8.

DAGVAARDING

Heden, de tweeduizendentwintig, op verzoek van:

1. de stichting **STICHTING MONUMENT HERENGRACHT 171 TE AMSTERDAM**, statutair gevestigd te (1016 BE) Amsterdam aan de Herengracht 171;
2. [redacted], wonende te ([redacted]) Amsterdam, aan de Herengracht 171[redacted]

te dezer zake beiden domicilie kiezende te (1075 HM) Amsterdam, aan de De Lairessestraat 180 ten kantore van Labré advocaten, van welk kantoor [redacted], door mijn rekwirante tot advocaat wordt gesteld en als zodanig zal optreden;

heb ik,

GEDAGVAARD:

de publiekrechtelijke rechtspersoon **gemeente Amsterdam**, zetelende aan de Amstel 1 te (1011 PN) Amsterdam , aldaar aan dat adres mijn exploot doende, sprekende met en afschrift dezes, alsmede van de in het lichaam van deze dagvaarding genoemde producties, latende aan:

OM:

op **woensdag** tweeduizendentwintig, des voormiddags te 10.00 uur, niet in persoon, doch vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen ter terechtzitting van de rechtbank te Amsterdam, welke zitting alsdan aldaar zal worden gehouden in het gerechtsgebouw aan de Parnassusweg 220 te Amsterdam;

MET AANZEGGING DAT

a. indien gedaagde verzuimt advocaat te stellen of het hierna te noemen griffierecht niet tijdig betaalt, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen gedaagde zal verlenen en de hierna omschreven vordering zal toewijzen, tenzij deze hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt;

b. bij verschijning in het geding van gedaagde een griffierecht zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;

c. de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website: www.kbvg.nl/griffierechtentabel;

d. van een persoon die onvermogend is een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenden wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:

   1e een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel

   2e een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand , bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet;

TENEINDE:

alsdan namens mijn rekwiranten als eisers te horen eis doen op de volgende gronden:

Feiten

1. Bij akte van 24 juni 1994 heeft eiseres sub 1, hierna ook te noemen; "de Stichting", de eigendom verkregen van de onroerende zaak, staande en gelegen aan de Herengracht 171 te Amsterdam. Na daartoe op 23 mei 1997 een vergunning van het college van B&W (hierna ook te noemen: B&W) te hebben verkregen, is voornoemde onroerende zaak bij akte van 20 augustus 1997 gesplitst in verschillende appartementsrechten (**productie 1**). Het appartementsrecht, recht gevende op het uitsluitende gebruik van het souterrain en de begane grond (Herengracht 171-A) is in eigendom van de Stichting (**productie 2**), en wordt bewoond door eiser sub 2, hierna ook te noemen: [redacted] (die tot 1 november 2019 bestuurder geweest van de Stichting). De Vereniging van Eigenaars is de "Vereniging van Eigenaars Herengracht 171 te Amsterdam", hierna ook te noemen: de VvE (**productie 3**).

2. Net als veel andere in de binnenstad van Amsterdam gelegen historische panden, bevindt zich in het pand Herengracht 171 een zogenaamde lichthof. En net als veel andere lichthoven, is ook de in het pand Herengracht 171 aanwezige lichthof – op enig moment - voorzien van een overkapping. De aldus gecreëerde ruimte op de begane grond behoort tot het appartementsrecht Herengracht 171[redacted] De toegang tot voornoemd appartementsrecht wordt gevormd door een deur welke direct toegang geeft tot de in de lichthof aanwezige woonkamer, en via deze woonkamer tot de rest van de woning (**productie 4**).

3. Ten tijde van de verkrijging van de eigendom door de Stichting, was de lichthof reeds voorzien van een overkapping (en de aldus gecreëerde ruimte in gebruik bij de begane grond). Dit volgt ook uit de tekeningen welke onderdeel uitmaken van de op 23 mei 1997 verleende splitsingsvergunning (**productie 5**). Overigens volgt ook uit tekeningen welke behoren tot een door B&W op 26 januari 1978 afgegeven bouwvergunning voor bouwwerkzaamheden aan het pand Herengracht 171 dat op dat moment reeds de lichthof was voorzien van een overkapping (**productie 6**). Ook de [redacted] voormalig directeur en eigenaar van het – niet meer bestaande – aannemingsbedrijf Haba aannemingsbedrijf B.V. heeft uit eigen waarneming verklaard dat vanaf de eerste keer dat hij in 1994 in het pand aanwezig was, een lichthof voorzien van een overkapping, heeft waargenomen (**productie 7**). Aldus moet worden geconcludeerd dat de lichthof feitelijk al tientallen jaren is voorzien van een overkapping.

4. In de loop van 2018 is tussen de eigenaren van het appartemensrecht Herengracht 171[redacted], hierna ook te noemen: [redacted], en de overige eigenaren binnen de VvE, discussie ontstaan over onder andere de noodzaak tot funderingsherstel. Deze discussie heeft geleid tot verschillende door Mulder c.s. geëntameerde civielrechtelijke procedures (waarvan er thans nog één loopt).

5. Voorts heeft [redacted] aanleiding gezien om op 18 oktober 2018 een verzoek tot handhaving in te dienen bij B&W (**productie 8**). Volgens [redacted] zou de lichthof zonder een daartoe vereiste vergunning van een overkapping zijn voorzien.

6. Naar aanleiding van dit handhavingsverzoek heeft de bouwinspecteur [redacted] op 4 februari 2019 een bezoek ter plaatse gebracht en heeft hij gesproken met [redacted] (in het bijzijn van de inmiddels ingeschakelde advocaat [redacted]). Bij die gelegenheid is de bouwinspecteur geïnformeerd over de reeds lang bestaande bouwkundige situatie ter plaatse, en zijn hem verschillende documenten, waaronder de in randnummer 3 van deze dagvaarding genoemde tekeningen, getoond. Eisers gingen ervan uit dat na het gevoerde – constructieve – gesprek B&W wel zouden inzien dat er geen enkele grond is om jegens hen handhavend op te treden. Deze gedachte werd gevoed door de reactie van de bouwinspecteur per email van 7 februari 2019 op het verzoek van [redacted] om afgifte van de in het gemeentelijk dossier aanwezige stukken, inhoudende dat er behalve het handhavingsverzoek verder nog geen stukken zouden zijn.

7. Tot verbazing van de Stichting ontving zij op 5 maart 2019 een aan haar gerichte brief van B&W (**productie 9**) waarin werd aangegeven dat sprake zou zijn van een illegale situatie met betrekking tot de overkapping van de lichthof, en dat de huidige situatie dient te worden gelegaliseerd, dan wel dat de situatie dient te worden teruggebracht in de oude staat. Volgens B&W zou uit het bouwarchief volgen dat op de laatst vergunde toestand de lichthof niet overdekt zou zijn. Wat de laatst vergunde toestand is, is evenwel door B&W niet nader toegelicht (overigens staat dit haaks op de mededeling van de bouwinspecteur van 7 februari 2019 dat er naast het handhavingsverzoek verder nog geen stukken zouden zijn).

8. Wel heeft B&W aangegeven dat vanwege de omstandigheid dat [redacted] hun handhavingsverzoek inmiddels hadden ingetrokken, niet verder tot handhaving zou worden overgegaan. Daarbij heeft B&W er op gewezen dat bij de verkoop van het pand (bedoeld zal zijn het appartemensrecht Herengracht 171-A) of een nieuw handhavingsverzoek de Stichting er opnieuw zal worden gewezen op de huidige illegale situatie indien daaraan niets wordt veranderd (hetzij door middel van een legaliseringsaanvraag, hetzij door de situatie in de oude toestand te brengen).

9. Hoewel B&W dus te kennen heeft gegeven vooralsnog niet tot handhaving over te zullen gaan, heeft de inhoud van de brief van B&W van 5 maart 2019 wel degelijk aanzienlijke consequenties voor eisers. In geval van een voorgenomen verkoop van het appartemensrecht zal de Stichting ten minste gehouden zijn om de koper te informeren omtrent het standpunt van B&W ter zake van de overkapte lichthof, hetgeen vervolgens de verkoopbaarheid van het appartementsrecht, althans de hoogte van de verkoopprijs, aanzienlijk zal beïnvloeden.

10. Het vorenstaande is dan ook reden geweest voor de Stichting om per emailbericht van 10 maart 2019 (**productie 10**) de bouwinspecteur te berichten dat (1) ervan uit moet worden gegaan dat de overkapping van de lichthof al voor 1976 is vergund, en (2) dat de overkapping van de lichthof kwalificeert als een onderdeel van het pand Herengracht 171, waarvoor dientengevolge de Vereniging van eigenaren Herengracht 171 verantwoordelijk is. Immers, op grond van artikel 9 lid 1 aanhef en onder a van de splitsingsakte behoren tot de gemeenschappelijke gedeelten en gemeenschappelijke zaken onder andere de daken. Krachtens lid 2 van voornoemd artikel 9 is het een eigenaar of gebruiker zonder toestemming van de VvE niet toegestaan om veranderingen aan te brengen in de gemeenschappelijke gedeelten en gemeenschappelijke zaken, ook als deze zich in de privé gedeelten bevinden. Om deze redenen heeft de Stichting dan ook aangegeven dat zij de aan haar gerichte brief van 5 maart 2019 als niet geschreven beschouwt, en dat B&W in het vervolg de VvE moet aanschrijven.

11. Hoewel een reactie vanuit de gemeente op bovenstaande email uitbleef, heeft de Stichting er voor gekozen om bij emailbericht van 9 december 2019 (**productie 11**) nogmaals de bouwinspecteur te wijzen op de email van 10 maart 2019, met het verzoek binnen één week de brief van 5 maart 2019 in te trekken, en voorts in het

vervolg de VvE Herengracht 171 aan te schrijven. Voor de bouwinspecteur is dit emailbericht reden geweest om de Stichting op 16 december 2019 te berichten dat de verdere afhandeling van het verzoek aan een juridisch medewerker is overgedragen.

12. Aangezien vervolgens iedere reactie uitbleef, heeft de advocaat van eisers op 27 januari 2020 (**productie 12**) een brief aan deze juridisch medewerker gezonden. In deze brief is uiteen gezet waarom de overkapping van de lichthof een legale status heeft, en dat in het geval B&W persisteert bij haar standpunt dat zulks niet zo is, in het vervolg de VvE dient te worden aangeschreven als de enige partij die het in haar macht heeft om de lichthof te verwijderen (althans daaromtrent rechtsgeldige besluiten kan nemen).

13. In februari 2020 heeft de juridisch medewerker telefonisch contact opgenomen met de advocaat van eisers, teneinde te beproeven of een intrekking van de brief, zonder dat B&W afstand doet van haar standpunt dat sprake is van een illegale situatie, voor eisers bespreekbaar zou zijn. Juist vanwege de omstandigheid dat het onverkort handhaven van dit standpunt door B&W voor eisers aanzienlijke gevolgen heeft (zie randnummer 9 van deze dagvaarding), heeft de advocaat van eisers bij brief van 19 maart 2020 (abusievelijk gedateerd 19 maart 2019) nogmaals uitgelegd waarom eisers vasthouden aan een onvoorwaardelijke intrekking van de brief van 5 maart 2019 (**productie 13**).

14. Bij brief van 23 april 2020 (**productie 14**) heeft B&W alsnog inhoudelijk gereageerd op de brief welke namens eisers op 27 januari 2020 is verzonden. In deze brief wordt het volgende gesteld:

> *"(...)Onze brief van d.d. 5 maart 2019 is slechts informatief en geen besluit dat gericht is op enig rechtsgevolg. Wij hebben uw cliënt er enkel op gewezen dat wij ons het recht voorbehouden om op een nader te bepalen tijdstip handhavend op te treden als uw cliënt de overtreding niet zelf ongedaan maakt. Oftewel, de brief kunt u zien als een wrakingsbrief.*
>
> ***Nader onderzoek***
> *U heeft aangegeven dat de overdekte lichthof legaal is en dat dit onder andere blijkt uit de in 1976 afgegeven beschikking inzake bouwwerkzaamheden aan het pand aan de Herengracht 171 en uit de in 1997 afgegeven splitsingsvergunning. Naar aanleiding van de door u aangegeven informatie zullen wij, als wij besluiten alsnog over te gaan tot handhavend optreden, eerst nader onderzoek uitvoeren.*
>
> *Wij merken daarbij expliciet op dat het nadere onderzoek ook betrekking zal hebben op de vraag wie als overtreder aangemerkt moet worden. Het onderzoek hiernaar hebben wij in een eerder stadium gestaakt, gezien de intrekking van het verzoek om handhaving."*

15. De inhoud van voornoemde brief is voor eisers reden geweest om bij brief van 30 april 2020 (**productie 15**) B&W te sommeren om alsnog binnen veertien dagen over te gaan tot onvoorwaardelijke intrekking van de brief van 5 maart 2019, en eisers te berichten dat jegens hen wordt afgezien van het nemen van handhavingsbesluiten

terzake de overkapping van de lichthof. Op deze sommatie is niet door B&W gereageerd, laat staan er gevolg aan gegeven, reden waarom eisers thans deze procedure zijn gestart en het navolgende zullen vorderen.

Vordering

16. De brief van B&W van 5 maart 2019 vindt grondslag in de (veronder)stelling dat de overkapping van de lichthof illegaal is. Hoewel van een zorgvuldig handelende overheid mag worden verwacht dat zij een gedegen onderzoek doet naar de feiten, volgt uit de brief van B&W van 23 april 2020 dat van een dergelijk zorgvuldig feitenonderzoek geen sprake is geweest. Immers wordt door B&W in die brief gesteld dat zij naar aanleiding van de door eisers aangedragen informatie (waarschijnlijk zal bedoeld zijn de informatie zoals die namens eisers in de brief van 27 januari 2020 is gedeeld) eerst nader onderzoek zal uitvoeren. Het gaat hier om informatie welke overigens al tijdens het bezoek van de bouwinspecteur 4 februari 2019 met hem is gedeeld.

17. Uit het vorenstaande volgt dat B&W in haar brief van 5 maart 20129 een standpunt heeft ingenomen, zonder dat aan dit standpunt een zorgvuldig onderzoek naar de feiten heeft plaatsgevonden. Indien B&W wel op zorgvuldige wijze dit onderzoek zou hebben uitgevoerd, zou daaruit zijn voortgekomen dat de overkapping van de lichthof een legale status heeft, althans dat niet jegens eisers handhavend kan worden opgetreden, doch dat dit uitsluitend kan jegens de VvE.

18. 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. Door B&W wordt dit ook in haar brief van 23 april 2020 erkend met de mededeling dat de brief van 5 maart 2019 geen besluit is dat gericht is op enig rechtsgevolg. 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.

19. Voor feitelijk overheidsoptreden geldt dat dit – via de band van artikel 3:14 BW – moet voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (vgl. HR 27 maart 1987, NJ1987/727, ECLI:NL:HR:1987:AG5565). Een van deze beginselen, gecodificeerd in artikel 3:2 Awb, is dat de overheid bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Vastgesteld moet worden dat de brief van 5 maart 2019 hieraan niet voldoet. De brief van 5 maart 2019 is dermate onzorgvuldig dat het verzenden van de brief, en het vervolgens niet willen intrekken van de brief, kwalificeert als een onrechtmatige daad jegens eisers.

20. Als gevolg van deze brief lijden eisers schade. Het standpunt van B&W dat de overkapping van de lichthof illegaal is, en een einde kan worden gemaakt aan de illegale situatie door hetzij een legaliseringsverzoek in te dienen, hetzij de situatie terug

te brengen in de oude toestand, betekent dat eisers aanzienlijke kosten zullen moeten maken. Bovendien is het standpunt van B&W direct van invloed op de waarde van het appartementsrecht. Daarbij is van belang dat eisers voornemens zijn om het appartemensrecht te verkopen, en dat de op verkopers rustende mededelingsplicht met zich mee zal brengen dat geïnteresseerde kopers omtrent de brief van B&W van 5 maart 2019 moeten worden geïnformeerd.

21. Hoewel schadevergoeding in beginsel wordt voldaan in geld, biedt artikel 6:103 BW de mogelijkheid om schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toe te kennen. Op grond hiervan vorderen eisers dat de gemeente bij monde van B&W (zijnde het orgaan uit wiens naam de brief van 5 maart 2019 is geschreven) wordt veroordeeld om schriftelijk te verklaren dat de brief van 5 maart 2019 als niet verzonden moet worden beschouwd, alsmede dat de gemeente wordt veroordeeld om bij monde van B&W (zijnde het ter zake bevoegde orgaan) schriftelijk te verklaren dat jegens eisers zal worden afgezien van handhavend optreden in verband met de overkapping van de lichthof.

22. Als gevolg van de brief van 5 maart 2019 hebben eisers voorts advocaatkosten moeten maken. Deze kosten, in totaal € 1.981,42 (productie 16) kwalificeren als vermogensschade ex artikel 6:96 BW, en komen voor integrale vergoeding in aanmerking, reden waarom eisers ook deze schade vorderen.

23. Subsidiair zullen eisers vorderen dat in het geval komt vast te staan dat B&W wel bevoegd zou zijn om handhavend op te treden, B&W uitsluitend de VvE daarop kunnen aanschrijven. Zoals al aangegeven in randnummer 10 van deze dagvaarding, behoort de overkapping van de lichthof, zijnde een dak, tot de algemene gedeelten van het gebouw, en berust de bevoegdheid om de overkapping te verwijderen, dan wel een verzoek tot legalisatie in te dienen, uitsluitend bij de VvE.

24. Hierbij is van belang dat B&W in geval haar de bevoegdheid tot handhaving zou toekomen, zij dit kan doen op grond van zowel artikel 2.1 lid 1 aanhef en onder a van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, hierna ook te noemen: "de Wabo" (het zonder omgevingsvergunning bouwen van een bouwwerk) als op grond van artikel 2.3a Wabo (het in stand laten van een zonder omgevingsvergunning gerealiseerd bouwwerk). Handhaving op grond van voornoemd artikel 2.1 Wabo kan slechts gericht zijn op de feitelijk overtreder. Vast staat echter dat eisers de overkapping van de lichthof niet zelf hebben gerealiseerd. Dan resteert in beginsel de bevoegdheid om op grond van artikel 2.3a Wabo te handhaven. Aangezien uitsluitend de VvE ter zake van werkzaamheden aan de overkapping van de lichthof bevoegd is, kan de handhaving ex artikel 2.3a Wabo zich uitsluitend richten tot de VvE.

Verweer

25. Van de zijde van de gemeente is geen verweer bekend, anders dan het standpunt dat in het geval wordt besloten om alsnog tot handhaving over te zullen gaan, nader onderzoek zal plaatsvinden.

Weerlegging verweer

26. Uit het hiervoor gestelde volgt dat de omstandigheid dat de gemeente nog nader onderzoek moet doen naar de feiten en omstandigheden, juist bewijst dat de brief van 5 maart 2019 onzorgvuldig is, althans op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

Wettelijke rente

27. Eisers hebben derhalve in totaal van de gemeente te vorderen een bedrag van € 1.981,42, zijnde de gemaakte advocaatkosten, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening.

Bewijsaanbod

28. Eisers bieden – doch slechts voor zover op grond van art. 150 Rv de bewijslast op hen zou rusten – desgewenst (aanvullend) bewijs van hun stelling dat de overkapping van de lichthof al vele tientallen jaren ter plaatse aanwezig is, althans ten tijde van de eigendomsverkrijging van het pand Herengracht 171 te Amsterdam door de Stichting reeds aanwezig was, onder andere door het doen laten horen van getuigen, waaronder [redacted]

Bevoegdheid

29. Aangezien gedaagde zetelt in Amsterdam, is de Rechtbank Amsterdam bevoegd van de vordering van eisers kennis te nemen.

MITSDIEN:

Het uw rechtbank behage bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

I. gedaagde te veroordelen om binnen veertien dagen na vonnis bij wijze van schadevergoeding uit naam van B&W aan eisers een brief te doen toekomen waarin wordt verklaard dat de brief van 5 maart 2019 van B&W, met kenmerk BWT 62-18-0065 als niet geschreven moet worden beschouwd;

II. gedaagde te veroordelen om binnen veertien dagen na vonnis bij wijze van schadevergoeding uit naam van B&W aan eisers een brief te doen toekomen waarin wordt verklaard dat jegens eisers in verband met de aanwezigheid van een overkapping van de lichthof in het pand Herengracht 171 te Amsterdam van het treffen van handhavingsmaatregelen zal worden afgezien;

Subsidiair:

III. gedaagde te veroordelen om binnen veertien dagen na vonnis bij wijze van schadevergoeding uit naam van B&W aan eisers een brief te doen toekomen waarin wordt verklaard dat de brief van 5 maart 2019 van B&W, met kenmerk BWT 62-18-0065 als niet geschreven moet worden beschouwd;

IV. gedaagde te veroordelen om binnen veertien dagen na vonnis bij wijze van schadevergoeding uit naam van B&W een brief te zenden aan de Vereniging van Eigenaars "Vereniging van Eigenaars Herengracht 171 te Amsterdam, waarvan de inhoud gelijk is aan de brief 5 maart 2019 van B&W, met kenmerk BWT 62-18-0065;

zowel primair als subsidiair:

V. gedaagde te veroordelen om bij wijze van schadevergoeding aan eisers te voldoen een bedrag van € 1.981,42, te vermeerderen met de daarover verschuldigde wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

VI. gedaagde te veroordelen in de kosten van dit geding, waaronder het salaris van de advocaat en de nakosten.

De kosten dezes zijn voor mij, deurwaarder: €

Deze zaak wordt behandeld door mr. R. Ridder, Labré advocaten
De Lairessestraat 180, 1075 HM Amsterdam, ramon.ridder@labre.nl tel: 020-3052030 fax: 020-3052031
dossier 8347/document 20-00105961