Gemeente Amsterdam

Advies

Zaaknummer: JB.23.004778.001 en JB.23.004778.002

Advies naar aanleiding van de bezwaarschriften ingediend door mevrouw mr. D. Heuker of Hoek van DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij N.V. namens de heer S. de Kroe en mevrouw L.M. Gaddum en door de heer J.D. Gage. De bezwaarschriften richten zich tegen de besluiten met kenmerk Z2022-N002776 en Z2022-N002777 van 23 januari 2023. Met die besluiten zijn de door de heer S. de Kroe en mevrouw L.M. Gaddum en door de heer J.D. Gage gevraagde omgevingsvergunningen voor het realiseren van een dakopbouw met terras met behoud van de bestemming daarvan tot één woning op de locaties Mariadistelkade 23 en 25 te Amsterdam geweigerd.

Aan het college van Burgemeester en Wethouders

1 Advies

Wij adviseren om:

- De bezwaren ontvankelijk te verklaren;
- De bezwaren ongegrond te verklaren;
- De bestreden besluiten met kenmerk Z2022-N002776 en Z2022-N002777 van 23 januari 2023 tot weigering van een omgevingsvergunning aan S. de Kroe en L.M. Gaddum en aan J.D. Gage voor het realiseren van een dakopbouw met terras met behoud van de bestemming daarvan tot één woning op de locaties Mariadistelkade 23 en 25 te Amsterdam in stand te laten;
- Het verzoek van S. de Kroe en L.M. Gaddum om proceskostenvergoeding af te wijzen.

Dat betekent dat u terecht de omgevingsvergunningen heeft geweigerd.

Hierna leest u waarom wij dit adviseren.

2 Inleiding

Op 1 oktober 2020 heeft de heer S. de Kroe een conceptaanvraag ingediend voor het bouwen van een dakopbouw op de locaties Mariadistelkade 23 en 25 te Amsterdam.

Hierop is bij brief van 23 juni 2021 namens u negatief gereageerd. Daartoe is onder meer het volgende overwogen: *"Het bouwplan is in strijd met artikel 6.2 van de voorschriften in dit*

bestemmingsplan. Op 28 juli 2015 is een omgevingsvergunning verleend voor de activiteit 'handelen in strijd met regels voor de ruimtelijke ordening welke (tevens) betrekking heeft op het onderhavige project. Als aandachtspunt is genoemd dat de totale oppervlakte van beide dakopbouwen bij elkaar opgeteld niet meer dan 80 m2 dient te bedragen. Voorts heeft de Commissie Ruimtelijke Kwaliteit (hierna: CRK) negatief geadviseerd. Volgens de CRK passen de dakopbouwen onvoldoende bij het gebouw en in het daklandschap en doen zij daar afbreuk aan."

Op 16 november 2021 heeft de heer S. de Kroe opnieuw een conceptaanvraag ingediend voor het realiseren van twee dakopbouwen met dakterras op het woongebouw aan de Mariadistelkade 23 en 25 te Amsterdam.

Hierop is bij brief van 25 januari 2022 namens u positief gereageerd. Daartoe is onder meer het volgende overwogen: *"Het is niet toegestaan om woningen uit te breiden met een dakopbouw op gronden met de bestemming "Verkeer - 2". Op 28 juli 2015 is aan Woningstichting Eigen Haard een omgevingsvergunning verleend voor de activiteit "handelen in strijd met regels ruimtelijke ordening", welke activiteit onder meer betrekking heeft op het gebruiken en bebouwen van gronden ten behoeve van wonen en werken (blok C) ter plaatse van de bestemming "Verkeer – 2". Op grond hiervan is het nu wel toegestaan om de dakopbouwen te realiseren. Voorts heeft de CRK positief onder voorwaarden geadviseerd."*

Daarop heeft de heer J.D. Gage op 18 oktober 2022 een omgevingsvergunning gevraagd voor het realiseren van een dakopbouw met terras op de locatie Mariadistelkade 23 te Amsterdam.

Eveneens op 18 oktober 2022 hebben de heer S. de Kroe en mevrouw L.M. Gaddum een omgevingsvergunning gevraagd voor het realiseren van een dakopbouw met terras op de locatie Mariadistelkade 25 te Amsterdam.

De dakopbouwen zijn apart door u beoordeeld, maar vormen één geheel.

Op 23 januari 2023 besloot u de gevraagde omgevingsvergunningen voor het realiseren van een dakopbouw met terras met behoud van de bestemming daarvan tot één woning op de locaties Mariadistelkade 23 en 25 te Amsterdam te weigeren (hierna: de bestreden besluiten).

Namens de heer S. de Kroe en mevrouw L.M. Gaddum heeft mevrouw mr. D. Heuker of Hoek van DAS Rechtsbijstand hiertegen op 28 februari 2023 een bezwaarschrift ingediend. De heer J.D. Gage heeft op 6 maart 2023 een bezwaarschrift ingediend. S. de Kroe, L.M. Gaddum en J.D. Gage worden hierna verder aangeduid als bezwaarmakers.

Op 26 april 2023 heeft een (digitale) hoorzitting plaatsgevonden.

3 Ontvankelijkheid

De bezwaarschriften zijn tijdig ingediend en voldoen ook aan de overige eisen die de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) hieraan stelt.

Bezwaarmakers zijn gelet daarop ontvankelijk in hun bezwaren, waardoor de bezwaren inhoudelijk kunnen worden behandeld.

4 Bezwaren

In bezwaar worden samengevat de volgende gronden aangevoerd:

1. Bij brief van 25 januari 2022 is positief gereageerd op de conceptaanvraag van bezwaarmakers in die zin dat hen is medegedeeld dat het is toegestaan om de dakopbouwen te realiseren en dat de CRK een positief advies onder voorwaarden heeft afgegeven. Door vervolgens de gevraagde omgevingsvergunningen te weigeren is gehandeld in strijd met het vertrouwensbeginsel. Verwezen wordt in dit kader naar een tweetal uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) van 1 april 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:953 en 956), waarin de Afdeling heeft geoordeeld dat een principebesluit de basis vormt voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel nu een principebesluit kan worden gekwalificeerd als een toezegging.

2. Het project zou in strijd zijn met artikel 6, lid 6.1, van het bestemmingsplan, omdat de dakopbouwen niet passend zijn binnen de bestemming "Verkeer -2". Op 28 juli 2015 is echter een omgevingsvergunning verleend voor de activiteit "handelen in strijd met regels ruimtelijke ordening" welke tevens betrekking heeft op het onderhavige project. Dit is ook bevestigd in de brief van 25 januari 2022. Het is derhalve niet nodig om nogmaals een vergunning afwijken bestemmingsplan voor de onderhavige dakopbouwen te vereisen.

3. Het project zou voorts in strijd zijn met artikel 4, lid 4.2, onder e, van het bestemmingsplan. In het bestreden besluit is miskend dat de woningen van bezwaarmakers enkel zijn gelegen binnen de bestemming "Verkeer – 2". Het bepaalde inzake de maximum floorspace-index (hierna: fsi) geldt alleen voor de bestemming "Gemengd" en is derhalve niet van toepassing op de onderhavige dakopbouwen.

4. Als artikel 4, lid 4.2, onder e, van het bestemmingsplan wel van toepassing zou zijn, dan is onvoldoende gemotiveerd waarom hieraan niet is voldaan. Zo ontbreekt bijvoorbeeld een berekening. Daarbij is relevant in hoeverre de dakopbouwen binnen de bestemming "Gemengd" zijn gelegen en in hoeverre binnen de bestemming "Verkeer – 2". De bestreden besluiten zijn dan ook niet zorgvuldig voorbereid.

5. Als artikel 4, lid 4.2, onder e, van het bestemmingsplan wel van toepassing zou zijn en de aanvragen zouden daarmee in strijd zijn, dan is onvoldoende gemotiveerd waarom geen vergunning afwijken bestemmingsplan kan worden verleend. In de bestreden besluiten is gesteld dat het maximaal toelaatbaar bruto vloeroppervlak (BVO) van 46.750 vierkante meter voor het gebied De Vrije Kade inmiddels al is bereikt. Niet gemotiveerd is echter op basis van welke norm/regel dit maximaal toelaatbaar bruto vloeroppervlak is gebaseerd.

6. Ook is onvoldoende onderbouwd waarom nog meer bebouwing toevoegen niet wenselijk zou zijn. Verwezen wordt naar het silhouet van De Vrije Kade. Niet gebleken is dat dit

argument is gebaseerd op enige gemeentelijke beleidsregel. Dit aspect is bovendien in de reactie op de conceptaanvragen op geen enkele wijze vermeld. Sterker nog, het ontwerp is volledig aangepast naar de visie van de CRK welke commissie adviseert over de integrale kwaliteit van de fysieke leefomgeving. Het is dan ook onbegrijpelijk dat de dakopbouwen opeens vanwege de relatie met de omgeving niet meer wenselijk zouden zijn.

7. De dakopbouwen zijn vanaf de straat nauwelijks zichtbaar en maken derhalve geen grote inbreuk op het ruimtelijk straatbeeld, terwijl het belang van bezwaarmakers bij het verkrijgen van de omgevingsvergunning heel groot is.

8. Er wordt verzocht om een proceskostenvergoeding.

5 Hoorzitting

Aanwezig bij de hoorzitting waren:

- Bezwaarmakers: de heer De Kroe en mevrouw Gaddum
- Namens uw college: mevrouw L. Hasanagic (medewerker vergunningen) en de heer G. Kwakkenbos (stedenbouwkundig adviseur)

De hoorzitting werd voorgezeten door de heer mr. M.A. van Marle in het bijzijn van mevrouw mr. S.W.C. Bonnet (secretaris).

Er is een geluidsopname gemaakt van de hoorzitting om het advies uit te kunnen werken. Na het uitwerken wordt deze opname gewist.

Het volgende is besproken:
De heer De Kroe licht het bezwaarschrift toe. Hij vertelt onder meer dat de verrassing best groot was dat de omgevingsvergunning werd geweigerd. Zeker nu tot twee keer toe een toezegging is gedaan dat aan het bouwplan zou worden meegewerkt als zou worden uitgegaan van dakopbouwen van in totaal maximaal 80 m2.

Mevrouw Gaddum voegt hieraan toe dat zij hoge kosten hebben gemaakt en vervolgens zijn zij op zaken gewezen die veel eerder aan het licht hadden kunnen komen. Zij hoopt eruit te kunnen komen met de gemeente.

De heer Kwakkenbos licht het bestreden besluit toe aan de hand van een presentatie. Hij vertelt onder meer dat Woningstichting Eigen Haard het hele terrein heeft ontwikkeld. Van die ontwikkeling maakte deel uit een andere verkaveling. Hiervoor was het noodzakelijk dat op gronden met de bestemming "Verkeer" kon worden gebouwd. Om dit mogelijk te maken is op 28 juli 2015 een omgevingsvergunning voor de activiteit "handelen in strijd met regels ruimtelijke ordening" verleend. Dit is de omgevingsvergunning De Vrije Kade Distelweg. Deze omgevingsvergunning geeft de bouwtitel voor de woningen van bezwaarmakers. Het gaat om ongeveer 20.000 vierkante meter. De fsi is 2,3. Dit betekent dat op elke vierkante meter terrein 2,3 vierkante meter BVO mag worden gerealiseerd. Het hele plan is in drie fasen gebouwd. Daarmee

is alles opgesoupeerd. Er is dus geen bouwruimte meer. De fsi van 2,3 wordt als regel heel streng gehanteerd, omdat anders iedereen een dakopbouw zou kunnen maken tot dertig meter hoog. De bestemmingsplancheck in het kader van de conceptaanvraag is niet goed gegaan. Om die reden is de aanvraag bij de CRK terecht gekomen. De CRK krijgt een bouwplan namelijk niet te zien als sprake is van strijd met het bestemmingsplan.

De heer Kwakkenbos vertelt verder dat een dakopbouw niet mogelijk is. Alle opties voor eventuele uitbreidingen zijn bij het opstellen van het bestemmingsplan al meegenomen. Dit geldt dan voor uitbreidingen van eengezinswoningen. Bij appartementengebouwen wordt eigenlijk ervan uitgegaan dat dit nooit speelt. Het is in ieder geval niet de bedoeling geweest dat op het dak wordt gebouwd.

De heer De Kroe zegt dat in de splitsingsakte en de splitsingstekeningen staat genoemd dat de eigenaren van de drie appartementen op de bovenste verdieping een dakopbouw mogen realiseren boven het eigen appartementsrecht. Het was inderdaad geen optie tijdens de bouw.

De voorzitter vraagt of er een geconsolideerde versie van het bestemmingsplan bestaat. De heer Kwakkenbos antwoordt dat dit helaas niet het geval is.

De voorzitter zegt dat de omgevingsvergunning van 28 juli 2015 een vergunning is voor afwijking van het bestemmingsplan. Juridisch gezien blijven de regels van het bestemmingsplan dan ook gewoon gelden. De heer Kwakkenbos antwoordt dat inderdaad de fsi van 2,3 nog geldt. De fsi is niet gewijzigd ten opzichte van het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham".

De heer Kwakkenbos zegt dat alle vierkante meters die zijn gerealiseerd, in een logboek zijn bijgehouden. Bij elk project is de fsi als enige harde factor gehanteerd. Het bestemmingsplan biedt veel afwijkingsmogelijkheden, maar niet ten aanzien van dat aspect. Dit staat zowel in het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham" als in de ruimtelijke onderbouwing bij de omgevingsvergunning van 28 juli 2015.

De bestemming "Verkeer" bevat geen fsi van 2,3. Er mag helemaal niet worden gebouwd binnen de bestemming "Verkeer". Het appartementengebouw valt binnen de bestemming "Gemengde doeleinden". Deze bestemming geldt voor de hele kavel. En de daarvoor beschikbare fsi is opgesoupeerd.

De voorzitter vraagt of er kan worden afgeweken van het bestemmingsplan.

De heer Kwakkenbos zegt dat dit stedenbouwkundig niet verantwoord is. Alles wat binnen het bestemmingsplan toelaatbaar is, is bij het opstellen van dit bestemmingsplan al meegenomen. Vanaf de overkant van het appartementengebouw is een duidelijk silhouet van De Vrije Kade te zien. Het is één geheel. Een dakopbouw heeft een enorm effect op dat geheel. Hij vertelt verder dat door de hoogbouw in de directe omgeving ook bovenop het appartementengebouw kan worden gekeken. Vanaf de straat kun je de opbouw inderdaad niet zien.

De voorzitter vraagt of de balkons al in de conceptaanvraag zaten en of ze nu onderdeel zijn van de aanvraag.

De heer De Kroe zegt dat als gevolg van de dakopbouw de buitenruimte wordt verkleind. Om die reden willen zij het balkon vergroten. De balkons zijn niet in de conceptaanvraag meegenomen. Dat is later opgekomen. Uit duurzaamheidsoverwegingen willen ze het balkon niet wegdoen, maar plaatsen aan de noordzijde. Een aantal buren heeft dat al. Dit kan technisch ook allemaal. Een balkon verplaatsen is minder bezwaarlijk volgens de heer Kwakkenbos, want daarover is in het verleden al nagedacht. Een goede buitenruimte is belangrijk .

De voorzitter vraagt of de behoefte aan het balkon alleen bestaat als de dakopbouw er komt.

Mevrouw Gaddum antwoordt dat het balkon waarschijnlijk niet los zal worden aangevraagd. Het idee is ontstaan, omdat de huidige buitenruimte wordt bebouwd. Het balkon maakt deel uit van een totaalplan. Hiermee wordt extra buitenruimte gecreëerd.

De secretaris vraagt waarom niet is getoetst aan de binnenplanse afwijkingsmogelijkheid. Daarin leest zij ook iets over de fsi. Artikel 4.4 van de regels van het bestemmingsplan maakt het namelijk mogelijk ontheffing te verlenen voor een hogere fsi.

De heer Kwakkenbos antwoordt dat binnen een bouwvlak mag worden geschoven met bouwmassa's, zolang de fsi in totaliteit niet wordt overschreden. De fsi is zoals gezegd opgesoupeerd.

De secretaris zegt dat er uitspraken zijn overgelegd van de Afdeling. Naar aanleiding hiervan vraagt zij welke zwaarwegende belangen hier aan de orde zijn.

De heer Kwakkenbos zegt dat duidelijk moet zijn wanneer en onder welke voorwaarden wordt afgeweken van het bestemmingsplan. Hij is bang voor precedentwerking als de dakopbouwen zonder duidelijke context worden gerealiseerd. Waarom wordt het op deze plek wel toegestaan en op andere plekken niet.

De voorzitter vraagt wat er stedenbouwkundig zo zwaarwegend is, dat op het conceptbesluit moest worden teruggekomen.

De heer Kwakkenbos antwoordt dat hij nog niet eerder heeft meegemaakt dat een individuele bewoner op een appartementengebouw een dakopbouw maakt.

De heer De Kroe zegt dat de dakopbouwen als één geheel zijn ontworpen. Hij en zijn buurman hebben dezelfde architect. De vergunningaanvragen zijn gelijktijdig ingediend. Het worden geen twee individuele bouwwerken. De cohesie is er.

De voorzitter zegt dat de CRK akkoord is. Dan zouden deze dakopbouwen kunnen worden aangemerkt als een trendsetter.

De heer Kwakkenbos zegt dat het gevaar bestaat dat op alle daken dan een dakopbouw mag komen. De bouwhoogte is niet gelimiteerd in het bestemmingsplan. Dit kan behoorlijke juridische consequenties hebben voor heel Buiksloterham. Dit reikt veel verder dan het individuele belang van bezwaarmakers.

De voorzitter vraagt mevrouw Hasanagic of op basis van het gewekte vertrouwen nu een uitzondering kan worden gemaakt. Dat schept dan geen precedent voor volgende zaken.

Mevrouw Hasanagic antwoordt dat de Afdeling in de overgelegde uitspraken heeft geoordeeld dat een reactie op een conceptaanvraag als toezegging kan worden aangemerkt. Daarvan is hier ook sprake. Wel belangrijk in dit kader is dat de regels continu veranderen. Er is wel degelijk een zwaarwegend ruimtelijk belang in deze zaak om toch niet mee te werken.

De voorzitter zegt dat bezwaarmakers naar aanleiding van de positieve reactie op hun conceptaanvraag een hoop kosten hebben gemaakt, zoals leges en kosten voor de architect. Hij vraagt of deze kosten eventueel voor vergoeding in aanmerking komen.

Mevrouw Hasanagic zegt dat zij dit intern zou moeten bespreken.

De heer De Kroe zegt dat de fsi al vanaf 2011 in het bestemmingsplan staat en dat is niet veranderd. Dit had dus al veel eerder kunnen worden aangegeven.

De voorzitter vraagt of de heer Kwakkenbos een korte notitie van de uitleg van het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham" in samenhang met de partiële herzieningen en de omgevingsvergunning van 28 juli 2015 kan overleggen.

De heer Kwakkenbos antwoordt dat hij in de presentatie een korte notitie zal verwerken en dat hij deze volgende week zal toesturen.

Mevrouw Gaddum verzoekt oog te hebben voor de belangen van de Amsterdamse burgers, die in de wijk wonen en deze wijk maken tot wat hij is.

De heer De Kroe voegt nog toe dat hij weet dat er meerdere vergunningen zijn verleend voor het creëren van extra ruimte. Hij betwijfelt of deze uitbreidingen allemaal passen binnen de toegestane fsi.

Op 17 mei 2023 heeft de heer Kwakkenbos de presentatie inclusief korte notitie aan ons gemaild. Deze is aan dit advies gehecht.

De presentatie inclusief korte notitie is op 22 mei 2023 aan bezwaarmakers en hun gemachtigde toegezonden.

Op 24 mei 2023 heeft de gemachtigde van de heer De Kroe en mevrouw Gaddum hierop gereageerd in die zin dat onduidelijkheid over de huidige planologische situatie niet aan bezwaarmakers kan worden verweten. Zij doet dan ook een beroep op het

rechtszekerheidsbeginsel. Verder vraagt zij zich af of de fsi altijd goed is bijgehouden. Zij vraagt om het logboek. Hoe kan de gemeente een fsi handhaven, terwijl dit fsi door vergunningsvrij bouwen hoger wordt.

6 **Wet en regelgeving**

De toepasselijke wet- en regelgeving staat in de bijlage bij dit advies.

7 **Overwegingen**

Aan de orde is de vraag of de omgevingsvergunningen voor het realiseren van een dakopbouw met terras met behoud van de bestemming daarvan tot één woning op de locaties Mariadistelkade 23 en 25 te Amsterdam op goede gronden zijn geweigerd.

Ten aanzien van de geweigerde omgevingsvergunningen

De aanvragen omgevingsvergunning voorzien in het realiseren van een dakopbouw met terras op de locaties Mariadistelkade 23 en 25 te Amsterdam.

Ter plaatse geldt het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham" in samenhang met de 1e, 2e ,3e en 4e partiële herziening.

Blijkens de plankaart van het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham" hebben de betreffende gronden de bestemming "Verkeer – 2" en de bestemming "Gemengd". Deze plankaart is te vinden als pdf-link op ruimtelijke plannen.

Ingevolge artikel 6.1 van de regels zijn de voor "Verkeer – 1 en – 2" aangewezen gronden bestemd voor wegen, pleinen, groenvoorzieningen, water, straatmeubilair, waterstaatkundige werken, bruggen, infrastructurele voorzieningen en laden en lossen.

Ingevolge artikel 6.2 van de regels mag op en onder de in lid 6.1 genoemde gronden uitsluitend worden gebouwd ten dienste van de bestemming.

Ingevolge artikel 4.1 van de regels van het bestemmingsplan zijn de voor "Gemengd" aangewezen gronden onder meer bestemd voor wonen.

Ingevolge artikel 4.2 aanhef en onder e van de regels mag op en onder de in lid 4.1 genoemde gronden uitsluitend worden gebouwd ten dienste van de bestemming met inachtneming van de volgende regel: per perceel, en voor zover een perceel bestaat uit meerdere bestemmingsvlakken, per bestemmingsvlak, geldt de maximum floorspace-index zoals op de plankaart aangegeven.

Volgens de plankaart geldt ter plaatse een maximum floorspace-index van 2,3 aangeduid met "fsi/2,3".

Ingevolge artikel 1.21 van de regels wordt verstaan onder floorspace-index: de omvang van het bruto vloeroppervlak in verhouding tot het grondoppervlak.

Ingevolge artikel 1.15 van de regels wordt verstaan onder bruto vloeroppervlak (BVO): de totale oppervlakte van de bouwlagen met inbegrip van de bouwconstructies, magazijnen, dienstruimten, bergingen, etc.

Het bestemmingsplan is vervolgens een aantal keer partieel herzien. Deze herzieningen hebben vooral betrekking op een verhoging van het maximum percentage woningbouw per kavel en een versoepeling van de parkeernormering. Naast herzieningen zijn ook veel bouwprojecten vergund in combinatie met buitenplanse afwijkingen.

Zo is op 28 juli 2015 aan Woningstichting Eigen Haard een omgevingsvergunning verleend voor de activiteit "handelen in strijd met regels ruimtelijke ordening", welke activiteit onder meer betrekking heeft op het bebouwen en gebruiken van gronden ten behoeve van wonen en werken (blok C) ter plaatse van de bestemming "Verkeer – 2". Deze omgevingsvergunning is ook gepubliceerd op ruimtelijke plannen.

Naast de ruimtelijke onderbouwing van de omgevingsvergunning kan via de pdf-link ook de bijlage worden geopend met daarin een verbeelding van de afwijkingen ten opzichte van de plankaart van het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham". Wij stellen vast dat de belangrijkste afwijking ten opzichte van het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham" de verruiming is van de bestemming "Gemengd". Het verschil met een herziening is echter dat de onderliggende bestemming met een buitenplanse afwijking niet verandert.

Vervolgens heeft de 4e partiële herziening van het bestemmingsplan plaatsgevonden. Met betrekking tot De Vrije kade heeft deze herziening alleen betrekking op de gewijzigde contour van de gebiedsaanduiding "milieuzone – zones wet milieubeheer" ten opzichte van het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham".

In tegenstelling tot het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham" en de 1e tot en met de 3e partiële herziening is de 4e partiële herziening wel volledig gedigitaliseerd en direct zichtbaar als deze wordt aangeklikt in ruimtelijke plannen. Aan de hand daarvan stellen wij vast dat de Mariadistelkade 23 en Mariadistelkade 25 zijn gelegen op gronden met de bestemming "Verkeer – 2".

Ongeacht het feit dat de gronden de bestemming "Verkeer – 2" hebben volgens de verbeelding van de 4e partiële herziening, zijn wij van mening dat de gronden eveneens de bestemming "Gemengd" hebben. Dit volgt zowel uit de plankaart van het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham" als uit de op 28 juli 2015 verleende omgevingsvergunning voor de activiteit "handelen in strijd met regels ruimtelijke ordening" onder meer om de gronden met bestemming "Verkeer – 2" te kunnen bebouwen en gebruiken ten behoeve van wonen en werken. Aldus geldt ter plaatse een fsi van 2,3. Dit betekent dat voor elke vierkante meter grondoppervlak maximaal 2,3 vierkante meter bruto vloeroppervlak mag worden gerealiseerd. De dakopbouwen zijn in strijd met zowel artikel 6.2 als met artikel 4.2 van de regels van het bestemmingsplan.

Ten overvloede merken wij op dat uit de hiervoor gegeven uiteenzetting van het ruimtelijk kader blijkt dat het onmogelijk is om in één oogopslag te zien welke regels gelden voor een bepaald perceel hetgeen de rechtszekerheid voor de burger niet bepaald ten goede komt. De publicatie van een geconsolideerde versie van het bestemmingsplan op ruimtelijke plannen zou dan ook zeer aanbevelingswaardig zijn.

U heeft de omgevingsvergunningen geweigerd voor de activiteit "bouwen" en de activiteit "planologisch strijdig gebruik".

Volgens de bestreden besluiten is sprake van een maximaal toelaatbaar BVO van 46.750 m2.
Dit getal is terug te vinden in de ruimtelijke onderbouwing behorende bij de omgevingsvergunning verleend voor de activiteit "handelen in strijd met regels ruimtelijke ordening" van 28 juli 2015. Deze ruimtelijke onderbouwing is zoals gezegd als pdf-link gepubliceerd op ruimtelijke plannen en heeft betrekking op de herontwikkeling van de kavels 43 en 44 aan de Distelweg.

Uit de ruimtelijke onderbouwing (pagina 7) blijkt dat in eerste instantie voor het gehele projectgebied een omgevingsvergunning is aangevraagd voor de activiteit "handelen in strijd met regels ruimtelijke ordening". Aan de hand van de verleende omgevingsvergunning voor de activiteit "handelen in strijd met regels ruimtelijke ordening" kon vervolgens een omgevingsvergunning voor de activiteit "bouwen" worden aangevraagd en verleend. Dit is gebeurd in fasen. Inmiddels is het gehele project, waaronder het blok waarin bezwaarmakers wonen, gerealiseerd.

Op pagina 11 van de ruimtelijke onderbouwing staat onder het kopje "Toegestane bebouwing" dat het grondoppervlak van de binnen de bestemming "Gemengd" en het projectgebied gelegen percelen circa 20.760 m2 bedraagt. Gelet op de ter plaatse geldende fsi van 2,3 komt dat neer op circa 46.750 m2 BVO bebouwing exclusief gebouwde parkeervoorzieningen.

Artikel 9 van het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham" bepaalt dat grond die eenmaal in aanmerking is genomen bij het toestaan van een bouwplan waaraan uitvoering is gegeven of alsnog kan worden gegeven, bij de beoordeling van latere bouwplannen buiten beschouwing blijft (de anti-dubbeltelregel).

Op grond hiervan komen wij tot de conclusie dat nu het maximaal toelaatbaar BVO van 46.750 m2 reeds deel uitmaakt van de op 28 juli 2015 verleende omgevingsvergunning, de rechten die kunnen worden ontleend aan artikel 4 van het bestemmingsplan "BP_Buiksloterham" zijn opgesoupeerd.

<u>Ten aanzien van de gemaakte belangenafweging</u>
U heeft besloten geen gebruik te maken van de mogelijkheid om af te wijken van het bestemmingsplan. Uit vaste jurisprudentie volgt dat u bij uw besluitvorming over aanvragen als hier aan de orde beleidsruimte heeft. Dat betekent dat u de keuze heeft om uw bevoegdheid tot afwijking van het bestemmingsplan al dan niet te gebruiken. Bij uw afweging van de verschillende belangen heeft u besloten de omgevingsvergunningen te weigeren onder de volgende in het besluit opgenomen motivering:

"Wij besluiten niet af te wijken van artikel 6, lid 6.1 en artikel 4, lid 4.2, onder e, van de bepalingen van dit bestemmingsplan, omdat het maximaal toelaatbaar bruto vloeroppervlak (BVO) van 46.750 vierkante meter, voor het gebied De Vrije Kade inmiddels al is bereikt. Nog meer bebouwing toevoegen is niet wenselijk omdat door de toevoeging het bestaande, zorgvuldig ontworpen silhouet van De Vrije Kade wordt aangetast. Ruimtelijk planologisch is de dakopbouw vanuit precedentwerking evenmin gewenst, omdat met een overschrijding van het BVO, hoe gering ook, feitelijk iedereen in Buiksloterham extra programma kan toevoegen, zolang de maximale bouwhoogte niet wordt overschreden."

Wij volgen deze redenering en menen dat u op goede gronden heeft besloten niet af te wijken van het bestemmingsplan.

Uw vertegenwoordiger heeft tijdens de hoorzitting voorts toegelicht dat door het toevoegen van bebouwing op het dak ook het silhouet van De Vrije Kade wordt aangetast. Zeker vanaf de overkant van het appartementengebouw bezien. Het is nu één geheel. Een dakopbouw heeft een enorm effect op dat geheel. Daarbij komt dat door de hoogbouw in de directe omgeving ook bovenop het appartementengebouw kan worden gekeken.

Bezwaarmakers hebben daartegen ingebracht dat dit niet strookt met het positieve welstandsadvies in het kader van de conceptaanvraag.

Uw vertegenwoordiger heeft tijdens de hoorzitting hierover terecht opgemerkt dat bij de beoordeling van de conceptaanvraag ten onrechte is geoordeeld dat het bouwplan paste in het bestemmingsplan. Dit had tot gevolg dat de voor de grond geldende bebouwingsmogelijkheden als uitgangspunt voor de welstandtoets moesten worden gehanteerd en de CRK alleen nog het uiterlijk van het bouwwerk kon beoordelen. Als wel was geoordeeld dat sprake was van strijd met het bestemmingsplan, dan zou de ruimtelijke inpasbaarheid opnieuw zijn beoordeeld onder meer op stedenbouwkundige aspecten.

<u>Ten aanzien van het beroep op het vertrouwensbeginsel</u>
Voor zover bezwaarmakers zich beroepen op het vertrouwensbeginsel overwegen wij als volgt.

Het vertrouwensbeginsel houdt in dat iemand erop moet kunnen vertrouwen dat een toezegging van een bestuursorgaan wordt nagekomen. De bestuursrechter hanteert bij de toetsing van het vertrouwensbeginsel drie stappen: (1) welbewuste standpuntbepaling, (2) toerekening en (3) belangenafweging.

In de twee uitspraken van 1 april 2020, waaraan door bezwaarmakers wordt gerefereerd, heeft de Afdeling geoordeeld dat een principebesluit de basis vormt voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel. Zo'n principebesluit is namelijk te kwalificeren als een toezegging.

De Afdeling heeft verder overwogen dat als sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen, dit niet betekent dat die altijd moeten worden nagekomen. Zwaarder wegende belangen, zoals het algemeen belang of de belangen van derden, kunnen daaraan in de weg staan. Het bestuursorgaan zal dan ook altijd een belangenafweging moeten maken. Wanneer er zwaarder

wegende belangen zijn om de toezegging niet op te volgen, mag het bestuursorgaan hiervan afzien onder toekenning van een schadevergoeding.

Wij zijn in het licht van deze uitspraken van mening dat de brief van 25 januari 2022 moet worden gekwalificeerd als toezegging, zeker nu deze brief namens u is ondertekend en de toezegging aldus aan u kan worden toegerekend.

Vervolgens heeft u bij de thans bestreden besluiten besloten de door bezwaarmakers gevraagde omgevingsvergunningen toch te weigeren. Tijdens de hoorzitting hebben uw vertegenwoordigers dit toegelicht. Er is volgens u sprake van een zwaarwegend ruimtelijk belang. De fsi is zoals gezegd opgesoupeerd, waardoor er geen ruimte meer is om uit te breiden. Voorts wordt het silhouet van De Vrije Kade door het bouwplan aangetast en kan vanaf de hoogbouw in de directe omgeving bovenop het appartementengebouw worden gekeken. Dit is onwenselijk.

Gelet op hetgeen wij hiervoor onder het kopje "Ten aanzien van de belangenafweging" hebben overwogen over de fsi alsmede gelet op het feit dat de dakopbouwen vanuit stedenbouwkundig oogpunt onwenselijk zijn, zijn wij van mening dat u terecht heeft kunnen besluiten de gevraagde omgevingsvergunningen te weigeren.

Wel vinden wij in navolging van de jurisprudentie van de Afdeling dat bezwaarmakers recht hebben op schadevergoeding nu zij op basis van de brief van 25 januari 2022 onnodig kosten hebben gemaakt. Wij adviseren u dan ook bezwaarmakers hun kosten te laten begroten en vervolgens hierover een apart besluit te nemen.

<u>Ten aanzien van het verzoek om proceskostenvergoeding</u>
Bezwaarmakers De Kroe en Gaddum hebben gevraagd om vergoeding van de proceskosten in deze bezwaarprocedure. In de Algemene wet bestuursrecht is bepaald dat proceskosten alleen worden vergoed als een bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuur te wijten onrechtmatigheid. Wij zijn van mening dat daar in dit geval geen sprake van is. Wij adviseren u dan ook om geen proceskostenvergoeding toe te kennen.

8 **Conclusie en advies**
Gelet op het bovenstaande concludeert de bezwaarschriftencommissie dat de bestreden besluiten in stand kunnen blijven. De bezwaarschriftencommissie adviseert u om de bezwaren ontvankelijk en ongegrond te verklaren en het verzoek om proceskostenvergoeding af te wijzen.

Amsterdam, 7 juni 2023

De bezwaarschriftencommissie,

w.g. mr. M.A. van Marle
voorzitter

w.g. mr. S.W.C. Bonnet
secretaris

Bijlage 1: relevante wet- en regelgeving

Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)
Artikel 2.1, eerste lid, aanhef en sub a en c:
Het is verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit:

a. het bouwen van een bouwwerk,

[…]

c. het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan, een beheersverordening, een exploitatieplan, de regels gesteld krachtens artikel 4.1, derde lid, of 4.3, derde lid, van de Wet ruimtelijke ordening of een voorbereidingsbesluit voor zover toepassing is gegeven aan artikel 3.7, vierde lid, tweede volzin, van die wet.

Artikel 2.10

1. Voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder a, wordt de omgevingsvergunning geweigerd indien:
   a. de aanvraag en de daarbij verstrekte gegevens en bescheiden het naar het oordeel van het bevoegd gezag niet aannemelijk maken dat het bouwen van een bouwwerk waarop de aanvraag betrekking heeft, voldoet aan de voorschriften die zijn gesteld bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 2 of 120 van de Woningwet;
   b. de aanvraag en de daarbij verstrekte gegevens en bescheiden het naar het oordeel van het bevoegd gezag niet aannemelijk maken dat het bouwen van een bouwwerk waarop de aanvraag betrekking heeft, voldoet aan de voorschriften die zijn gesteld bij de bouwverordening of, zolang de bouwverordening daarmee nog niet in overeenstemming is gebracht, met de voorschriften die zijn gesteld bij een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 8, achtste lid, van de Woningwet dan wel bij of krachtens een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 120 van die wet;
   c. de activiteit in strijd is met het bestemmingsplan, de beheersverordening of het exploitatieplan, of de regels die zijn gesteld krachtens artikel 4.1, derde lid, of 4.3, derde lid, van de Wet ruimtelijke ordening, tenzij de activiteit niet in strijd is met een omgevingsvergunning die is verleend met toepassing van artikel 2.12;
   d. het uiterlijk of de plaatsing van het bouwwerk waarop de aanvraag betrekking heeft, met uitzondering van een tijdelijk bouwwerk dat geen seizoensgebonden bouwwerk is, zowel op zichzelf beschouwd als in verband met de omgeving of de te verwachten ontwikkeling daarvan, in strijd is met redelijke eisen van welstand, beoordeeld naar de criteria, bedoeld in artikel 12a, eerste lid, onder a, van de Woningwet, tenzij het bevoegd gezag van oordeel is dat de omgevingsvergunning niettemin moet worden verleend;
   e. de activiteit een wegtunnel als bedoeld in de Wet aanvullende regels veiligheid wegtunnels betreft en uit de aanvraag en de daarbij verstrekte gegevens en bescheiden blijkt dat niet wordt voldaan aan de in artikel 6, eerste lid, van die wet gestelde norm.
2. In gevallen als bedoeld in het eerste lid, onder c, wordt de aanvraag mede aangemerkt als een aanvraag om een vergunning voor een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, en wordt de vergunning op de grond, bedoeld in het eerste lid, onder c, slechts geweigerd indien vergunningverlening met toepassing van artikel 2.12 niet mogelijk is.

Artikel 2.12, eerste lid, onder a.:
1.Voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, kan de omgevingsvergunning slechts worden verleend indien de activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening en:
a. indien de activiteit in strijd is met het bestemmingsplan of de beheersverordening:
1°. met toepassing van de in het bestemmingsplan of de beheersverordening opgenomen regels inzake afwijking,
2°. in de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen gevallen, of
3°. in overige gevallen, indien de motivering van het besluit een goede ruimtelijke onderbouwing bevat;

Bestemmingsplan "BP_Buiksloterham"
Ingevolge artikel 6.1 van de regels zijn de voor "Verkeer – 1 en – 2" aangewezen gronden bestemd voor wegen, pleinen, groenvoorzieningen, water, straatmeubilair, waterstaatkundige werken, bruggen, infrastructurele voorzieningen en laden en lossen.

Ingevolge artikel 6.2 van de regels mag op en onder de in lid 6.1 genoemde gronden uitsluitend worden gebouwd ten dienste van de bestemming.

Ingevolge artikel 4.1 van de regels van het bestemmingsplan zijn de voor "Gemengd" aangewezen gronden onder meer bestemd voor wonen.

Ingevolge artikel 4.2 aanhef en onder e van de regels mag op en onder de in lid 4.1 genoemde gronden uitsluitend worden gebouwd ten dienste van de bestemming met inachtneming van de volgende regel: per perceel, en voor zover een perceel bestaat uit meerdere bestemmingsvlakken, per bestemmingsvlak, geldt de maximum floorspace-index zoals op de plankaart aangegeven.

Ingevolge artikel 4.4 van de regels zijn burgemeester en wethouders bevoegd ontheffing te verlenen van het bepaalde in lid 4.2 sub e met dien verstande dat per perceel een hogere floorspace-index kan worden toegestaan, voor zover deze gemeten over meerdere aaneengesloten percelen niet wordt overschreden.

Ingevolge artikel 1.21 van de regels wordt verstaan onder floorspace-index: de omvang van het bruto vloeroppervlak in verhouding tot het grondoppervlak.

Ingevolge artikel 1.15 van de regels wordt verstaan onder bruto vloeroppervlak (BVO): de totale oppervlakte van de bouwlagen met inbegrip van de bouwconstructies, magazijnen, dienstruimten, bergingen, etc.

In artikel 9 is bepaald dat grond die eenmaal in aanmerking is genomen bij het toestaan van een bouwplan waaraan uitvoering is gegeven of alsnog kan worden gegeven, bij de beoordeling van latere bouwplannen buiten beschouwing blijft (de anti-dubbeltelregel).