Gemeente Amsterdam

Bezoekadres
President Kennedylaan 923
1079 MZ Amsterdam

Postbus 74019
1070 BA Amsterdam
Telefoon 14 020
Fax 020 252 4365

Retouradres: Postbus 74019, 1070 BA Amsterdam

Adviescommissie bezwaarschriften
Postbus 74109
1070 BA AMSTERDAM

Datum	01-10-2021
Kenmerk	JB.20.014394.001
Behandeld door	5.1,2,e
Onderwerp	5.1,2,e

Geachte leden van de bezwaarschriftencommissie,

Inleiding
Tijdens een tweetal bezoeken aan het perceel behorende bij het adres 5.1,2,e te Amsterdam is door een toezichthouder van de gemeente Amsterdam geconstateerd dat recentelijk aldaar een bijbehorend bouwwerk, bestaande uit een uit- en een aanbouw, is gerealiseerd. De uit- en aanbouw zijn d.m.v. een gang met elkaar verbonden en de totale oppervlakte van het bouwwerk bedraagt circa 36,82m².

Voor het bouwwerk is geen omgevingsvergunning aangevraagd of verleend, hetgeen in het onderhavige geval betekent dat er sprake is van een overtreding van artikel 2.1 lid 1 aanhef en onder a en c van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) in samenhang met artikel 2.3a lid 1 Wabo.

Het bouwwerk is gerealiseerd door de voormalig eigenaar van het perceel; Lisama Holding B.V. (hierna: Lisama). De huidige eigenaren zijn mevrouw 5.1,2,e (hierna: 5.1,2,e of tezamen met Lisama: bezwaarmakers). Op 1 september 2020 is aan 5.1,2,e en 5.1,2,e een last onder dwangsom opgelegd.

5.1,2,e zijn in de last opgedragen de overtreding ongedaan te maken door het gerealiseerde bouwwerk te verwijderen en verwijderd te houden, dan wel het bouwwerk zodanig aan te passen dat er sprake is van een volledig vergunningsvrij bouwwerk (van maximaal 1,25 meter diep), dan wel het bouwwerk zodanig aan te passen dat er sprake is van een vergunningsvrij bouwwerk (van maximaal 2,5 meter diep) dat voldoet aan de voorwaarden uit het bestemmingsplan.

De in de last opgenomen begunstigingstermijn van zes weken is in het besluit van 10 september 2020 verlengd tot zes weken na de beslissing op bezwaar.

Ontvankelijkheid
Primair wordt t.a.v. Lisama het standpunt ingenomen dat zij geen belanghebbende is en dat haar bezwaar daarmee niet-ontvankelijk is. De last onder dwangsom is immers niet aan Lisama gericht, maar aan 5.1,2,e ; Lisama is niet langer de eigenaar van het onderhavige perceel.

Nu het bezwaarschrift t.a.v. Lisama niet-ontvankelijk is kan aan de hand hiervan geen inhoudelijke heroverweging plaatsvinden van het besluit van 1 september 2020. Voor zover het bezwaarschrift t.a.v. Lisama toch ontvankelijk verklaard zouden worden geldt t.a.v. Lisama het navolgende (net zoals dat t.a.v. 5.1,2,e sowieso geldt).

Bezwaar en weerlegging
Het vertrouwensbeginsel
Bezwaarmakers erkennen in overtreding te zijn. Zij stellen zich echter op het standpunt dat er niet overgegaan kan worden tot handhaving, omdat het vertrouwensbeginsel en hun belangen zich daartegen zouden verzetten.

Bezwaarmakers stellen daarbij dat de toezichthouder *"tweemaal expliciet bevestigd en daarmee het vertrouwen gewekt"* zou hebben dat het bouwwerk conform de geldende wet- en regelgeving zou zijn gebouwd. Hierop zou gerechtvaardigd vertrouwd zijn door bezwaarmakers, waarna de onderhavige woning, die op dat moment al verkocht was, is geleverd.

Afweging van de betrokken belangen zou er daarnaast volgens bezwaarmakers toe moeten leiden dat hun belang bij instandhouding van de bestaande situatie zwaarder weegt dan het belang van handhaving.

Gelet op het feit dat de geuite bezwaren op vermeend gewekt vertrouwen zien wordt hierbij verwezen naar de uitspraak van de Raad van State van 29 mei 2019. In deze uitspraak zijn een drietal stappen geformuleerd om te kunnen beoordelen of er sprake is van door een bestuursorgaan gewekt vertrouwen.

De eerste stap - *toezegging*
De eerste stap is de juridische kwalificatie van de uitlating en/of gedraging waarop de betrokkene zich beroept, namelijk de vraag of die uitlating en/of gedraging kan worden gekwalificeerd als een toezegging.

Volgens de conclusie van de AG (ECLI:NL:RVS:2019:896) moet het gaan om *"de perceptie van de burger, met name diens begrijpelijke maar juridisch vaak onjuiste veronderstelling dat overheidsfunctionarissen met wie hij contact heeft (i) bevoegd zijn om hem iets te toe te zeggen of te bevestigen over zijn (voorgenomen) tuinuitbouw, paardenbak of dakterras, en (ii) hem daadwerkelijk een bepaalde bestuurlijke gedragslijn hebben toegezegd of bevestigd"*. Verder omschrijft de AG een toezegging als *"gedragingen en/of uitlatingen van overheidsfunctionarissen die bij de justitiabele redelijkerwijs de indruk wekken van een welbewuste standpuntbepaling van het bestuur ter zake van de (wijze van) (niet-)uitoefening van een bepaalde bestuursbevoegdheid in zijn geval, na kennisneming van de voor dat geval relevante gegevens, die niet zozeer strijdt met de regels dat redelijkerwijs niet op nakoming*

kan worden gerekend". Als er dus een standpuntbepaling is genomen moet het wel verband houden met de al dan niet uitoefening van een bepaalde bestuursbevoegdheid.

Bezwaarmakers stellen dat zowel op 27 mei 2020 als 6 juli 2020 een toezegging zou zijn gedaan door de toezichthouder. Deze stelling wordt echter met klem betwist. Het college merkt daar het volgende bij op.

Op 27 mei 2020 reed de toezichthouder door de 5.1,2,e omdat er een melding was ontvangen omtrent bouwoverlast. Op dat moment was nog niet bekend waar de overlast vandaan kwam. Het viel de toezichthouder, terwijl hij door de straat reed, op dat er iemand voor de deur stond van nummer 5.1,2,e en dat er recentelijk verbouwd was. In verband daarmee heeft de toezichthouder deze persoon aangesproken, waarna hij de toegang kreeg tot de woning. Uiteindelijk bleek dat de bouwoverlast niet van dit adres afkomstig was.

Tijdens het bezoek is de toezichthouder vanuit de zijde van Lisama, die op dat moment nog de eigenaar was, medegedeeld dat er vergunningsvrij was verbouwd. Afgaande op deze uitlating heeft de toezichthouder vervolgens aangegeven dat e.e.a. er goed uit zag. Op grond van artikel 2 van bijlage II van het Besluit omgevingsrecht kan er wat dat betreft in beginsel vergunningsvrij een bouwwerk gerealiseerd worden zoals dat thans aanwezig is, echter dit laat onverlet dat het bestemmingsplan de vergunningsvrije mogelijkheden kan inperken, hetgeen in dit geval ook het geval is.

Indien een toezichthouder van een eigenaar van een pand verneemt dat er vergunningsvrij gebouwd is, dan mag deze toezichthouder, zonder dat er aanleiding bestaat om bij deze uitlating vraagtekens te zetten, daar in beginsel op vertrouwen. Immers, er mag door de toezichthouder vanuit gegaan worden dat een eigenaar voorafgaand aan de aanvang van de werkzaamheden het bestemmingsplan heeft geraadpleegd en e.e.a. heeft uitgezocht en zijn uitlating derhalve juist is.

De mededeling van de toezichthouder dat e.e.a. er goed uitzag is derhalve verricht n.a.v. de uitlating van Lisama dat er vergunningsvrij gebouwd was. De toezichthouder had op het moment van zijn bezoek geen reden om aan deze uitlating te twijfelen en verkeerde gelet op deze uitlating in de veronderstelling dat er sprake was van de mogelijkheid om e.e.a. vergunningsvrije te realiseren.

Er is tijdens het bezoek niet gesproken over de op basis van het bestemmingsplan van toepassing zijnde regels. Hierbij zij nog opgemerkt dat de toezichthouder tijdens het bezoek slechts een rondje door de woning heeft gelopen en alleen naar het bouwwerk heeft gekeken. Er zijn geen maten opgenomen of berekeningen verricht, zodat ook hieruit voor Lisama duidelijk had moeten zijn dat er eerder sprake was van een inschatting die zag op de vergunningsvrije regels, zonder dat daarbij rekening werd gehouden met eventuele beperkingen o.g.v. het bestemmingsplan, dan van een toezegging omtrent het niet handhaven.

Gelet op het feit dat na afloop van het gesprek een signaal bij de toezichthouder bekend werd omtrent het mogelijk sprake zijn van een te grote aan- en/of uitbouw heeft hij Lisama op 30 juni 2020 per email medegedeeld dat hij nogmaals een bezoek wenste te brengen aan het adres. In

reactie hierop is vanuit de zijde van Lisama een aantal stukken ingediend die allen zagen op de regelgeving die van toepassing is op vergunningsvrij bouwen (zie bijlage 4 bij het bezwaarschrift).

De toezichthouder heeft vervolgens met de bevindingen van 27 mei 2020 en de uitlating van Lisama dat er vergunningsvrij gebouwd was in het achterhoofd aan de hand van de toegezonden stukken een eerste verkennend bureauonderzoek verricht, waarbij nogmaals gekeken is naar hetgeen gerealiseerd is. Daarbij is gelet op de uitlatingen van Lisama in eerste instantie bekeken of hetgeen gerealiseerd was binnen de regels van het vergunningsvrij bouwen viel. Zoals hiervoor beschreven was tijdens het bezoek van 27 mei 2020 e.e.a. slechts bekeken zonder dat daarbij maten waren opgenomen. Tijdens het bureauonderzoek beschikte de toezichthouder n.a.v. van de door Lisama toegezonden stukken wél over maten. Op basis van deze stukken bleek vervolgens dat hetgeen gerealiseerd was mogelijk toch te groot was gelet op de regels omtrent vergunningsvrij bouwen. De stukken van Lisama leken derhalve het ontvangen signaal te bevestigen en de toezichthouder heeft daarom in de email van 2 juli 2020 aangegeven nogmaals langs te willen komen; het eerste en enige geplande bezoek. De toezichthouder heeft daarnaast aangegeven nogmaals langs te willen komen, omdat, zoals ook in het bezwaarschrift staat vermeld, hij van de betrokken jurist het verzoek had ontvangen om hetgeen gerealiseerd was nogmaals te bekijken en op te meten. Het was wat dat betreft voor de jurist van belang om van de toezichthouder te vernemen wat er werkelijk was gerealiseerd; er kon niet uitsluitend afgegaan worden op de door Lisama verstrekte informatie. Zoals eveneens in het bezwaarschrift aangehaald heeft de toezichthouder daarbij gewezen op de gewijzigde regelgeving (de wijziging van het bestemmingsplan). Hieruit volgde voor Lisama dat niet louter de regels omtrent het vergunningsvrij bouwen van toepassing waren en het af te leggen bezoek ook niet louter zou zien op het wel of niet naleven van deze regels. Dit in tegenstelling tot het eerste bezoek, waarbij als gevolg van Lisama's uitlatingen wel nog uitsluitend naar deze regels werd gekeken, zij het globaal.

Het tweede bezoek heeft vervolgens op 6 juli 2020 plaatsgevonden. Op dat moment was de woning al verkocht, maar nog niet geleverd. Zoals uit het voorgaande volgt was het voor Lisama bekend dat de toezichthouder langs zou komen voor een beoordeling van de gehele situatie. Het was derhalve voor rekening en risico van Lisama (en 5.1,2,e) dat de verkoop al tot stand was gebracht.

In tegenstelling tot bij het ongeplande bezoek zijn er bij dit bezoek wel maten opgenomen en berekeningen verricht. Gelet op het feit dat de toezichthouder wist hoe groot een vergunningsvrij bouwwerk in beginsel mag zijn is, nadat de maten waren opgenomen, aangegeven dat er conform de vergunningsvrije regels was gebouwd. Dit is echter nog geen toezegging omtrent het in orde zijn van de gehele situatie en het afzien van handhaving. Immers, zoals hiervoor vermeld kwam de toezichthouder niet alleen langs met het oog op de vergunningsvrije regels. Het feit dat er aan deze regels werd voldaan brengt niet met zich mee dat er ook aan de regels uit het bestemmingsplan werd voldaan. Te meer nu de regels uit het bestemmingsplan de vergunningsvrije regels onder omstandigheden buiten spel kunnen zetten. De toezichthouder heeft op geen enkele wijze toegezegd dat er werd voldaan aan het (gewijzigde) bestemmingsplan en er afgezien zou worden van handhaving. Net zo min zijn door de toezichthouder toezeggingen gedaan over het al dan niet voldoen aan de Bouwverordening of de Welstandseisen, hetgeen overigens in lijn is met de algemeen gehanteerde werkwijze.

Het zij verwijzend naar de in punt 1.17 van het bezwaarschrift aangehaalde uitlating benadrukt dat er geen sprake is geweest van een erkenning van "fouten". Immers, er zijn geen fouten gemaakt. Wat hier verder ook van zij, gelet op het voorgaande brengt ook dat op geen enkele wijze een toezegging met zich mee omtrent het afzien van handhaving.

In tegenstelling tot hetgeen in punt 3.20 staat leidt een eventuele uitlating van de toezichthouder niet tot de conclusie dat het bouwwerk voldeed. Zoals in dit punt zelf door bezwaarmakers wordt erkend -en zoals hiervoor onderbouwd- zien de uitlatingen uitsluitend op het vergunningsvrij bouwen. Oftewel er is daarbij nog geen rekening gehouden met de inhoud van het bestemmingsplan en de invloed van dit plan op het vergunningsvrij bouwen. Dit terwijl Lisama op dat moment als gevolg van de door de toezichthouder verzonden email wel al bekend was met het feit dat het bestemmingsplan ook in deze een rol speelt.

Er zijn dus geen uitlatingen gedaan over het wel of niet in strijd zijn met het bestemmingsplan en het afzien van handhaving. Er is wat dat betreft tijdens de bezoeken ook nooit gesproken over het van toepassing zijnde bestemmingsplan. Lisama was echter wel voorafgaand aan het bezoek schriftelijk gewezen op het gewijzigde bestemmingsplan en had kunnen weten dat dit van invloed zou zijn op het bouwwerk en de handhaving. Gelet op al het voorgaande mochten bezwaarmakers er niet van uitgegaan dat na het bezoek van 6 juli 2020 het onderzoek was afgerond en er geen verdere handhavingsmaatregelen genomen zouden worden. Van een toezegging hieromtrent is geen sprake en er wordt derhalve niet voldaan aan de eerste stap.

Samenvattend was Lisama in de veronderstelling dat er vergunningsvrij 4m uitgebouwd kon worden. In de uitlatingen van de toezichthouder is echter geen toezegging te abstraheren waaruit kan worden afgeleid hoe het bestuur wel of niet gebruik wil maken van bestuursbevoegdheden. In zoverre kan uit de bewoordingen niet worden afgeleid dat daarmee een vergunning is verleend[1] (een bestuursbevoegdheid) noch dat afgezien gaat worden van handhaving (ook een bestuursbevoegdheid). Uiteraard gaat het in dit geval om het afzien van handhaving, maar uit de woorden kan met geen mogelijkheid worden afgeleid dat er een toezegging is gedaan dat er afgezien gaat worden van handhaving. De toezichthouder heeft zich daarover niet uitgelaten. De uitlating van de toezichthouder moet derhalve gekwalificeerd worden als niet-bindende voorlichting (r.o. 3.14 Conclusie AG).

Nu aan de eerste stap al niet wordt voldaan behoeven de tweede en de derde stap zoals beschreven in de uitspraak van de Raad van State in beginsel geen bespreking. Volledigheidshalve zal hierna desalniettemin worden aangetoond dat aan deze stappen evenmin wordt voldaan.

De tweede stap – toerekenbaarheid
De tweede stap ziet op de toerekenbaarheid van de toezegging aan het bestuursorgaan. Iemand moet op goede gronden veronderstellen dat deze persoon de opvatting van het bevoegde orgaan vertolkte. Nog daargelaten dat er geen uitlatingen zijn gedaan over het afzien van handhavend optreden, mag het bij Lisama (en 5.1,2,e) bekend zijn dat een toezichthouder een con-

[1] Vergelijk de Paardenbak uitspraak waarin ambtenaren mede deelden dat er geen vergunning nodig was. Een dergelijke uitlating ziet op toepassing van een bestuursbevoegdheden. Overigens speelden in die casus nog andere omstandigheden mee. ECLI:NL:RVS:2017:1946

trolerende taak heeft en niet zelfstandig mag beslissen of er handhavend opgetreden wordt. In tegenstelling tot hetgeen in punt 3.18 van het bezwaarschrift staat vermeld is niet de toezichthouder diegene die de beslissing neemt omtrent handhaving. Deze beslissing wordt genomen door het college en het college baseert zich daarbij niet uitsluitend op de constateringen van de toezichthouder. Zeker nu de toezichthouder zich in het onderhavige geval duidelijk ter plaatse beperkt heeft tot mededelingen inzake het volgen van de vergunningsvrije regels. Ook al zegt de Afdeling in de uitspraak van 29 mei 2019 dat een toezichthouder een toezegging kan doen, betekent dat nog niet dat elke uitlating ook zo moet worden toegerekend. Daar zijn specifieke omstandigheden voor nodig. Zo moeten betrokkenen in de veronderstelling zijn dat de toezichthouder zich namens het college uitlaat (zie r.o. 5.4 van de Conclusie AG). In deze uitspraak ging het om het herhaaldelijk, over een periode van 25 jaar, door meerdere ambtenaren, expliciet verklaren dat er afgezien zou worden van handhaving, waarna er ook daadwerkelijk niet is gehandhaafd. In het onderhavige geval is hier geen sprake van.

Dat de toezichthouder niet alleen zou hebben gehandeld, maar dat er overleg gevoerd zou zijn zoals in punt 3.25 van het bezwaarschrift staat beschreven is een verkeerde voorstelling van zaken. Vanuit de zijde van de jurist is verzocht een onderzoek te verrichten en maten op te nemen (om op een later moment de eventuele strijd met het bestemmingsplan te kunnen beoordelen, zie ook hiervoor). Meer niet. Dit brengt op geen enkele wijze het ontstaan van gerechtvaardigd vertrouwen met zich mee.

In tegenstelling tot hetgeen uit punt 3.26 van het bezwaarschrift volgt is niet aangegeven dat het bouwwerk geheel vergunningsvrij was. De toezichthouder heeft aangegeven dat aan de regelgeving voor vergunningsvrij bouwen werd voldaan. Dit brengt echter nog niet met zich mee dat er geen andere regelgeving van toepassing kan zijn die de vergunningsvrije mogelijkheden kan inperken, hetgeen in het onderhavige geval ook gebeurd is (zie ook hiervoor). Er wordt wat dat betreft ook niet gehandhaafd, omdat er in strijd met de vergunningsvrij regels is gebouwd, maar omdat in strijd met het bestemmingsplan is gebouwd.

Uit niets blijkt dat de toezichthouder "namens het college" expliciet een standpunt heeft ingenomen dat er geen vergunningplicht bestond of dat er gedoogd zou worden. Men kan er niet te goeder trouw van uit gaan dat alles wat een toezichthouder zegt zomaar toegerekend moet worden aan het college.

Daarbij zij, vooruitlopend op stap 3 (zie verder hierna), met klem benadrukt dat eventuele uitlatingen van de toezichthouder onverlet laten dat het de verantwoordelijkheid van Lisama is om voorafgaand aan de aanvang van de bouwwerkzaamheden het bestemmingsplan te raadplegen.

Het komt geheel voor rekening en risico van bezwaarmakers om de verkoop van de woning te voltooien, zonder op enig moment het bestemmingsplan te hebben geraadpleegd en zonder toezegging te hebben ontvangen omtrent het naleven van het bestemmingsplan. Voorafgaand aan de start van de werkzaamheden is het bestemmingsplan niet geraadpleegd, voorafgaand aan de (ver)koop is het bestemmingsplan niet geraadpleegd en ook voorafgaand aan de levering, nadat men op de hoogte was gebracht van het feit dat er onderzoek werd verricht naar het naleven van het (gewijzigde) bestemmingsplan, is het bestemmingsplan niet geraadpleegd. Van "*zeer bijzonde-*

re omstandigheden" zoals in punt 3.19 van het bezwaarschrift aangehaald is gelet op het voorgaande pertinent geen sprake. Het standpunt dat voor een *"redelijk denkende burger, niet anders kan worden geconcludeerd dat (...) de indruk is gewekt van een welbewuste standpuntbepaling van het bestuur dat sprake was van een legale situatie en aldus niet gehandhaafd zou worden"* kan dan ook niet gedeeld worden (zie verder hierna).

Het zij eveneens benadrukt dat indien de toezichthouder niet toevalligerwijs op 27 mei 2020 een bezoek aan het onderhavige adres had gebracht en er nadien geen signaal ontvangen zou zijn, waardoor er op 6 juli 2020 een tweede bezoek volgde, bezwaarmakers de (ver)koop sowieso zouden hebben doorgezet. Immers, bezwaarmakers hebben geen van allen, op enig moment de van toepassing zijnde wet- en regelgeving geraadpleegd, waardoor zij geweten zouden hebben dat er sprake was van een strijdige situatie, hetgeen mogelijkerwijs tot het afbreken van het verkooptraject zou hebben geleid. Bezwaarmakers waren los van het handhavingstraject niet voornemens om het bouwwerk voorafgaand aan de verkoop te laten controleren om te bezien of het wel voldeed. Voor zover er überhaupt al uitspraken of toezeggingen namens het college zouden zijn gedaan door de toezichthouder (quod non!) heeft dit derhalve niet geleid tot een andere situatie dan waarin deze uitspraken of toezeggingen niet zouden zijn gedaan. Immers, in beide situaties zou de verkoop zijn doorgezet.

Gelet op al het voorgaande kan er op geen enkele wijze gesproken worden van een toezegging die het bestuursorgaan toegerekend kan worden. Daarmee kan er ook niet met succes een beroep gedaan worden op het vertrouwensbeginsel.

De derde stap - belangenafweging
De derde stap ziet op het honoreren van het gerechtvaardigde vertrouwen. Mocht er ondanks al het voorgaande onverhoopt geoordeeld worden dat sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen dan volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6882 dat het vertrouwensbeginsel niet met zich meebrengt dat gerechtvaardigde verwachtingen altijd moeten worden gehonoreerd. Daartoe is vereist dat bij afweging van de betrokken belangen, waarbij het belang van degene bij wie de gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt zwaar weegt, geen zwaarder wegende belangen aan het honoreren van de verwachtingen in de weg staan. Die zwaarder wegende belangen kunnen zijn gelegen in strijd met de wet, het algemeen belang en meer specifiek, veel voorkomend in het omgevingsrecht, belangen van derden.

Honorering van een gerechtvaardigde verwachtingen zou in voorliggende casus leiden tot een situatie in strijd met de wet. Er moeten wat dat betreft wel heel erg bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, wil het belang van bezwaarmakers zwaarder wegen om contra legem niet handhavend op te treden. Bezwaarmakers stellen weliswaar dat hun belangen zwaarder wegen dan het belang bij handhaving, echter zij weten dit standpunt niet te onderbouwen.

Zo stellen bezwaarmakers dat de woning minder waard is geworden als gevolg van de handhaving. Echter, door dit zo te stellen wordt er een onjuist beeld geschetst van de werkelijke situatie. De woning in zijn huidige vorm is in strijd met de van toepassing zijnde wet- en regelgeving en had nooit gerealiseerd mogen worden. Het komt, zoals hiervoor reeds vermeld, voor rekening en risico van bezwaarmakers dat de wet- en regelgeving niet is nageleefd. Indien 5.1,2,e zich als

gevolg van de handhaving genoodzaakt voelen om te verhuizen en dit gepaard gaat met extra kosten dan is dit iets waar zij privaatrechtelijk met Lisama een oplossing voor dienen te vinden.

Het zij benadrukt dat er niet met de bouwwerkzaamheden is gestart n.a.v. de uitlatingen van de toezichthouder. De werkzaamheden waren al tot een einde gebracht voordat de toezichthouder ten tonele verscheen. Dat hetgeen illegaal gerealiseerd is een bepaalde kwaliteit vertegenwoordigt kan er niet toe leiden dat er afgezien dient te worden van handhaving.

Evenmin is de stelling dat als gevolg van de bebouwing aangesloten is bij de belendende percelen een argument om af te zien van handhaving. De bebouwing op de belendende percelen is onder een ander regime tot stand gekomen en kan gelet daarop niet bij de belangenafweging betrokken worden. Daarnaast zijn de bouwmogelijkheden nu juist (mede) met het oog op het tegengaan van aansluitingen ingeperkt; het bestuur hecht er vanuit het algemene oogpunt belang bij om verdere bebouwing in binnentuinen tegen te gaan. De inperking is tot stand gekomen vanuit de wens om de resterende open ruimtes en het resterende groen in stand te houden. Dat de buurpercelen al zijn volgebouwd kan dus niet tot de gewenste belangenafweging leiden. Sterker nog, dit zou juist moeten betekenen dat de onbebouwde delen in de binnentuin des te meer behouden moeten blijven. Het betreft hier overigens niet een beperkte overschrijding van slechts enkele m^2. Afhankelijk van de wijze waarop er vergunningsvrij gebouwd kan worden bedraagt de overschrijding circa 22 tot 29,41m^2.

Dat er ondanks de huidige illegale bebouwing nog een deel van de tuin overblijft doet aan het voorgaande niet af. De overtreding wordt hier niet minder door. Wat dat betreft is het ook niet relevant of bezwaarmakers bereid zijn tegels of vlonders uit de restanten van de tuin te verwijderen. Deze handelswijze zou immers niet (alsnog) leiden tot het behoud van een stille ruimte in combinatie met een rustig aangezicht zoals bezwaarmakers verwijzend naar de toelichting op het bestemmingsplan stellen. Er kan met geen mogelijkheid van het behouden van de oorspronkelijke situatie gesproken worden indien er tegelijkertijd meer gebouwd wordt dan dat het bestemmingsplan toestaat.

In die zin is het ook niet relevant dat het waterbergend vermogen niet zou zijn aangetast zoals bezwaarmakers stellen, doch niet onderbouwen. Het niet aantasten van het waterbergend vermogen leidt er in het onderhavige geval niet toe dat het bestemmingsplan niet wordt overtreden en daarmee tot het behoud van een stille ruimte in combinatie met een groen aangezicht.

Hetzelfde geldt t.a.v. de stelling van bezwaarmakers dat er nog steeds een positieve "groen/grijsverhouding" bestaat. Dat hetgeen illegaal gerealiseerd is niet tot 50% bebouwing leidt is niet waar het hier om draait. De vergunningsvrije regel die voorschrijft dat er niet meer dan 50% van een perceel bebouwd mag worden is nu juist is ingeperkt door het bestemmingsplan.

Het voorgaande geldt ook t.a.v. de realisatie van een groen dak. Het vereiste om een groen dak te realiseren is alleen van toepassing indien er conform het bestemmingsplan gebouwd wordt. Het alsnog realiseren van een groen dak maakt de strijdigheid met het bestemmingsplan niet ongedaan.

Uit het voorgaande volgt dat er geen sprake is van bijzondere omstandigheden. Geen enkele (combinatie) van de door bezwaarmakers aangehaalde omstandigheden zou tijdens een reguliere vergunningsprocedure geleid hebben tot het verlenen van een vergunning in afwijking van het bestemmingsplan. Gelet op al het voorgaande kan de conclusie van bezwaarmakers dat de redenen om vergunningsvrije bouwmogelijkheden te beperken niet aan de orde zijn en het belang bij handhaving beperkt is niet gedeeld worden. Daarbij zij nog opgemerkt dat er een klachtmelding is ontvangen n.a.v. de thans gerealiseerde bebouwing.

Schadevergoedingsplicht

Van schadevergoeding kan geen sprake zijn. Als zwaarder wegende belangen aan de honorering van gerechtvaardigd vertrouwen in de weg staan, kan de dispositieschade van de betrokkene vergoed worden door het ten onrechte vertrouwen wekkende en dus onrechtmatig vertrouwen schendende bestuur. Er moet echter wel dispositieschade zijn, dat wil zeggen de schade die betrokkene heeft geleden doordat hij op basis van de hem gedane toezegging iets heeft gedaan of nagelaten dat hem in een nadeliger positie brengt dan hij geweest zou zijn als hem die toezegging niet was gedaan. Uit de bijlage van de Conclusie van de AG (r.o. 37) volgt dat *"uiteraard de toezegging moet gedaan zijn vóór het handelen of nalaten: iemand die eerst een bouwsel neerzet en daarná de gemeentelijke inspecteur bouwtoezicht vraagt te bevestigen dat geen vergunning vereist is en die bevestiging krijgt, heeft niet vertrouwd op die bevestiging en heeft dus geen gerechtvaardigd beroep op het vertrouwensbeginsel"*. In het onderhavige geval is er geen dispositieschade, laat staan een onderbouwing van deze schade. Lisama was zelf in de veronderstelling dat het bouwwerk vergunningsvrij was en is zonder op enig moment de van toepassing zijnde wet- en regelgeving te raadplegen overgegaan tot de realisatie ervan. Vervolgens is wederom zonder de wet- en regelgeving te raadplegen door Lisama en 5.1,2,e overgegaan tot (ver)koop. De uitlatingen van de toezichthouder achteraf, wat daar ook van zij, hebben er niet toe geleid dat de Lisama onder een onjuiste veronderstelling is begonnen met bouwen. Nog los van het feit dat er geen sprake is van gewekt vertrouwen, is evenmin aannemelijk dat Lisama, 5.1,2,e en/of 5.1,2,e in vergelijking met anderen een bijzondere en onevenredige last moeten dragen. Eventuele schade komt derhalve geheel voor hun rekening en risico.

Conclusie

Het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam verzoekt uw commissie te adviseren het bezwaarschrift niet ontvankelijk, dan wel ongegrond te verklaren en de schadevergoeding af te wijzen.

Met vriendelijke groet,
Het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam,
namens hen,

5.1,2,e 5.1,2,e 5.1,2,e