Gemeente Amsterdam

Rechtbank Amsterdam
Afdeling privaatrecht, team handelszaken
Zitting van: 19 augustus 2020
Zaakkenmerk: C/13/685636

INCIDENTELE CONCLUSIE VAN EIS TOT NIET-ONTVANKELIJKHEID EX ARTIKEL 209 Rv

inzake:

de publiekrechtelijke rechtspersoon
DE GEMEENTE AMSTERDAM,
(stadsdeel Centrum)
zetelende te Amsterdam

gedaagde in hoofzaak,
tevens eiseres in incident,

Advocaat: [redacted]
Procesadvocaat: [redacted]

tegen:

de stichting
STICHTING MONUMENT HERENGRACHT 171,
statutair gevestigd te Amsterdam

eiseres in hoofdzaak,
tevens verweerster in incident,

en

[redacted]
wonende te Amsterdam

eiser in hoofdzaak,
tevens verweerder in incident,

advocaat: [redacted]

---

1. Inleiding

1.1 De stichting Stichting Monument Herengracht 171 (hierna: 'de Stichting') en [redacted] J[redacted] (hierna: [redacted]') (gezamenlijk: 'eisers') hebben de gemeente Amsterdam (hierna: 'de gemeente') gedagvaard bij dagvaarding van 27 mei 2020.

1.2 Eisers wensen met deze civiele procedure rechtszekerheid te verkrijgen over de al dan niet rechtmatigheid van de overkapping van de lichthof aan de Herengracht 171 te Amsterdam. Zij stellen daartoe dat de gemeente daarover inhoudelijk een standpunt heeft ingenomen zonder het nemen van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, zodat eisers zich voor rechtsbescherming niet tot de bestuursrechter zouden kunnen wenden. Zij zouden daarom genoodzaakt zijn rechtsbescherming te zoeken bij de civiele rechter als restrechter. Eisers stellen dat zij rechtszekerheid nodig hebben ingeval de Stichting de onroerende zaak waarvan de lichtof deel uitmaakt, zou willen verkopen.

1.3 De gemeente wil op zichzelf aannemen dat eisers een belang hebben bij het verkrijgen van rechtszekerheid over de rechtmatigheid van de overkapping van de lichthof, maar eisers gaan er met het starten van deze civiele procedure aan voorbij dat er wel degelijk een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat. Eisers hebben ten onrechte verzuimd hiervan gebruik te maken.

1.4 Omdat het voorgaande aan een inhoudelijk oordeel in de weg staat, vordert de gemeente in dit incident dat eisers in deze civiele procedure niet-ontvankelijk worden verklaard, zodat zij de gewenste rechtszekerheid kunnen vragen bij de rechter die kennis hoort te nemen van geschillen als deze: de bestuursrechter. De gemeente licht dit in het navolgende toe.

2 Feiten en omstandigheden

2.1 De Stichting is eigenaar van het appartementsrecht dat recht geeft op het uitsluitende gebruik van het souterrain en de begane grond Herengracht 171-A waarvan een overdekte lichthof deel uitmaakt (productie 1 bij dagvaarding). De Jager is bewoner van dat adres.

2.2 Op 18 oktober 2018 wordt een handhavingsverzoek bij de gemeente ingediend om op te treden tegen de overdekking van de lichthof aan de Herengracht 171. De betreffende verzoeker stelde daartoe dat de overkapping niet legaal zou zijn omdat deze zonder de vereiste bouw-/omgevingsvergunning zou zijn gerealiseerd (productie 8 bij dagvaarding).

2.3 Naar aanleiding van het handhavingsverzoek komt bouwinspecteur [redacted] op 4 februari 2019 ter plaatse onderzoek doen. Naar aanleiding van zijn bevindingen en onderzoek in de bouwarchieven, stuurt de gemeente op 5 maart 2019 een brief waarin zij aangeeft dat de

overdekking van de lichthof – op basis van het tot dan toe gedane onderzoek – niet vergund en dus niet legaal is (productie 9 bij dagvaarding). Maar omdat het handhavingsverzoek inmiddels is ingetrokken, wordt niet tot handhaving overgegaan. De brief vermeldt verder dat bij verkoop de opvolgende koper erop gewezen moet worden dat sprake is van een illegale situatie en dat bij een nieuw handhavingsverzoek mogelijk gehandhaafd zal worden indien de huidige situatie niet wordt gelegaliseerd (door alsnog een vergunning aan te vragen) of de overtreding ongedaan wordt gemaakt (door de overkapping te verwijderen).

2.4 Eisers stellen dat zij van mening zijn dat de lichthof wel legaal is en willen daarover rechtszekerheid. De dreiging van mogelijke handhaving is nadelig bij eventuele verkoop van het appartement door de Stichting, aldus eisers (zie randnummer 9 dagvaarding).

2.5 De gemeente heeft verschillende malen aangegeven op welke manieren eisers desgewenst alsnog rechtszekerheid kunnen verkrijgen. Maar in plaats van dat zij zelf actie ondernemen door de overtreding weg te nemen of een aanvraag tot legalisering te doen, blijven zij wachten op een besluit van de gemeente.

2.6 Omdat de gemeente geen (handhavings)besluit heeft kunnen nemen op het ingediende handhavingsverzoek van een derde (het verzoek werd immers door de derde ingetrokken), hebben eisers onderhavige civiele procedure aanhangig gemaakt. Zij zijn van mening dat voornoemde brief van 5 maart 2019 onzorgvuldig tot stand is gekomen en daarom onrechtmatig is (en moet worden ingetrokken). Eisers willen een inhoudelijk oordeel van de civiele rechter omdat een bestuursrechtelijke rechtsgang niet open staat vanwege het ontbreken van een besluit. In de dagvaarding staat:

> *''Nu B&W te kennen heeft gegeven vooralsnog van handhaving af te zien, is er voor eisers geen mogelijkheid om een daartoe strekkend besluit van B&W langs bestuursrechtelijke weg te laten toetsen.* (...) *Derhalve kwalificeert de (totstandkoming van de) brief van 5 maart 2019 als feitelijk handelen, welk handelen ter toetsing aan de civiele rechter kan worden voorgelegd.''* (randnummer 18 dagvaarding)

2.7 De gemeente bestrijdt echter dat er geen bestuursrechtelijke weg open zou staan om de bestaande situatie langs de bestuursrechtelijke weg te laten toetsen. In het navolgende zal worden uiteengezet dat er meerdere mogelijkheden bestaan die in de praktijk ook gewoon gebruikt worden om in vergelijkbare situaties tot een appellabel besluit te komen.

3 Bestuursrechtelijke rechtsbescherming

3.1 Vooropgesteld: de brief van 5 maart 2019 waarin de gemeente een standpunt inneemt, kwalificeert zelf inderdaad niet als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Maar anders dan eisers beweren (zie randnr. 2.6), neemt dat niet weg dat er wel degelijk manieren zijn om het inhoudelijke standpunt van de gemeente met betrekking tot de (on)rechtmatigheid van de overdekking van de lichthof over de band van het bestuursrecht ter discussie te stellen. Eisers kunnen in de eerste plaats een omgevingsvergunning aanvragen voor de overdekking van de lichthof. Maar eisers kunnen ook zelf een handhavingsverzoek indienen (tegen de eigen overtreding). Het vragen om op te treden tegen een bestaande situatie die op jezelf betrekking heeft, kan op het eerste gezicht wat tegenstrijdig en/of ongebruikelijk overkomen. Dat is het echter zeker niet. Als de stelling van eisers dat de overkapping in het verleden legaal is opgericht juist is, dan kunnen eisers dat in die bestuursrechtelijke handhavingsprocedure aan de orde stellen. En als eisers daarin gelijk krijgen, zal van handhaving worden afgezien. Als de gemeente dat standpunt niet zou delen, dan zal dat in beginsel tot een handhavingsbesluit moeten leiden, aangezien tegen overtredingen van regels in beginsel optreden moet worden. De uitkomst van die procedure is dus geheel afhankelijk van de juistheid van de stellingen die eisers in de onderhavige procedure innemen. En de uitkomst leidt in beide gevallen tot een besluit dat vatbaar is voor bezwaar en beroep.

3.2 Dit is bovendien een gangbare wijze om de rechtszekerheid te krijgen die partijen verlangen ingeval een bestuursorgaan (nog) geen besluit neemt.

3.3 De ABRvS oordeelt in zijn uitspraak van 24 april 2019 over verglijkbare gevallen, waarin het bestuursorgaan een gedoogbeslissing neemt (niet zijnde een besluit) terwijl de betrokkene rechtszekerheid wenst, als volgt:

> '*De informatie die het bestuursorgaan geeft, kan inhouden dat de (voorgenomen) handeling in strijd is met de wet of met andere regelgeving. Een dergelijk bestuurlijk rechtsoordeel over de uitleg of de gevolgen van rechtsregels is ook geen besluit (vergelijk overweging 11). Slechts in uitzonderlijke situaties wordt een bestuurlijk rechtsoordeel omwille van de rechtsbescherming met een besluit gelijkgesteld. De algemene lijn in de jurisprudentie is dat het indienen van een verzoek om een vergunning of het afwachten van een besluit omtrent handhaving niet als een onevenredig bezwarende weg kan worden aangemerkt om een voor beroep bij de bestuursrechter vatbaar besluit te krijgen.*
>
> *De informatie die het bestuursorgaan geeft, kan ook inhouden dat volgens het bestuursorgaan sprake is van een overtreding, maar dat het bestuursorgaan (vooralsnog) niet tot handhaving zal overgaan zolang de betrokkene zich aan bepaalde voorwaarden houdt of anderszins bepaalde voorwaarden niet zijn vervuld. Indien die betrokkene vindt dat een dergelijke mededeling te weinig zekerheid biedt,*

<u>of indien hij het niet eens is met het standpunt van het bestuursorgaan dat in strijd met de wet of met 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</u>. Tegen de weigering van een vergunning of het besluit om tot handhaving over te gaan kan de (vermeende) overtreder bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden. Andersom kan ook een derde tegen de verlening van een vergunning of de afwijzing van een aanvraag om tot handhaving over te gaan of een genomen sanctiebesluit dat volgens die derde niet ver genoeg gaat, bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden.''[1] (onderstreping advocaat)

3.4 Kortom, in de gevallen waarin het bestuursorgaan wel een inhoudelijk standpunt inneemt maar geen besluit neemt en de betrokkene het hiermee niet eens is of vindt dat het niet voldoende rechtszekerheid biedt, staat er een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open. Verder wordt door de Afdeling expliciet overwogen dat dit in de regel niet wordt gezien als een onevenredige bezwarende weg om een voor beroep vatbaar besluit te krijgen.

3.5 Het behoeft verder geen betoog dat het in onderhavige zaak op de weg van eisers had gelegen om de route te bewandelen die daarvoor is bestemd, namelijk de bestuursrechtelijke.

4 Niet-ontvankelijkheid

4.1 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat er tegen het inhoudelijke standpunt van de gemeente een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstaat, waarmee het door eisers gewenste doel kan worden bereikt, namelijk: (bestuursrechtelijke) toetsing van het inhoudelijke standpunt van de gemeente. Dat betekent dat eisers in hun (civielrechtelijke) vorderingen niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.[2]

4.2 De gemeente merkt op dat – indien eisers in een situatie als deze wel in hun vorderingen worden ontvangen – dit de ruimte laat om in elk geval waarin het bestuursorgaan zonder besluit een standpunt inneemt of anderszins rechtszekerheid is gewenst, de civiele rechter kan worden aangeroepen. Allerlei bestuursrechtelijke aangelegenheden komen dan op het bord van de civiele rechter, terwijl de gang naar de bestuursrechter open staat (en van de betrokkene kan worden gevergd deze route te volgen). Dat betekent voorts dat dezelfde kwestie mogelijk twee maal aan de rechter wordt voorgelegd: het is immers niet

[1] ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356, r.o. 16.
[2] zie o.a. HR 12 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC2772, *NJ* 1987/381, m.nt. M. Scheltema en HR 17 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:DB3135, *NJ* 2009/91, m.nt. M.R. Mok.

ondenkbaar dat dezelfde kwestie na een civiele procedure alsnog onderwerp wordt van een bestuursrechtelijke procedure. Bovendien biedt de bestuursrechtelijke weg – anders dan de onderhavige civiele weg – ruimte voor deelname van andere belanghebbenden. Immers valt niet uit te sluiten dat anderen dan eisers ook (derde-)belanghebbend zijn bij het te nemen ruimtelijke besluit. Te denken valt aan diverse belangenorganisaties die zich het lot van gemeentelijk en/of Rijksmonumenten aantrekken, andere bewoners van het pand, omwonenden, etc. Zij hebben in het bestuursrecht als derdebelanghebbenden een zelfstandige procespositie, waar zij dat in deze civiele procedure niet hebben.

5 Bewijsaanbod in het incident

5.1 De gemeente biedt, overigens zonder onverplicht enige bewijslast op zich te nemen, bewijs aan van al haar stellingen met alle middelen rechtens. In het kader van deze incidentele vordering biedt de gemeente voor zover nodig bewijs aan van de stelling dat er andere, met voldoende waarborgen omklede publiekrechtelijke mogelijkheden bestaan om de rechtmatigheid van de overkapping te beoordelen.

MITSDIEN

Het uw Rechtbank moge behagen om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

I. Eisers niet-ontvankelijk te verklaren;

II. Eisers te veroordelen in de proceskosten alsmede de nakosten, te betalen binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis, en – voor het geval voldoening van deze kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over voornoemde bedragen vanaf bedoelde termijn voor voldoening alsmede te vermeerderen met de alsdan te maken nakosten om alsnog betaling van hetgeen is toegewezen te verkrijgen.

Advocaat,

Deze zaak wordt behandeld door:
Gemeente Amsterdam, Directie Juridische Zaken
[redacted]
Postbus 202
1000 AE Amsterdam
[redacted]
[redacted]

E-mail: [redacted]