk binnen twee jaar is – bij lange na – niet gelukt. De Gemeente stelt alles te hebben gedaan wat mogelijk is om het wel binnen die termijn te realiseren en heeft een aantal redenen genoemd waarom dat niet is gelukt, waarop hierna afzonderlijk wordt ingegaan.

5.7. Allereerst heeft de Gemeente het zoeken naar een alternatieve locatie genoemd. Dit lijkt geen sterk argument, aangezien de huidige locatie op het Europaplein ten tijde van het arrest al in beeld was. De Gemeente heeft niet nader gemotiveerd waarom dit punt voor substantiële vertraging zou hebben gezorgd. Verder heeft de Gemeente erop gewezen dat de plaatsing van het kunstwerk onderdeel is van een groter geheel, namelijk de herinrichting van het Europaplein. Dat was echter ook ten tijde van het arrest al bekend en vindt plaats onder verantwoordelijkheid van en aansturing door de Gemeente zelf.

5.8. Ook de onderzoeken naar de kabels, leidingen en boomwortels kunnen niet worden aangemerkt als onvoorziene omstandigheden, die voor ernstige vertraging hebben gezorgd. De eerste onderzoeken daarnaar dateerden immers al uit 2018 en de Gemeente heeft daaraan kennelijk pas recent een vervolg gegeven. Dat geldt ook voor het ‘participatietraject’, dat al in gang was gezet in maart/april 2019, maar vervolgens weinig voortvarend door de Gemeente lijkt te zijn opgepakt.

5.9. Dat de Gemeente te maken heeft met een wirwar van diensten die wellicht niet altijd goed samenwerken, wat volgens haar ook een vertragende factor is, komt voor haar eigen rekening en kan aan S niet worden tegengeworpen. Het lag op de weg van de Gemeente, zeker nadat in het arrest was bepaald dat zij daarvoor twee jaar de tijd had, om een sluitende planning te maken, met een duidelijk tijdpad en duidelijk verantwoordelijke aanspreekpunten. Het lijkt erop dat zij dat niet heeft gedaan.

5.10. Kortom, de Gemeente heeft voorsnog onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de vertraging te wijten is aan onvoorziene omstandigheden buiten haar invloedssfeer. De omstandigheden die de Gemeente heeft genoemd liggen immers voornamelijk daarbinnen en voor zover dat niet het geval is (zoals eventuele bezwaren van burgers, en/of de afhandeling van Wob-verzoeken), heeft de Gemeente onvoldoende geconcretiseerd welke vertragingen daarvan daadwerkelijk het gevolg zijn geweest. Bezwaarprocedures van omwonenden zijn nog niet eens aan de orde omdat de omgevingsvergunning nog niet is aangevraagd, terwijl niet in geschil is dat de Gemeente daarvoor aanvankelijk – overeenkomstig het bepaalde in het arrest – zelf zorg zou dragen. Inmiddels (sinds april 2020) heeft de Gemeente de verantwoordelijkheid daarvoor bij S neergelegd, maar ook dat is – kennelijk – haar keuze of volgt uit de gemeentelijke regels. Bovendien heeft de Gemeente daarvoor pas recentelijk de benodigde documenten aangeleverd. Voorsnog is onduidelijk gebleven waarom de Gemeente niet eerder stappen heeft gezet om te bewerkstellingen dat de benodigde omgevingsvergunning tijdig werd aangevraagd.

5.11. Ook de gang van zaken rond de aanvraag van de AFK-subsidie kan, in de door S geschetste en door de Gemeente niet betwiste context, dat dit veeleer het redden van de reeds in 2010 verleende subsidie betrof, niet bepaald worden gezien als een voortvarend optreden van de Gemeente.

5.12. De Gemeente heeft verder nog gesteld dat er veel contact/overleg is geweest met S en dat zij overal bij is betrokken. Voor zover dat al het geval is geweest – S heeft terecht aangevoerd dat de Gemeente vooral actie heeft ondernomen, nadat zij de dwangsom had aangezegd – is dat van onderschikt belang. De Gemeente heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat enige relevante vertraging aan S te wijten is, laat staan dat zij zou hebben tegengewerkt of onvoldoende heeft meegewerkt. Dat de buurtbijeenkomst in verband met een verblijf in het buitenland van S in januari 2020 heeft plaatsgevonden in plaats van in december 2019 heeft slechts voor een maand vertraging gezorgd en dat S op haar beurt documenten te laat zou hebben aangeleverd heeft de Gemeente tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door S niet aannemelijk gemaakt. In ieder geval kan dat niet verklaren waarom de plaatsing van het kunstwerk zodanig is vertraagd als nu het geval is.

5.13. De omstandigheid dat S door te blijven meewerken aan de plaatsingsplannen, terwijl zij er al langer van op de hoogte is dat de tweejaarstermijn niet zou worden gehaald, impliceert ten slotte, anders dan de Gemeente betoogt, niet dat zij met verlenging van die termijn heeft ingestemd. Zij heeft immers in correspondentie daarover haar rechten steeds voorbehouden.

5.14. Al met al moet de conclusie zijn dat de Gemeente onvoldoende aan het dictum heeft 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 en heeft S in beginsel de bevoegdheid het arrest ten uitvoer te leggen. Dat individuele ambtenaren wellicht hun best hebben gedaan en nog steeds doen om de plaatsing voor elkaar te krijgen, maakt dat niet anders.

5.15. Daar staat tegenover dat, gelet op hetgeen de Gemeente heeft aangevoerd, thans binnen de grenzen van dit kort geding, niet zonder meer te zeggen valt of de termijn van twee jaar, als de Gemeente wel voortvarend zou hebben gehandeld, wel haalbaar zou zijn geweest. Bedacht moet worden dat de dwangsom in de eerste plaats is bedoeld als prikkel tot nakoming, met andere woorden moet bevorderen dat de Gemeente alles in het werk stelt om te zorgen dat aan (het doel van) de veroordeling – uiteindelijk de plaatsing van het kunstwerk – wordt voldaan. Zowel de Gemeente als S hebben nog steeds de intentie daartoe en spannen zich daarvoor in. De Gemeente heeft inmiddels een globale nieuwe planning gemaakt. Op dit moment bestaan geen belemmeringen meer voor het aanvragen van de omgevingsvergunning en ligt het in de lijn der verwachting dat de plaatsing in april 2022 een feit zal zijn, behoudens werkelijk buiten de Gemeente gelegen omstandigheden, zoals bijvoorbeeld een rechterlijke vernietiging van de te verlenen

omgevingsvergunning. Van de Gemeente mag worden verwacht dat alsnog een concreet tijdspad wordt vastgesteld en dat een duidelijke verantwoordelijke (wellicht de door S geopperde 'task force') wordt aangewezen. Het op dit moment incasseren van de dwangsom door S p zou tegen deze achtergrond contraproductief kunnen zijn ofwel het doel, een prikkel tot nakoming van een veroordeling, voorbij kunnen schieten. Daarnaast moet worden bedacht dat de dwangsom zal moeten worden voldaan uit gemeenschapsgeld, terwijl de Gemeente mede in verband met onvoorziene ontwikkelingen ten gevolge van de coronacrisis, al een ernstig tekort heeft op de begroting.

5.16. 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 611 d Rv. zou kunnen besluiten om de opgelegde dwangsom te matigen of op nihil te stellen. Het voert te ver om aan te nemen dat S door het treffen van executiemaatregelen misbruik van recht maakt, zoals de Gemeente heeft gesteld, maar het is voldoende reden om de invorderingsbevoegdheid van S van de dwangsom op te schorten totdat op een door de Gemeente binnen vier weken na de vonnisdatum aanhangig te maken procedure, zal zijn beslist.

5.17. Het voorgaande leidt ertoe dat de subsidiaire vordering van de Gemeente zal worden toegewezen. Op grond van het hiervoor overwogene zullen niettemin de proceskosten worden verrekend, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

6. De beoordeling in reconventie

6.1. Voor toewijzing van de vordering in reconventie, die neerkomt op een forse verhoging van de dwangsom als de nieuwe termijn – uiterlijk april 2022 – niet zou worden gehaald, bestaat, met name op grond van het onder 5.15 overwogene, onvoldoende grond. De Gemeente is inmiddels ervan doordrongen dat achterover leunen geen optie is en heeft herhaaldelijk toegezegd alles in het werk te stellen om een spoedige plaatsing van het kunstwerk alsnog te realiseren. Vooral nog is onvoldoende aannemelijk dat de Gemeente bij een hogere dwangsom – die, het zij nogmaals gezegd uit gemeenschapsgeld zal moeten worden voldaan – 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 en dat een nieuwe veroordeling, waarbij wederom een voorschot zal moeten worden genomen op ontwikkelingen die niet alle voorzienbaar zijn, tot nieuwe executieproblemen zou kunnen leiden. Het risico bestaat dan (weer) dat de te verrichten prestatie voor meerdere uitleg vatbaar is.

6.2. Gelet op hetgeen in conventie is overwogen en de aard van dit geschil, worden de proceskosten in reconventie eveneens gecompenseerd.

7. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie:

7.1. verbiedt S de dwangsom te innen, totdat het gerechtshof Amsterdam heeft beslist op een door de Gemeente in te stellen vordering ex artikel 611d Rv,

7.2. bepaalt dat de Gemeente geen rechten kan ontlenen aan het verbod onder 7.1, indien zij niet uiterlijk vier weken na heden de genoemde vordering ex artikel 611d Rv zal hebben ingesteld,

7.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

7.4. wijst het meer of anders gevorderde af,

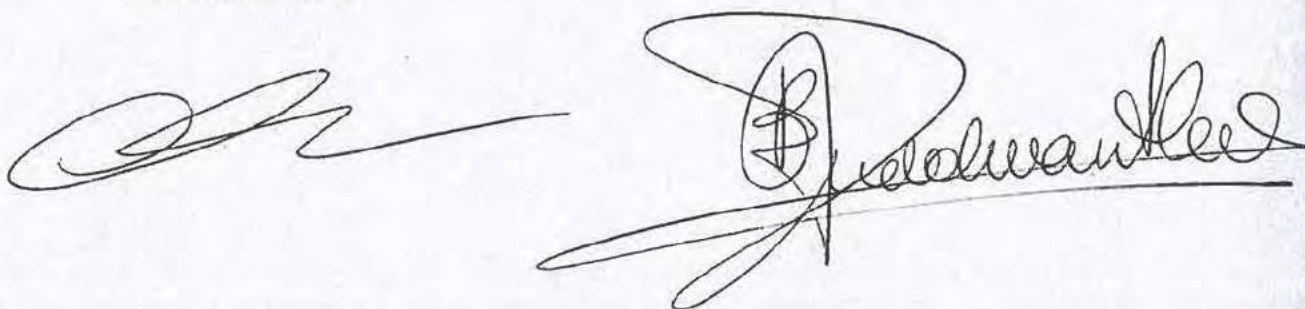
7.5. compenseert de kosten aldus, dat iedere partij de eigen kosten draagt.

in reconventie:

7.6. weigert de gevraagde voorziening,

7.7. compenseert de kosten aldus, dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.A. Dudok van Heel, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. M. Balk, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 5 november 2020.



type: MB
coll: MA

UITGEGEVEN VOOR GROSSE

rechtbank Amsterdam