Rechtbank Amsterdam
Afdeling privaatrecht, team handelszaken
Zitting d.d. 9 september 2020
Zaak- rolnummer: C/13/685636

CONCLUSIE VAN ANTWOORD in incident houdende vordering tot niet-ontvankelijkheid ex artikel 209 Rv

in het geschil tussen:

1. de stichting
STICHTING MONUMENT HERENGRACHT 171, statutair gevestigd te Amsterdam.

2. de heer
[redacted]
wonende te Amsterdam.

eisers in de hoofdzaak,
verweerders in het incident.

advocaat: [redacted]

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon
DE GEMEENTE AMSTERDAM,
zetelende te Amsterdam

gedaagde in de hoofdzaak,
eiseres in het incident

advocaat: [redacted]
procesadvocaat: [redacted]

Edelachtbare heer, vrouwe,

Eisers in de hoofzaak en verweerders in het incident, hierna te noemen: "verweerders", hebben kennis genomen van de incidentele conclusie van eis tot niet-ontvankelijkheid van gedaagde in de hoofdzaak en eiseres in het incident, hierna te noemen: "de gemeente", en doen hierbij zeggen en concluderen voor antwoord als volgt.

Inleiding

1. Het is juist dat verweerders de gemeente hebben gedagvaard bij dagvaarding van 27 mei 2020. Verweerders handhaven hun stellingen als vermeld in die dagvaarding en betwisten de door de gemeente aangevoerde stellingen in de incidentele conclusie van eis.

2. De reden voor dagvaarding is dat verweerders schade lijden als gevolg van het feitelijk handelen van de gemeente. Verweerders zijn van oordeel dat de gemeente een inhoudelijk standpunt heeft ingenomen - te weten dat de overkapping van de lichthof illegaal is - zonder het nemen van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Dat betekent dat verweerders zich voor hun rechtsbescherming niet tot de bestuursrechter kunnen wenden. Verweerders zijn daarom genoodzaakt hun rechtsbescherming te zoeken bij de civiele rechter als restrechter. Verweerders hebben belang bij het verkrijgen bij hun vordering omdat zij voornemens zijn de onroerende zaak waarvan het lichthof deel uitmaakt te verkopen (zie ook randnummer 9 van de dagvaarding).

3. Anders dan verweerders stelt de gemeente zich op het standpunt dat voor verweerders een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstond teneinde rechtszekerheid te verkrijgen. Volgens de gemeente hebben verweerders ten onrechte verzuimd van deze rechtsgang gebruik te maken. Gelet hierop vordert de gemeente in dit incident dat verweerders in de civiele procedure niet-ontvankelijk worden verklaard.

4. Verweerders kunnen zich hiermee niet verenigen en zullen in deze conclusie ingaan op de incidentele vordering tot niet-ontvankelijkheid en de juridische merites daarvan.

5. Naar het oordeel van verweerders liggen de vorderingen van de gemeente voor afwijzing gereed omdat de schadeoorzaak van verweerders is gelegen in het feitelijk handelen van de gemeente. Van verweerders kan in dit stadium gelet op de feiten en omstandigheden en het tijdsverloop niet langer worden gevergd om een besluit uit te lokken en/of af te wachten. Verweerders zullen dit hierna toelichten

Juridisch kader

➢ *Geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming*

6. Tussen partijen is niet in geschil dat de brief van 5 maart 2019, waarin de gemeente een inhoudelijk standpunt inneemt, geen besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb. De brief van 5 maart 2019 is op zichzelf niet gericht op enig rechtsgevolg, zodat daartegen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Volgens de gemeente moet de brief van 5 maart 2019 door verweerders worden gezien als een zogenoemde 'wrakingsbrief' (zie randnummer 14 dagvaarding).

7. Naar het oordeel van de gemeente neemt het vorenstaande echter niet weg dat er andere manieren zijn om het inhoudelijke standpunt van de gemeente met betrekking tot de rechtmatigheid van de overkapping van de lichthof over de band van het bestuursrecht ter discussie te stellen.

8. Volgens de gemeente kunnen verweerders 1) een omgevingsvergunning aanvragen voor de overkapping van de lichthof, en 2) zelf een handhavingsverzoek indienen (tegen de eigen overtreding). Het vorenstaande zou volgens de gemeente een gangbare wijze zijn om rechtszekerheid te verkrijgen indien het bestuursorgaan (nog) geen besluit neemt.

9. Ter onderbouwing verwijst de gemeente naar een uitspraak van de ABRvS van 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356. Deze uitspraak gaat over een gedoogbeslissing. In de uitspraak geeft de Afdeling meer duidelijkheid over de kwalificatie van een gedoogbeslissing. De nieuwe lijn van de Afdeling houdt – kort gezegd – in dat de gedoogbeslissing, de weigering een gedoogbeslissing te nemen en de intrekking van een gedoogbeslissing, op een enkele uitzondering na, geen besluiten zijn in de zin van de Awb en daarmee ook niet worden gelijkgesteld. De Afdeling werkt in de uitspraak de nieuwe lijn voor deze drie situaties uit.

10. De gemeente verwijst specifiek naar rechtsoverweging 16 in samenhang met rechtsoverweging 11 van de uitspraak waarin de Afdeling de situatie over de weigering een gedoogbeslissing te nemen uiteenzet en oordeelt:

> *'(…) Indien die betrokkene vindt dat een dergelijke mededeling te weinig zekerheid biedt, of indien hij het niet eens is met het standpunt van het bestuursorgaan dat in strijd met de wet of met een andere regelgeving wordt gehandeld, dan is het aan hem om een aanvraag om een vergunning in te dienen of om anderszins de rechtens noodzakelijke toestemming te verkrijgen, dan wel een besluit omtrent handhaving uit te lokken of af te wachten. Tegen de weigering van een vergunning of het besluit om tot handhaving of het besluit om tot handhaving over te gaan kan de (vermeende) overtreder bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden. (…).'*

11. Gelet hierop concludeert de gemeente dat er voor verweerders wel degelijk een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstond.

12. Naar het oordeel van verweerders is de conclusie van de gemeente (gelet op de geschetste feiten en omstandigheden in de dagvaarding en het tijdsverloop) veel te kort door de bocht. Verweerders lichten dit als volgt toe.

➢ *Geschetste alternatieven van de gemeente snijden geen hout*

13. Begrijpen verweerders de incidentele conclusie van de gemeente goed, dan stelt de gemeente zich op het standpunt dat, hoewel sprake is van een gedoogbeslissing[1], er

[1] Dit zal dan de brief van 5 maart 2019 zijn, welke als productie 9 bij dagvaarding is overgelegd.

toch voor verweerders een niet onevenredig bezwarende weg bij de bestuursrechter openstaat om een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit te krijgen, ten gevolge waarvan uw rechtbank verweerders niet-ontvankelijk zou moeten verklaren.

14. Opvallend is dat de term 'gedoogbeslissing' in de incidentele conclusie niet wordt gebruikt. Sterker nog, in de tussen partijen gevoerde correspondentie is de brief van 5 maart 2019 als een 'wrakingsbrief' aangemerkt. Verweerders stellen zich op het standpunt dat, anders dan de gemeente het kennelijk doet voorkomen, een gedoogbeschikking en een wrakingsbrief geen inwisselbare begrippen zijn. Alleen al om deze reden kan het beroep van de gemeente op voornoemde uitspraak van de Afdeling geen grond zijn voor het toewijzen van haar incidenteel verweer.

15. Ook om andere redenen ligt het door de gemeente opgeworpen incident voor afwijzing gereed.

16. Uit de uitspraak van de Afdeling volgt dat, hoewel een gedoogbeslissing geen voor bezwaar en beroep vatbare beslissing is, er wel nog steeds een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang zou bestaan om een oordeel van de bestuursrechter te krijgen. Daarvoor geldt wel dat deze weg niet als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt. De Afdeling benoemt in haar uitspraak drie situaties.

17. In de eerste plaats kan een derde die lijdt onder de gedoogde activiteit, een verzoek om handhaving indienen. Deze situatie doet zich in casu niet voor.

18. In de tweede plaats kan de overtreder een vergunning aanvragen (legalisatieverzoek). Ook deze situatie doet zich in casu niet voor, aangezien verweerders het met justificatoire bescheiden ondersteunde standpunt innemen dat sprake is van een legale (want vergunde) situatie. Van verweerders kan niet worden verlangd dat zij, in strijd met hun standpunt, de gemeente (althans het college van B&W) verzoeken om een vergunning waarvan verweerders menen dat deze reeds lang geleden is verleend, nogmaals te verlenen. Het vorenstaande klemt temeer aangezien de gemeente, zoals door haar ook is erkend, tot aan het moment van dagvaarden toe zelf onvoldoende onderzoek naar de feiten met betrekking tot de overkapping van de lichthof heeft gedaan (zie productie 14 bij dagvaarding).

19. Bovendien zijn verweerders van oordeel dat, zo er al sprake zou zijn van een illegale situatie, slechts de "Vereniging van eigenaars Herengracht 171 te Amsterdam" (hierna: de VvE) als overtreder kan worden aangemerkt, en derhalve als enige geadresseerde van een handhavingsbesluit kan zijn. Zoals al gesteld in randnummer 23 van de dagvaarding, behoort de lichthof tot de algemene gedeelten van het gebouw Herengracht 171. Dit brengt met zich mede dat niet verweerders, maar uitsluitend de VvE, een aanvraag voor een vergunning kan indienen.

20. Daartoe zal de VvE dan wel een besluit moeten nemen. Gelet op het feit dat het handhavingsverzoek van 18 oktober 2018 (productie 8 bij dagvaarding) is ingediend door twee leden van de VvE, behoeft het geen nader betoog dat besluitvorming daaromtrent allesbehalve eenvoudig zal zijn. Dit geldt temeer aangezien deze twee leden al eerder besluiten van de VvE omtrent de aanvraag van vergunningen ter toetsing aan de rechter hebben voorgelegd (**productie 17**).

21. Overigens brengt het vorenstaande met zich mede dat het aanvragen van een vergunning voor verweerders als een onredelijk bezwarende weg kan worden aangemerkt. Daarvan is temeer sprake, aangezien een vergunningsaanvraag ook kosten met zich mee zal brengen. De vergunningsaanvraag zal immers ten minste moeten worden vergezeld van tekeningen, op te stellen door een architect, alsmede een beoordeling van een monumentendeskundige (het pand Herengracht 171 is immers een rijksmonument). Voor het behandelen van de vergunningsaanvraag zijn bovendien leges verschuldigd.

22. In de derde plaats kan de overtreder een handhavingsverzoek uitlokken dan wel een handhavingsbesluit afwachten. Ook deze situatie doet zich in casu niet voor.

23. Een handhavingsverzoek kan worden uitgelokt door een overtreding van een wettelijk voorschrift te begaan. In de onderhavige kwestie is echter sprake van een bouwkundige situatie die al tientallen jaren lang bestaat. Uitlokken van een handhavingsverzoek door middel van het begaan van een overtreding in de vorm van het bouwen/realiseren van de overkapping is derhalve niet mogelijk.

24. Bovendien kan het uitlokken van een handhavingsverzoek voor verweerders vergaande gevolgen hebben. Zo kan een handhavingsbesluit mogelijk gevolgen in het kader van de Wet Bibob en leiden tot de weigering of intrekking van een beschikking[2], of een vastgoedtransactie. Voor de [redacted] zouden de consequenties hiervan niet te overzien zijn, aangezien hij direct, dan wel indirect (via aan hem gelieerde vennootschappen) werkzaam is in het Vastgoed, onder andere in Amsterdam. Aldus beschouwd kwalificeert in casu het uitlokken van een handhavingsverzoek als een onredelijk bezwarende weg.

25. Van verweerders kan voorts niet worden verlangd dat zij een handhavingsbesluit behoeven af te wachten. De gemeente heeft immers niet aan het niet handhavend optreden van B&W tegen de overkapping van de lichthof een concrete termijn verbonden dan wel anderszins een termijn genoemd. Bovendien hebben verweerders juist alle belang om geen handhavingsbesluit af te wachten, maar door middel van deze civiele procedure duidelijkheid te verkrijgen, aangezien het voornemen bestaat om het appartementsrecht Herengracht 171-A te verkopen.

---

[2] ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3717, r.o. 10.1.

26. Bovendien gaat de gemeente er aan voorbij dat door verweerders tot drie keer aan toe is aangegeven dat een aanschrijving slechts kan worden gericht aan de VvE, en niet aan verweerders. Verwezen wordt naar de e-mails van respectievelijk 10 maart 2019, 9 december 2019 en de brief van 19 maart 2020[3]. De gemeente heeft tot op heden met dit standpunt van verweerders niets gedaan, anders dan te verkondigen dat uit nader onderzoek zal moeten volgen wie als overtreder kan worden aangemerkt.

27. Hoewel de gemeente, naar aanleiding van de verschillende verzoeken van verweerders om intrekking van de brief van 5 maart 2019, onder de gelijktijdige mededeling van verweerders aan de gemeente (althans het college van B&W) dat slechts de VvE in het kader van handhaving kan worden aangeschreven, alsmede naar aanleiding van de op 30 april 2020 toegezonden concept dagvaarding[4], waarbij van de zijde van verweerders bewust is gekozen voor een langere dagvaarding termijn om de gemeente voor aanbrenging van de dagvaarding in beweging te krijgen, alsnog kunnen besluiten om tot handhaving over te gaan. Op grond van vaste jurisprudentie van de Afdeling rust op verweerder (althans het college van B&W) een beginselplicht tot handhaving[5], hetgeen door de gemeente onder randnummer 3.1 van de incidentele conclusie ook wordt erkend. De gemeente heeft dit echter nagelaten.

28. Verweerders kunnen zich niet aan de indruk onttrekken dat de intrekking van het handhavingsverzoek van [redacted] d.d. 18 oktober 2018[6], welk handhavingsverzoek op instigatie van de gemeente is ingediend, ook weer op instigatie van de gemeente is ingetrokken. Het ontbreken van een handhavingsverzoek, voor zover dit in het kader van bovengenoemde beginselplicht tot handhaving al relevant zou zijn, kan onder de hiervoor genoemde omstandigheden niet voor rekening en risico van verweerders komen.

29. Door de gemeente is onder randnummer 3.1 van de incidentele conclusie nog de mogelijkheid geopperd om verweerders een handhavingsverzoek tegen zichzelf in te dienen. Anders dan de gemeente het doet voorkomen, volgt het alternatief van het indienen van een handhavingsverzoek jegens zichzelf niet uit de voornoemde uitspraak van ABRvS van 24 april 2019. De Afdeling oordeelt niet dat betrokkene zelf een verzoek om handhaving moet indienen. De Afdeling oordeelt dat een besluit omtrent handhaving door betrokkene dient te worden uitgelokt of afgewacht. Bovendien behoeft het geen nader betoog dat het indienen van een handhavingsverzoek, gericht tegen jezelf, als een onredelijk bezwarende weg moet worden aangemerkt.

30. Kort en goed, er staat voor verweerders geen met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open, terwijl de gemeente - indien zij de onderhavige kwestie had willen laten toetsen door de bestuursrechter – deze rechtsgang wel eenvoudig had kunnen creëren. Dat de gemeente zich hier heel wel bewust van is, moge

---

[3] Zie producties 10, 11 en 13 bij dagvaarding.
[4] Zie productie 15 bij dagvaarding.
[5] o.a. ECLI:NL:RVS:2019:475 en ECLI:NL:RVS:2019:1752.
[6] Zie productie 8 bij dagvaarding.

volgen uit een email van de Huisadvocaat van de gemeente Amsterdam van 29 mei 2020 (**productie 18**), waarin het volgende wordt gesteld:

> *'Het liefst zou ik tegen de civiele rechter zeggen: de stichting is niet-ontvankelijk, want het betreft een bestuursrechtelijke aangelegenheid waar een bestuursrechtelijke rechtsgang voor open staat. Maar die staat niet open omdat er (nog) geen besluit is genomen.*
>
> *Met andere woorden: hoe komen we aan een appellabel besluit? Door het nemen van een handhavingsbesluit? Dat moet dan wel voor 24 juni a.s., anders gaat de civiele procedure gewoon door (…).'* (onderstreping advocaat).

31. Door zelf gedurende een periode van meer dan een jaar geen handhavingsbesluit te nemen, heeft de gemeente zelf de situatie gecreëerd waarin verweerders geen andere keuze is gelaten dan via de onderhavige procedure bij uw rechtbank geen handhavingsbesluit te nemen. Hoewel dit wellicht niet een - voor de gemeente - wenselijke weg is, is dit wel de weg welke het gevolg is van de uitspraak van de Afdeling van 24 april 2019[7].

32. Het argument van de gemeente dat eventuele derde-belanghebbenden, anders dan in het bestuursrecht, in de onderhavige civiele procedure geen zelfstandige procespositie hebben, maakt dit niet anders. De - onderliggende – rechtsvraag is immers of de overkapping van de lichthof vergund is/legaal is. Indien daartoe moet worden geconcludeerd, is er überhaupt geen ruimte voor de belangen van eventuele derden. Indien uw rechtbank zou oordelen dat de overkapping van de lichthof niet vergund/illegaal is, zullen de belangen van eventuele derden in het navolgende handhavingstraject alsnog kunnen worden meegenomen

➢ *Gemeente gehouden tot vergoeding van de door verweerders gemaakte kosten*

33. Voor zover Uw Rechtbank van oordeel zou zijn dat de vordering van de gemeente in het incident moet worden toegewezen, zijn verweerders van oordeel dat de gemeente tot veroordeling van de door verweerders gemaakte proceskosten, althans dienen de door de gemeente gevraagde proceskostenveroordeling te worden afgewezen. Het is immers de gemeente geweest die door haar handelen/nalaten een situatie heeft doen ontstaan waarbij verweerders geen andere keuze is gelaten dan de onderhavige procedure te starten

Bewijsaanbod

34. Verweerders bieden – doch slechts voor zover op grond van art. 150 Rv de bewijslast op haar zou rusten – desgewenst (aanvullend) bewijs aan van haar stellingen in deze conclusie van antwoord.

---

[7] Zie ook de noot van L.J.A. Damen onder de uitspraak van de Afdeling, gepubliceerd in AB 2019/286.

Met conclusie:

Dat het de Rechtbank Amsterdam behage bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad;

De vorderingen van gedaagde in de hoofdzaak, eiseres in incident, af te wijzen als zijnde ongegrond, met een veroordeling in de kosten van deze procedure een salaris advocaat daarin begrepen.

- advocaat -

[redacted]

PRODUCTIEOVERZICHT

Productie 17	Beschikking kantonrechter Amsterdamd.d. 5 december 2018
Productie 18	E-mail van huisadvocaat aan gemeente d.d. 29 mei 2020.

PRODUCTIE 17

VERWEERDER

beschikking

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer: 6793949 EA VERZ 18-267 en 7018681 EA VERZ 18-543
beschikking van: 5 december 2018
func.: 17243

beschikking van de kantonrechter

I n z a k e

1. [redacted]
2. [redacted]
beiden wonende te Amsterdam
verzoekers
nader te noemen: [redacted]
gemachtigde [redacted]

t e g e n

de vereniging Vereniging van Eigenaars Herengracht 171
gevestigd te Amsterdam
verweerster
nader te noemen: de VvE
gemachtigde: [redacted]

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Op 4 april 2018 hebben [redacted] een verzoek ingediend als bedoeld in artikel 5:130 BW tot vernietiging dan wel nietigverklaring van het besluit van de VvE Herengracht van 8 maart 2018 en tot schorsing van dat besluit (zaak met nummer 6793949 EA VERZ 18-267). Op 21 juni 2018 hebben zij eenzelfde verzoek ingediend tegen een besluit van de VvE Herengracht van 25 mei 2018 (zaak met nummer 7018681 EA VERZ 18-543).

Op 2 juli 2018 is namens de VvE Herengracht een verweerschrift ingediend in de eerste zaak.

Het eerste verzoek is behandeld op de zitting van 10 juli 2018. Namens de VvE is verschenen [redacted] voorzitter van de VvE. [redacted] zijn verschenen, vergezeld door hun gemachtigde. Verder zijn aanwezig [redacted] Voorafgaand aan de zitting hebben [redacted] aanvullende producties in het geding gebracht.

De kantonrechter heeft besloten de verzoeken in beide zaken verder gelijktijdig te behandelen, waarbij [redacted] in de gelegenheid zijn gesteld aanvullend een eerst ter zitting beschikbaar stuk in het geding te brengen alsmede de pleitnotities, zodat de VvE

Herengracht daarop kon reageren en tegelijkertijd een verweerschrift in de tweede zaak kon indienen.

Op 24 juli 2018 hebben [redacted] een akte na comparitie ingediend en op 31 juli 2018 aanvullende stukken in het geding gebracht.

Op 21 september 2018 heeft de VvE daarop gereageerd en het verweerschrift in de tweede zaak ingediend, met producties.

[redacted] zijn in de gelegenheid gesteld op de producties te reageren en hebben bij de op 25 oktober 2018 ingediende akte nieuwe producties overgelegd, waarop de VvE op 13 november 2018 heeft gereageerd, onder overlegging van stukken.

De kantonrechter heeft hierin aanleiding gezien tot voortzetting van de mondelinge behandeling in beide zaken op 21 november 2018. Partijen zijn daarvoor uitgenodigd en daarbij is verzocht de door hen ingeschakelde deskundigen mee te nemen naar de zitting.

De VvE heeft voorafgaand aan de zitting nog een stuk in het geding gebracht.

Ter zitting van 21 november 2018 heeft de voortgezette mondelinge behandeling plaatsgevonden. Daarbij zijn dezelfde partijen/personen verschenen als op 10 juli 2018, met uitzondering van [redacted]. Verder zijn ter zitting aan de zijde van de VvE verschenen en gehoord [redacted] constructeur bij Duyts Constructies en [redacted], geotechnisch adviseur bij Allnamics Geotechnical Experts B.V. Aan de zijde van [redacted] zijn verschenen en gehoord [redacted], senior consultant Funderingsonderzoek bij Fugro NL Land B.V. en [redacted] bouwkundige bij Van der Maas Vastgoed B.V.

Beschikking is bepaald op heden.

GRONDEN VAN DE BESLISSING

Uitgangspunten

1. Uitgegaan wordt van het volgende.

   1.1. [redacted] zijn lid van de VvE Herengracht 171 te Amsterdam (hierna: de VvE). Het administratief beheer is ondergebracht bij Velzel VvE Diensten B.V. (hierna: Velzel).

   1.2. Van toepassing is (de akte tot wijziging van) de splitsingsakte van 20 augustus 1997 en het daarbij gewijzigde Splitsingsreglement.

   1.3. Het pand, Herengracht 171, is een rijksmonument en bestaat uit vijf verdiepingen (souterrain, eerste verdieping, tweede verdieping, derde verdieping en een zolderverdieping). Het pand bestaat uit woningen, gelegen in het souterrain tot en met de derde verdieping en bergingen, gelegen in het souterrain. Het pand is onderverdeeld in appartementsrechten.

   1.4. [redacted] zijn eigenaar van het appartementsrecht met indexnummer 8 (de tweede verdieping; Herengracht 171C) en kunnen 16 stemmen uitbrengen. Stichting Monument Herengracht 171, vertegenwoordigd door [redacted] is eigenaar van de appartementsrechten met index 2 t/m 5, 7 en 10 (souterrain, begane grond en eerste verdieping) en kan 51 stemmen uitbrengen.

De betreffende verdiepingen zijn in gebruik als woonhuis (Herengracht 171A en B). [redacted] is eigenaar en bewoner van het appartementsrecht met index nummer 9 (derde verdieping en zolderverdieping; Herengracht 171[redacted]) en kan 33 stemmen uitbrengen.

1.5. [redacted] beschikken over 150/1000e aandeel in de gemeenschap en behoren conform dit aandeel bij te dragen in de schulden en lasten in de gemeenschap.

1.6. Op 9 februari 2018 heeft Duyts Bouwconstructies BV te Amsterdam (hierna: Duyts) een offerte uitgebracht voor het maken van een rapport over de kwaliteit van de bestaande fundering, indien gewenst te gebruiken voor een splitsing in appartementsrechten van het project Herengracht 171A te Amsterdam. De offerte is gericht aan [redacted], de architect van [redacted]

1.7. Op de Algemene Ledenvergadering (hierna: ALV) van 8 maart 2018 heeft de VvE het volgende besluit genomen:

*" 7. **Algemeen onderhoud***

** Fundering: scheuren trappenhuis achterzijde.*

Het pand Herengracht 175 heeft de fundering vervangen. Er zijn een aantal scheuren ontstaan in het trappenhuis en de deuren en ramen klemmen aan de voorkant.

Er zijn een aantal opties om de fundering te controleren:

1) Plaatsen meetbouten: deze methode kost minstens één jaar;

2) Het openhakken van de vloer in het souterrain: dit is kostbaar en zorgt voor een hoop schade in het appartement van de heer [redacted]

3) Via de stoep: de natuursteen plaat eruit (is aan vervanging toe) en via het fietsenhok naar de fundering toe graven.

[redacted] heeft een offerte aangevraagd bij Duyts Bouwconstructies d.d. 09-02-2018 om te laten onderzoeken hoe het met de fundering is gesteld, dit is optie 3. De offerte is doorgemaild naar de andere eigenaren. Bij volmacht laat de h[redacted] weten niet akkoord te gaan met deze offerte, maar de voorkeur te geven aan een bouwkundig onderzoek zoals voorgesteld door Velzel VvE Diensten.

[redacted] meldt dat de fiscale monumentenaftrek hoogstwaarschijnlijk zal worden afgeschaft per 01-01-2019 en indien de fundering wel hersteld dient te worden, deze werkzaamheden dit jaar uit te voeren om van de volledige fiscale aftrek van uitgaven voor monumentenpanden gebruik te maken. [redacted] gaat akkoord met het voorstel van [redacted] geeft aan, als het nodig zou zijn om de fundering te laten herstellen, het souterrain te willen uitdiepen. Deze kosten zijn voor rekening van [redacted]

De vergadering besluit om de offerte van Duyts Bouwconstructies te financieren door middel van een eenmalige eigen bijdrage van totaal € 10.000,00".

1.8. Op 28 maart 2018 heeft Duyts het pand visueel geïnspecteerd, op 10 april 2018 zijn scheefstandmetingen uitgevoerd en op 23 april 2018 is rapport uitgebracht over de resultaten daarvan door ir. [redacted] van Duyts. Kort samengevat concludeert hij dat er sterke aanwijzingen zijn voor een gebrek in de fundering en adviseert hij om tot herstel over te gaan. Een offerte terzake de daartoe door Duyts te verrichten werkzaamheden is op 16 mei 2018 uitgebracht aan [redacted]

1.9. Op 25 mei 2018 heeft de ALV – kort samengevat – vervolgens besloten in te stemmen met de offerte van Duyts van 16 mei 2018 van € 4.800,00 voor de voorbereidende werkzaamheden voor het funderingsherstel en deze een omgevingsvergunning aan te laten vragen bij de Gemeente Amsterdam en

overleg te laten voeren met de gemeente. [redacted] die namens [redacted] bij de ALV aanwezig was, heeft namens hen tegen het voorstel gestemd.

1.10. Op 14 augustus 2018 heeft [redacted] voornoemd (hierna: [redacted]) op verzoek van Mulder c.s. een onderzoek ingesteld naar de scheurtjes in het trappenhuis en daarvan op 3 september 2018 verslag van gedaan.

1.11. Door Duyts is verder onderzoek gedaan naar de fundering en op 6 september 2018 is een inspectieput gegraven tegen de achtergevel van het pand. Van de resultaten van de onderzoeken tot dat moment is op 17 september 2018 een rapport opgesteld, waarin wordt geadviseerd de fundering van de achteruitbouw te herstellen en dan vanwege het mogelijke verzakkingsverschil tussen het herstelde gedeelte en het hoofdpand het gehele pand op één nieuwe fundering te plaatsen.

1.12. Bij e-mail van 21 september 2018 heeft [redacted] voornoemd (hierna: [redacted]) zich aangesloten bij de bevindingen van Duyts.

1.13. Op 2 oktober 2018 heeft [redacted] voornoemd (hierna: [redacted]) op de rapporten van Duyts en Offerberg gereageerd.

1.14. De kosten van het uiteindelijke funderingsherstel worden vooralsnog geraamd op € 200.000,00.

Verzoeken en standpunten van partijen

2. [redacted] verzoeken de besluiten van 8 maart en 25 mei 2018 op grond van artikel 5:130 juncto 2:14 en 2:15 van het Burgerlijk Wetboek (BW) nietig te verklaren dan wel te vernietigen en de besluiten op grond van artikel 5:130 lid 4 BW te schorsen totdat op het onderhavige verzoek onherroepelijk is beslist met veroordeling van de VvE in de kosten.

3. Daarvoor is - zeer kort samengevat en zakelijk weergegeven - aangevoerd dat het onredelijk is om direct te besluiten tot een kostbaar funderingsonderzoek. De VvE had voor het nemen van het eerste besluit eerst een onderzoek moeten laten instellen naar de scheuren in het trappenhuis en de mogelijke oorzaken daarvan, zoals ook was voorgenomen. Bij reële twijfel over de gesteldheid van de fundatie hadden bovendien meetbouten in de gevel kunnen worden geplaatst waardoor een eventuele verzakking gedurende een aantal jaren gevolgd kan worden, waarna indien nodig alsnog maatregelen genomen kunnen worden. De beide besluiten zijn zonder een deugdelijke grondslag genomen. [redacted] hebben sterk de indruk dat het funderingsonderzoek door [redacted] wordt aangegrepen om zijn souterrain uit te diepen.

4. De VvE voert uitgebreid verweer waarop hierna verder zal worden ingegaan. In grote lijnen komt het er op neer dat de VvE stelt dat zij in redelijkheid bij afweging van ieders belangen tot de beide besluiten heeft kunnen komen en dat deze besluiten niet genomen zijn ten behoeve van het uitdiepen van het souterrain. Op grond van artikel 15 van de splitsingsakte draagt zij de zorg voor het onderhoud van de gemeenschappelijke gedeelten en de gemeenschappelijke zaken, zoals de fundering. De scheuren in het trappenhuis en de achtergevel en klemmende deuren en ramen vormen een belangrijke aanwijzing dat er sprake is van een verzakking van het pand en van een gebrek in de fundering. Dit is inmiddels bevestigd door de rapportages van Duyts en Offerberg. Er zijn geen deugdelijke alternatieven voor het funderingsonderzoek. Vanwege enerzijds de duur van het onderzoek met meetbouten (tenminste één jaar) en anderzijds de te verwachten afschaffing van de fiscale aftrek van uitgaven voor monumentenpanden voor eind 2018 met het risico dat de gebreken in het pand in de tussentijd zouden

verergeren, is gekozen voor de weg van het funderingsonderzoek (eerste besluit) en verder onderzoek naar de fundering in combinatie met het aanvragen van de vergunningen.

5. De VvE verzoekt [redacted]. wegens misbruik van recht te veroordelen in de daadwerkelijke proceskosten, waaronder de advocaatkosten. Van hen is niets vernomen totdat zij op 25 april 2018 beroep instelden en zij zijn niet bereid geweest de procedures te stoppen, terwijl de oorzaak van het funderingsonderzoek evident is. Tot de zitting van 21 november 2018 bedragen die kosten € 22.237,04.

6. [redacted] betwisten dat sprake is van misbruik van recht.

Beoordeling

7. De kantonrechter zal waar nodig ingaan op de stellingen en verweren van partijen, maar merkt daarbij op dat niet ingegaan zal worden op alle ruziepunten met betrekking tot het omgaan van partijen met elkaar en de onderbouwing daarvan, tenzij het voor de beoordeling relevant is. In de loop van het geding is verder namens partijen met enige regelmaat verzocht om bepaalde stukken buiten beschouwing te laten, omdat deze te laat waren ingediend dan wel omdat daarmee buiten het verzoek van de kantonrechter was getreden, maar zoals ter zitting al is meegedeeld, ziet de kantonrechter daarvoor geen aanleiding. Partijen hebben inmiddels over en weer op alle stukken kunnen reageren, zodat er geen sprake is van een processueel belang daarbij.

8. Voor zover [redacted] hebben verzocht de besluiten nietig te verklaren overweegt de kantonrechter dat zij terzake deze besluiten geen stellingen hebben aangevoerd, die indien juist, tot nietigheid van de besluiten zouden moeten leiden. Er is niet gesteld dat sprake is van strijd met de wet of de splitsingsakte, maar slechts dat de besluiten in strijd zijn met de redelijkheid en de billijkheid, waarmee naar de kantonrechter begrijpt een beroep gedaan wordt op artikel 2:15 lid 1 onder b BW. Het verzoek om nietigverklaring zal daarom worden afgewezen. Aan de beoordeling of de kantonrechter anders bevoegd zou zijn geweest, hetgeen op grond van samenhang op voorhand niet uitgesloten is, komt de kantonrechter niet toe. Er is dan ook geen aanleiding om [redacted] ten aanzien van het verzoek om nietigverklaring van de besluiten niet-ontvankelijk te verklaren, zoals door de VvE is verzocht.

9. Kern van het geschil is of de besluiten van 8 maart en 25 mei 2018 vernietigbaar zijn, omdat deze in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid die artikel 2:8 BW vereist. Van vernietigbaarheid is sprake als een besluit naar inhoud of totstandkoming strijdig is met de gedragsregel in artikel 2:8 BW. Op grond van dit artikel moeten de VvE en haar leden zich jegens elkaar gedragen als door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Toetsing met betrekking tot de inhoud van de besluiten is de vraag of de VvE bij afweging van de bij het besluit betrokken belangen in redelijkheid en billijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. De zorgvuldigheid vereist dat juist indien sprake is van een absolute meerderheidsstem, daarbij de belangen van alle eigenaren, ook die van de minderheid worden betrokken.

10. De kantonrechter stelt voorop dat er in deze zaak voldoende aanknopingspunten zijn om te oordelen, dat degene die de meerderheid van stemmen in de VvE heeft, een zelfstandig eigen belang als appartementseigenaar heeft bij de onderhavige besluiten en dat er in dat opzicht sprake is van een belangenverstrengeling. De kantonrechter leidt dit

af uit het feit dat er begin februari 2018 al een offerte is aangevraagd bij Duyts door de architect van De Jager en in de offerte is vermeld dat deze is '*uitgebracht voor het maken van een rapport over de kwaliteit van de bestaande fundering, indien gewenst te gebruiken voor een splitsing in appartementsrechten van het project Herengracht 171 A te Amsterdam*'. Verder blijkt uit de notulen van 8 maart 2018 dat [redacted] indien tot fundering zou worden besloten, van plan was het souterrain uit te laten diepen. Gezien het voornemen tot splitsen, acht de kantonrechter aannemelijk dat die wens ook al een rol gespeeld heeft bij het aanvragen van de offerte en inmiddels is ook gebleken dat daarvoor een vergunning is aangevraagd. Voor het verlenen van de vereiste vergunningen is – naar onweersproken is gebleven – een funderingsonderzoek vereist. Bovendien wordt volgens het beleidskader monumenten voor het uitdiepen van bestaande kelders en souterrains door de gemeente Amsterdam alleen toestemming verleend als onderdeel van funderingsherstel. Deze belangenverstrengeling dwingt tot een hoge mate van zorgvuldigheid bij de besluitvorming inzake die belangen. Dit neemt overigens niet weg dat ook [redacted] heeft ingestemd met het besluit en alleen [redacted] tegen hebben gestemd.

11. De kantonrechter oordeelt dat zowel de wijze waarop de besluiten tot stand zijn gekomen als de inhoud daarvan de toets onder rechtsoverweging 9 niet kan doorstaan. In dat verband is het volgende van belang.

12. Aanleiding om het eerste besluit te nemen was volgens de VvE gelegen in de scheuren in de achtergelegen uitbouw van het pand, waarin het trappenhuis zich bevindt. In het verweerschrift is gesteld dat het klemmen van ramen en deuren eveneens een rol daarbij speelde. [redacted] hebben terecht gesteld dat voorafgaand aan de besluitvorming geen bouwkundig onderzoek naar de scheuren heeft plaatsgevonden, terwijl onweersproken is dat de beheerder, Velzel, wel van plan was dit te doen. Ter zitting is door [redacted] verklaard dat van de zijde van Duyts vóór 28 maart 2018 geen bezichtiging van het pand heeft plaatsgevonden, zodat moet worden geoordeeld dat de offerte is uitgebracht zonder onderzoek van het pand en het eerste besluit ook zonder deugdelijke bouwkundige onderbouwing is genomen. Van der Maas en Heddes hebben achteraf dit onderzoek wel gedaan en omschrijven beiden de scheuren als zeer oppervlakkig. In de rapportage van Duyts wordt geen melding gemaakt van scheuren in het trappenhuis of klemmende ramen en deuren als aanwijzing voor het funderingsherstel, zodat ook uit die rapportage niet kan worden afgeleid dat dit een belangrijke rol heeft gespeeld voor het funderingsonderzoek. De kantonrechter acht het daarom strijdig met de zorgvuldigheid dat de VvE zonder goede reden heeft afgezien van een onderzoek naar de scheuren, zoals [redacted] hadden verzocht. Dit temeer omdat herstel van fundering hoge kosten met zich brengt, terwijl nergens uit blijkt dat er al eerder zorgen waren over de verzakkingen in het pand of dat er al langer plannen waren om onderzoek naar de fundering te gaan doen. Het belang van een snelle besluitvorming in verband met het belastingvoordeel had aan een dergelijk onderzoek ook niet in de weg hoeven staan, terwijl voor een dergelijk kostbare operatie een wat langere voorbereidingstijd niet ongebruikelijk is.

13. Voor de haast die gemaakt is in de besluitvorming en het afzien van het plaatsen van meetbouten gedurende een jaar, zoals door [redacted] was geopperd, heeft de VvE aangevoerd, dat er groot belang was een en ander in 2018 nog te effectueren vanwege het vervallen van het belastingvoordeel aan het einde van het jaar. [redacted] hebben terecht en onderbouwd aangevoerd dat er dan een subsidieregeling voor in de plaats komt. De VvE heeft weliswaar gesteld dat de fiscale aftrek gunstiger zou zijn, maar

heeft daarvan geen concrete berekening overgelegd. Wat daarvan ook is, aannemelijk is dat het financieel nadeel van uitstel kleiner is dan aanvankelijk door de VvE is gesteld. In ieder geval is de kantonrechter van oordeel dat gelet op het voorgaande aan het financieel belang geen doorslaggevende betekenis gehecht mag worden.

14. Wat betreft het besluit opdracht te geven tot de start van de werkzaamheden voor het funderingsherstel en het aanvragen van de vergunningen (het tweede besluit) beroept de VvE zich op het rapport van Duyts van 23 april 2018. Nadien is door Duyts een aanvullend rapport uitgebracht en is daarop gereageerd door anderen. De kantonrechter leidt uit de rapporten het volgende af.

15. Duyts heeft na een visuele inspectie van het pand, na scheefheidsmetingen (lintvoegwaterpassing en vloerwaterpassing en hoogtemetingen), en na een funderingsinspectie (aan de achterzijde) geconcludeerd dat de kwaliteit van de fundering van het achtergebouw als 'onvoldoende (code rood)' moet worden aangemerkt, hetgeen betekent dat de onderlinge zakkingsverschillen zodanig zijn dat funderingsherstel binnen 5 jaar noodzakelijk is. Wat betreft het hoofdpand is geconcludeerd dat de fundering 'matig' tot 'onvoldoende' is, waarbij 'matig' betekent dat binnen 15 jaar onderlinge zakkingsverschillen zijn te verwachten. De conclusies ten aanzien van het hoofdgebouw zijn met name gebaseerd op de gemeten scheefstand (60 mm over 400 jaar), en in het bijzonder de snelheid van de verzakking 20 mm in 9 jaar, althans dit was opgenomen in het rapport dat aan het tweede besluit ten grondslag ligt. Vastgesteld is dat de fundering aan de achterzijde onder het hoofdgebouw (rekenkundig) de belasting van het pand kan dragen.

16. Door Heddes is uitgebreid gereageerd op het rapport van Duyts. Kern van het onderbouwde betoog van Heddes is dat het op zich moeilijk is om het verzakkingsproces over 400 jaar in kaart te brengen, maar dat er geen aanleiding is om aan te nemen dat er in de laatste jaren een versneld verzakkingsproces van het pand plaatsvindt. De conclusie van 20 mm in 9 jaar op basis van informatie van [redacted] dat de vloer van de beletage in 2009 is uitgevlakt, is volgens Heddes onhoudbaar omdat er toen geen nulmeting heeft plaatsgevonden en op de metingen in ieder geval volgens de toepasselijke richtlijnen een ruime marge moet worden aangehouden. Ter zitting heeft hij verder toegelicht dat er geen aanwijsbare reden is waarom er na een vernieuwing van de vloer op de beletage in 2009 opeens een zodanig versnelde verzakking zou optreden als door Duyts is aangenomen. De verzakking van het hoofdpand, zoals die verder is gemeten, is niet ongebruikelijk in de binnenstad. Op basis van de metingen van Duyts, met uitzondering van de snelheid van de verzakking, en zijn kennis over verzakking van de panden in de binnenstad schat Heddes de toestand van de fundering van het hoofdgebouw in tussen 'matig' en redelijk'. Dat is een observatieniveau. Heddes heeft verder kort voor de zitting de scheuren in het trappenhuis aan de achterzijde bekeken en deze zijn oppervlakkig. Het betreft een lichte bouwwerk en de stalen plaat als fundering is niet ongebruikelijk. In ieder geval betekent herstel van enkel de fundering van de achteruitbouw/het trappenhuis niet automatisch dat er schade zal zijn voor het hoofdgebouw, aldus Heddes.

17. De kantonrechter is op grond van de stukken en de mondelinge behandeling niet tot de overtuiging gekomen dat herstel van de fundering in de omvang zoals die thans is voorgenomen, op korte termijn nodig is. Ter zitting hebben alle partijen erkend dat er geen sprake is van een situatie die strijdig is met het Bouwbesluit, terwijl niet

aangetoond is dat de snelheid van de verzakking zodanig is dat ingrijpen op korte termijn nodig is.

18. Hoewel de VvE in het kader van haar beheerstaak een zekere vrijheid óm tot herstel over te gaan niet kan worden ontzegd, zijn de besluiten gebaseerd op het standpunt dat funderingsherstel noodzakelijk is. Dit is naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende komen vast te staan. Het goed observeren van de snelheid van het verzakkingsproces moet naar het oordeel van de kantonrechter vanuit het oogpunt van de funderingskwaliteit vooralsnog afdoende zijn. Dit is ook door [redacted] voorgesteld, maar door de VvE afgewezen. Rekening houdend met de belangenverstrengeling in deze kwestie is de kantonrechter van oordeel, dat de VvE in redelijkheid en billijkheid deze optie niet had kunnen passeren. Er is ook onvoldoende reden om daartoe niet alsnog over te gaan.

19. Al het voorgaande brengt met zich dat de besluiten zullen worden vernietigd. Bij toewijzing van een schorsing van de besluiten als verzocht is dan geen belang meer, althans daarvoor is geen reden aangevoerd.

20. De VvE zal in de proceskosten in beide procedures worden veroordeeld.

BESLISSING

De kantonrechter:

I. vernietigt de besluiten van de VvE van 8 maart en 25 mei 2018;

II. veroordeelt de VvE in de kosten in beide procedures, tot op heden aan de zijde van [redacted] begroot op € 158,00 aan griffierecht en € 1.000,00 aan salaris gemachtigde, voor zover van toepassing inclusief btw;

III. veroordeelt de VvE in de na deze beschikking ontstane kosten, begroot op € 50,00 aan salaris gemachtigde, te verhogen met een bedrag van € 68,00 en de explootkosten van betekening van de beschikking, een en ander voor zover van toepassing inclusief btw, onder de voorwaarde dat de VvE niet binnen veertien dagen na aanschrijving volledig aan deze beschikking heeft voldaan en betekening van de beschikking pas na veertien dagen na aanschrijving heeft plaatsgevonden;

IV. verklaart deze beschikkingen uitvoerbaar bij voorraad.

Aldus gewezen door mr. E.F.A. van Buitenen, kantonrechter, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 5 december 2018 in tegenwoordigheid van de griffier.

[redacted]

DOOR KOPIE CONFORM
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam
Verzonden op:
05 DEC. 2018

[redacted]

PRODUCTIE 18

[redacted]

Van: [redacted]
Verzonden: vrijdag 3 juli 2020 12:51
Aan: [redacted]
Onderwerp: FW: Herengracht 171

Van: [redacted]
Verzonden: vrijdag 29 mei 2020 15:53
Aan: [redacted]
CC: [redacted]
Onderwerp: RE: Herengracht 171

Beste allen,

Eergisteren ontving ik de dagvaarding van Stichting monument Herengracht 171 en [redacted]. Kort gezegd vorderen zij – in een civiele procedure – een bevel dat de gemeente de brief intrekt waarin staat dat de overdekking van de lichthof niet legaal is. Zij stellen dat er schade dreigt omdat het pand minder goed verkoopbaar is als toekomstige handhaving boven het hoofd hangt. Er ligt echter (nog) geen handhavingsbesluit, dus zij kunnen voor rechtsbescherming niet naar de bestuursrechter.

Gisteren sprak ik [redacted] over deze kwestie. Wat [redacted] betreft is het duidelijk een bestuursrechtelijke en niet een civielrechtelijke kwestie. Voor de duidelijkheid: ik ben het met [redacted] eens. Dit is bij uitstek een bestuursrechtelijke kwestie waarvoor de bestuursrechtelijke weg moet worden gevolgd.

Maar daar zit nu juist het probleem.

Vanuit het oogpunt van de Stichting gezien: al vanaf 5 maart 2019 hangt bestuursrechtelijke handhaving boven het hoofd, maar er ligt nog geen besluit. De Stichting wil misschien wel naar de bestuursrechter, maar dat kan niet omdat er (nog) geen appellabel besluit is. Daarom zoekt zij rechtsbescherming bij de civiele rechter omdat het nu enkel nog een feitelijk handelen betreft (en daarvoor kun je naar de civiele rechter).

Het liefst zou ik tegen de civiele rechter zeggen: de stichting is niet-ontvankelijk want het betreft een bestuursrechtelijke aangelegenheid waar een bestuursrechtelijke rechtsgang voor open staat. Maar die staat niet open omdat er (nog) geen besluit is genomen.

Met andere woorden: hoe komen we aan een appellabel besluit? Door het nemen van een handhavingsbesluit? Dat moet dan wel voor 24 juni a.s., anders gaat de civiele procedure gewoon door (want de gemeente is gedagvaard om op 24 juni voor de rechtbank te verschijnen). En volgens mij wil geen van de partijen dat.

@[redacted]: kan het zijn dat de (concept)brief aan [redacted] die je vandaag wilde versturen niet bij de meegestuurde stukken zit?

NB: ik voeg als bijlage de dagvaarding toe. Jullie hebben volgens mij alleen een concept gezien, maar nog zonder de bijlagen waarnaar wordt verwezen. Die bijlagen zijn voor jullie ook relevant: Klik hier.

Graag verneem ik van jullie hoe we dit kunnen oplossen.

Met vriendelijke groet,

[redacted]
Huisadvocaat
Directie Juridische Zaken
Bestuur en Organisatie

Gemeente Amsterdam

T: [redacted]
F: [redacted]
[redacted]

Van: [redacted]