

Nr. 8 Schaap/Gemeente Amsterdam

Hof Amsterdam

30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:238

Vordering tegen de Gemeente Amsterdam tot plaatsing op de afgesproken locatie op de groenstrook langs de Theophile de Bockstraat in Amsterdam-Zuid door de maker Femke Schaap van het kunstwerk ‘Westland Wells’, ondanks hardnekkig verzet door de buurtbewoners tegen die plaatsing. Het hof is niet gebonden aan de belangenafweging die heeft geleid tot verlening van een omgevingsvergunning voor plaatsing op de afgesproken locatie. De gemeente is op grond van de overeenkomst van opdracht niet verplicht om het kunstwerk te plaatsen op de oorspronkelijk overeengekomen locatie, maar, gezien de strekking van de overeenkomst, wel tot plaatsing elders. De auteursrechtelijke grondslag ter onderbouwing van vordering is nu de contractuele grondslag is toegewezen niet meer van belang.

(...)

“2 Feiten

(...)

2.1.1. In 2008 heeft de Gemeente Schaap en twee andere kunstenaars uitgenodigd om een schetsontwerp te vervaardigen voor een kunstwerk voor de zogenoemde Theophile de Bockstrook in Amsterdam (grofweg de groenstrook langs de Theophile de Bockstraat, vanaf de Jacob Marisstraat tot aan de Westlandgracht).

2.1.2. Op 4 augustus 2009 heeft de Adviescommissie van de Gemeente positief geadviseerd over de inzending van Schaap, getiteld ‘WEstLAndWELls’. Het ingezonden ontwerp betreft drie objectengroepen waarop beelden van water worden geprojecteerd. Hieronder is een impressie van het kunstwerk opgenomen.

2.1.3. 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 realisatie van het kunstwerk. In de overeenkomst staan voor zover hier van belang de volgende bepalingen:

“Met genoegen kunnen we u mededelen dat het Dagelijks Bestuur van stadsdeel Zuid, heeft besloten om u opdracht te verlenen tot het realiseren van het kunstwerk WEstLAndWELls aan de Theophile de Bockstraat in Zuid. (...)

De Uitvoeringsfase

In deze laatste fase zal het kunstwerk WEstLAndWELls worden gerealiseerd. Naast de definitieve uitwerking en realisatie van de bouwwerken en de videoprojectie zal in deze fase ook de technische realisatie van het kunstwerk plaatsvinden. (...)

De uiterste datum van oplevering van het werk is 17 mei 2012. Dit betekent dat het werk dan in volledige staat is uitgevoerd (...)

2.1.4. Op 21 maart 2012 is de omgevingsvergunning tot plaatsing van het kunstwerk verleend.

2.1.5. In verband met vertraging in de uitvoering van de overeenkomst hebben partijen de overeenkomst van 26 januari 2012 vervangen door een nieuwe overeenkomst van 20 augustus 2014. In deze overeenkomst is de opdracht als volgt geformuleerd:

“Met deze brief willen wij u op de hoogte brengen van het besluit van 19 augustus jl. om u, op grond van de informatie die u ons in de afgelopen maanden in handen heeft gegeven, een hernieuwde opdracht tot uitvoering te geven voor uw kunstwerk in de openbare ruimte van de Theophile de Bockstrook: WestlandWells. (...)

2.1.6. Op 28 november 2014 heeft de Gemeente omwonenden door middel van een bewonersbrief geïnformeerd over de voorgenomen plaatsing van het kunstwerk.

2.1.7. Met instemming van de Gemeente is Schaap op maandag 2 december 2014 gestart met de plaatsingswerkzaamheden (het leggen van funderingen).

2.1.8. Na ontvangst van de bewonersbrief hebben buurtbewoners onmiddellijk en heftig gereageerd op de komst van het kunstwerk. Dat heeft voor de Gemeente aanleiding gevormd om de plaatsing van het kunstwerk op te schorten en nader overleg met de buurt te organiseren.

2.1.9. Na overleg met de bewoners heeft de Gemeente een verplaatsing van een deel van het kunstwerk toegezegd. Daartoe is een nieuwe omgevingsvergunning aangevraagd en verleend. Tegen het verlenen van de vergunning hebben 103 omwonenden bezwaar gemaakt. De Gemeente heeft de bezwaren op 24 februari 2016 ongegrond verklaard.

2.1.10. De Gemeente heeft haar beslissing tot ongegrondverklaring van de bezwaren toegelicht tijdens een bewonersavond op 15 maart 2016. Voorafgaand aan die bijeenkomst liet ‘het bewonerscomité De Bockstrook’ een stemformulier verspreiden waarin bewoners konden stemmen voor of tegen plaatsing.

2.1.11. Op 4 april 2016 hebben de fracties van GroenLinks en het CDA in de Bestuurscommissie Zuid een initiatiefvoorstel ingediend om plaatsing af te blazen.

2.1.12. Op 7 april 2016 hebben zowel Het Parool als De Telegraaf bericht dat plaatsing van het kunstwerk niet zou doorgaan. Via twit-

ter lieten twee raadsleden van de gemeenteraad van de centrale stad zonder bronvermelding weten dat er binnen de Bestuurscommissie Stadsdeel Zuid geen politieke steun zou zijn voor het kunstwerk en dat het project zou worden afgeblazen.

2.1.13. Op 21 april 2016 heeft het Dagelijks Bestuur van Stadsdeel Zuid in een preadvies op het initiatiefvoorstel van 4 april 2016 de plaatsing van het kunstwerk gesteund.

2.1.14. Op 22 april 2016 heeft een ambtenaar van de Bestuurscommissie Stadsdeel Zuid aan Schaap laten weten dat op 26 april 2016 een besluit zou worden genomen over plaatsing van het kunstwerk. Op 28 april 2016 is Schaap geïnformeerd dat de Gemeente heeft besloten af te zien van plaatsing van het kunstwerk. Bij brief van diezelfde datum heeft de Gemeente aan de bewoners van de omgeving Theophile de Bockstrook onder meer laten weten “dat het kunstwerk er niet komt.”

2.1.15. Nadien hebben partijen op verschillende tijdstippen met elkaar gecorrespondeerd en met elkaar overleg gevoerd over plaatsing op een alternatieve locatie, zonder resultaat.

2.1.16. Bij uitspraak van 13 december 2016 van de rechtbank Amsterdam (sector bestuursrecht) heeft de rechtbank het beroep van de negen eisers tegen de omgevingsvergunning ongegrond verklaard. Geoordeeld werd, onder meer, dat niet is gebleken dat sprake is van een onzorgvuldige belangenafweging door de Gemeente en dat de Gemeente terecht heeft vastgehouden aan de omgevingsvergunning.

3 Beoordeling

(...)

3.3.4. De overeenkomst behoort te worden uitgelegd met inachtneming van de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij ook met de belangen van derden rekening dient te worden gehouden (art. 3:12 BW). Hoewel het belang van Schaap bij plaatsing van haar kunstwerk zonder enige twijfel groot is, kunnen de belangen van de Gemeente en van derden (in dit geval: de buurtbewoners) dat het kunstwerk niet op de overeengekomen locatie wordt geplaatst, toch zwaarder wegen. De (bewegings)ruimte die de Gemeente heeft bij de nakoming van haar verplichtingen uit deze overeenkomst (te weten de ruimte om het kunstwerk in het geheel niet te plaatsen, dan wel het elders te plaatsen) hangt mede af van de zwaarte van die laatste belangen: naarmate deze als lichter worden gewogen, zullen de belangen van de kunstenaar bij ongewijzigde nakoming eerder doorslaggevend zijn.

3.3.5. Schaap heeft aangevoerd dat de belangenafweging reeds in de bestuursrechtelijke procedures over de omgevingsvergunning heeft plaatsgevonden. Voor zover zij suggereert dat het hof aan de uitkomst van die procedures is gebonden volgt het hof haar daarin niet. In die procedures stond (onder meer) de vraag centraal of de Gemeente, gelet op de daarin aangevoerde belangen van de buurtbewoners, in redelijkheid tot vergunningverlening kon komen. De vraag naar de rechtmatigheid van een verleende vergunning als zodanig is een andere dan die of de overeenkomst met Schaap de

Gemeente, gelet op de belangen van Schaap en die van de buurtbewoners, toestaat van plaatsing op de overeengekomen locatie af te zien. De kring van derden wiens belang de Gemeente zich hier aantrekt, is bovendien ruimer en andersoortig dan de kring van diegenen die als belanghebbende zijn aangemerkt in de bestuursrechtelijke procedures over de omgevingsvergunning.

(...)

3.3.7. Binnen het bestek van een kort geding is geen ruimte voor uitgebreid onderzoek naar de feiten. Uit de door de Gemeente overgelegde stukken is evenwel afdoende aannemelijk geworden dat het verzet tegen plaatsing van het kunstwerk op de overeengekomen locatie Theophile de Bockstraat, geen incidenteel karakter had maar hardnekkig was en werd gedragen door een actief en qua omvang niet onbelangrijk deel van de buurtbewoners. 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 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.

(...)

3.5.3. 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.

(...)

3.6 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.

3.7 Nu de subsidiaire vordering van Schaap reeds wordt toegewezen op de contractuele grondslag, behoeft de auteursrechtelijke grondslag die zij ter onderbouwing van diezelfde vordering had aangevoerd, geen bespreking meer. Dat brengt mee dat de vordering van Schaap tot veroordeling van de Gemeente in de reële proceskosten als bedoeld in artikel 1019h Rv, niet voor toewijzing vatbaar is. Grief V faalt. Een beslissing over de toelaatbaarheid van de aanvullende kostenspecificatie van Schaap kan daarom achterwege blijven.

3.8 Het voorgaande leidt ertoe dat het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. De Gemeente zal als in het ongelijk te stellen partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties.

4 Beslissing

Het hof: vernietigt het vonnis waarvan beroep; en opnieuw rechtdoende:

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;

veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van Schaap begroot op € 382,08 aan verschotten en € 816,- voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 410,57 aan verschotten en € 1.788,- voor salaris;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.M. Aarts, J.E. Molenaar en C.C. Meijer en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 30 januari 2018.



Prof. mr. J.J.C. Kabel is redacteur van dit blad.

Het plaatsingsrecht

De auteursrechtelijke grondslag van de vordering is niet aan de orde gekomen in de uitspraak van het hof. Had die grondslag wat kunnen opleveren voor de maker? Omvat art. 25 Aw ook een recht tot plaatsing van een werk? Dat recht staat niet met zoveel woorden in het artikel, maar misschien is het wel uit het artikel af te leiden. In HR I juli 1985, NJ 1986, 692 (*Frenkel/KRO*), zegt de Hoge Raad dat een auteursrechtovereenkomst als in dat geval aan de orde was “naar zijn aard ten doel heeft de in opdracht vervaardigde film – ook al heeft de uitzendgemachtigde zich niet tot uitzending verplicht – na aanvaarding door deze daadwerkelijk zal worden uitgezonden”. Ter ondersteuning van die opvatting stelt de Hoge Raad verder “dat de vrijheid die de zendgemachtigde zich heeft voorbehouden niet zover gaat dat hij bij zijn beslissing de gerechtvaardigde belangen en morele rechten van de auteur mag negeren”. In zijn noot bij HR 20 mei 1994, *Ars Aequi* 1998/1, p. 46-52 (*Körmeling/Gemeente Vlaardingen*) stelt Herman Cohen Jehoram dat uit *Frenkel/KRO* niet meer valt af te leiden dan dat de rechter bij de uitleg van een auteursrechtovereenkomst rekening moet houden met de ideële belangen van de maker. Spoor/Verkade/Visser¹ gaat wat verder en meent dat de Hoge Raad in die uitspraak een ongeschreven persoonlijkheidsrecht heeft gecreëerd (p. 358). Ook al zou dat het geval zijn, dan is mijns inziens met dat arrest de vraag naar een plaatsingsrecht nog niet beantwoord. Een uitzendingsrecht is wat anders dan een plaatsingsrecht. Uitzending is efemeer, plaatsing van een werk is een blijvende interventie in een omgeving, in dit geval de openbare ruimte en uit het een valt niet naadloos het ander af te leiden. Dat heeft het hof in de zaak *Körmeling/Gemeente Vlaardingen* ook overwogen en ik citeer uit het arrest van de Hoge Raad: “Het Hof heeft hierbij van doorslaggevende betekenis geacht dat plaatsing in strijd zou zijn met zwaarwegende belangen van de bewoners, nu het hier niet gaat om een kwestie van ‘mooi’ of ‘lelijk’, noch ook om een eenmalige uitvoering of kortdurende manifestatie waartegen een aantal mensen ernstige bezwaren kan hebben, en evenmin om een object waarvan men naar believen kan kennis-

¹ J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht* (Recht en Praktijk, deel 42), Deventer: Kluwer 2011.



Het videokunstwerk *WestlandWells*, (c) Femke Schaap

nemen of niet-kennismenemen, maar om de blijvende aanwezigheid van een tekst die de bewoners van het flatgebouw naar 's hofs oordeel stigmatiseert en waarmee zij in geval van plaatsing ongewild en voortdurend zouden worden geconfronteerd." Het hof, aldus verder de Hoge Raad, "heeft daarbij niet uit het oog verloren dat Körmeling een evident belang bij plaatsing heeft en dat de gemeente door het gedrag in een eerder stadium bij hem het vertrouwen had gewekt dat het tot plaatsing van het gehele kunstwerk zou komen. Het Hof heeft echter geoordeeld dat de belangen van de bewoners zoveel zwaarder wegen dan Körmelings belang bij plaatsing, dat de eisen van redelijkheid en billijkheid niet toelaten dat aan laatstbedoeld belang voorrang wordt gegeven. Aldus heeft het Hof niet blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting."

Zo zit het plaatsingsrecht dus in elkaar. Wanneer er sprake is van een overeenkomst – en dat zal altijd wel het geval zijn – moet deze als boven vermeld worden uitgelegd. HR 22 juni 1973, NJ 1974/61 (*Patrimonium/Reijers*) laat zien dat bij de uitleg van de overeenkomst ook een rol speelt of er al voorzieningen zijn getroffen voor plaatsing en of vaststaat dat het werk echt bedoeld is voor de overeengekomen plek en ook nergens anders kan worden geplaatst zonder dat afbreuk aan die bedoeling wordt gedaan. Ingevolge Hof Den Bosch 17 december 1990, NJ 1991/444 (*Gemeente Haarlem/Arthur Spronken*) staat wel vast dat gewijzigde artistieke inzichten in ieder geval maar heel zelden en een beroep op het wegvallen van financiële voorzieningen al helemaal niet de doorslag mogen geven bij het niet plaatsen door de opdrachtgever van een werk op de afgesproken locatie. Dat wegvallen van die financiële voorzieningen was al aan de orde in *Patrimonium/Reijers*: wanneer er geen voorbehoud

wordt gemaakt telt dat wegvallen niet. Wanneer plaatsing elders een vermindering oplevert, is uiteraard art. 25 Aw in te roepen.

In deze zaak oordeelt het hof dat de gemeente "zich door de aard, mate en hardnekkigheid van het verzet uiteindelijk genoodzaakt heeft gezien (van plaatsing) 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." Het hof erkent dat de gevreesde onveiligheid voor kinderen die erop zouden spelen, de risico's voor de verkeersveiligheid en lichtvervuiling door de voortdurende videoprojectie niet gefundeerd zijn en al zijn meegenomen in de verlening van de omgevingsvergunning. De zwaarwegende belangen hebben dus alleen maar betrekking op de aard, de mate en de hardnekkigheid van het verzet. Dat is toch wat anders dan de inhoudelijke invulling van de zwaarwegende belangen in de *Körmeling*-zaak, te weten de voortdurende stigmatisering van de bewoners. Het hof billijkt dat de gemeente voorrang geeft aan de spreekwoordelijke boze burger, ook al zijn diens bezwaren ongefundeerd, als ze maar hardnekkig genoeg worden aangevoerd. Daarvoor wijkt het evidente en wel onderbouwde belang van de maker. Het hof gaat met zijn tijd mee, zullen we maar zeggen. Jammer: zou Théophile de Bock niet trots geweest zijn op zo'n bijzonder kunstwerk in zijn openbare ruimte? En had de gemeente het werk niet even kunnen uitproberen op de afgesproken plek? Nu blijven we zitten met een moeilijk te rationaliseren boze-burger-criterium.