Gemeente Amsterdam

Advies

Zaaknummer: JB.20.014394.001

Advies van de bezwaarschriftencommissie over het bezwaarschrift van , en Lisama B.V. Het bezwaarschrift is gericht tegen het besluit van 1 september 2020 tot het opleggen van een last onder dwangsom op het adres Govert Flinckstraat 126-h te Amsterdam (kenmerk Z2020-Z007085-001).

Aan het college van burgemeester en wethouders,

1. Advies

De commissie adviseert om:
I het bezwaarschrift, voor zover het is ingediend door Lisama B.V., niet-ontvankelijk te verklaren;
II het bezwaarschrift, voor zover het is ingediend door en , ongegrond te verklaren;
III het besluit van 1 september 2020, met kenmerk Z2020-Z007085-001, in stand te laten, onder aanvulling van de motivering, en;
IV het verzoek om toekenning van een proceskostenvergoeding af te wijzen.

Dit betekent dat de commissie van mening is dat u terecht een last onder dwangsom heeft opgelegd aan en .

2. Aanleiding

Op 8 juli 2020 is door uw toezichthouder een inspectie verricht op het adres Govert Flinckstraat 126-h, waarbij is geconstateerd dat recentelijk een bijbehorend bouwwerk, bestaande uit een aanbouw (hierna: het bouwwerk), is gerealiseerd aan de achtergevel van het pand. Het bouwwerk is door middel van een gang met elkaar verbonden. De totale oppervlakte van het bouwwerk bedraagt 36,82 meter. Het bouwwerk is gerealiseerd zonder een daarvoor verleende omgevingsvergunning.

Bij besluit van 1 september 2020 is de last opgelegd om het gerealiseerde bouwwerk te verwijderen en verwijderd te houden, dan wel het bouwwerk zodanig aan te passen dat er sprake is van een vergunningsvrij bouwwerk. In het besluit is medegedeeld dat een dwangsom wordt verbeurd van €10.000,- ineens als de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.

Hiertegen is op 7 september 2020 door (hierna: gemachtigde), , en Lisama B.V., een pro forma bezwaarschrift ingediend. Het bezwaarschrift is op 12 oktober 2020 voorzien van gronden.

Op 1 oktober 2021 is een verweerschrift ontvangen van u.

Op 11 oktober 2021 is een lijst met eventuele (toekomstige) schade en een aanvullende reactie ontvangen naar aanleiding van het verweerschrift van uw vertegenwoordiger.

Daarnaast is op 13 oktober 2021 een pleitnota ontvangen die tijdens de hoorzitting door gemachtigde is voorgedragen.

3. Ontvankelijkheid

Bezwaarmakers hebben binnen zes weken na de bekendmaking van het bestreden besluit hun bezwaarschrift verzonden. Het bezwaarschrift is ook binnen de hiervoor genoemde termijn ontvangen.

Om ontvankelijk te zijn moet naast deze formele eisen ook gekeken worden of bezwaarmakers belanghebbenden zijn bij het besluit.

en zijn geadresseerden van het besluit en daarmee rechtstreeks belanghebbenden. Verder voldoet het bezwaarschrift aan de overige eisen die de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) daaraan stelt. en zijn daarom ontvankelijk in hun bezwaar.

Wat betreft Lisama B.V., geldt het volgende: volgens vaste rechtspraak van de Afdeling[1], is in beginsel slechts de overtreder belanghebbende bij een opgelegde last onder dwangsom. Volgens de jurisprudentie kunnen ook anderen een belang hebben, indien zij geraakt worden in een fundamenteel recht. In de onderhavige zaak worden er geen (fundamentele) rechten van Lisama B.V. aangetast. Zij is namelijk niet gehuisvest in het pand en ook heeft zij geen (beperkt) zakelijk recht op het pand. Daarnaast is het al dan niet moeten betalen van een schadevergoeding geen rechtstreeks gevolg van de last (of de uitvoering daarvan), maar een gevolg van de contractuele relatie tussen Lisama B.V. en en .

De commissie acht het bezwaarschrift voor zover van Lisama B.V. daarmee niet-ontvankelijk. Voor de inhoudelijke beoordeling van het bezwaarschrift maakt dit overigens geen verschil, aangezien en dezelfde gronden als Lisama B.V. hebben aangevoerd.

4. Bezwaren

Kort samengevat worden de volgende bezwaren aangevoerd:

1. Bezwaarmakers zijn van mening dat het college niet kan overgaan tot handhaving, omdat het vertrouwensbeginsel en de belangen van bezwaarmakers zich daartegen verzetten;
2. Het bouwwerk is voor en van doorslaggevend belang. Zonder dit bouwwerk zouden zij deze woning niet hebben gekocht;
3. Bezwaarmakers lijden schade naar aanleiding van het genomen besluit.

5. Hoorzitting

Bezwaarmakers zijn in de gelegenheid gesteld om hun bezwaarschrift toe te lichten op een hoorzitting. Vanwege de maatregelen ter voorkoming van verspreiding van COVID-19 heeft er een videohoorzitting via MS Teams plaatsgevonden op 12 oktober 2021.

[1] Bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3808

Gemeente Amsterdam

Aanwezig bij de videohoorzitting waren:
- , bezwaarmaker;
- , bezwaarmaker;
- namens Lisama Holding B.V., bezwaarmaker;
- , gemachtigde van bezwaarmakers;
- ; namens Lisama B.V.;
- ; namens Lisama B.V;
- , vertegenwoordiger van het college.

De hoorzitting werd voorgezeten door , in het bijzijn van en .

Op de hoorzitting is – samengevat weergegeven – het volgende besproken:

Op de hoorzitting wordt ingegaan op de belanghebbendheid van Lisama B.V. Er is door de gemachtigde van bezwaarmakers aangevoerd dat Lisama B.V. wel als een belanghebbende kan worden aangemerkt, nu zij de bouwwerkzaamheden hebben laten uitvoeren en betrokken zijn geweest bij het hele geschil. Volgens Lisama B.V. zullen zij, indien het besluit in stand wordt gelaten, alle schade moeten dragen. Uw vertegenwoordiger heeft aangevoerd dat het bezwaarschrift van Lisama B.V. niet-ontvankelijk is, aangezien zij geen eigenaar meer is en het een privaatrechtelijke kwestie is.

Vervolgens heeft de voorzitter tijdens de hoorzitting navraag gedaan naar het rapport van bevindingen. Er blijkt geen officieel rapport gemaakt te zijn van de constateringen van de toezichthouder. De toezichthouder heeft enkel zijn bevindingen in een e-mail gezet en een bouwtekening met afmetingen opgenomen.

Daarnaast is er door bezwaarmakers aangevoerd dat er sprake is van schending van het vertrouwensbeginsel, nu de toezichthouder een toezegging heeft gedaan waar Lisama B.V. op mocht vertrouwen. Volgens bezwaarmakers heeft de toezichthouder bij zijn tweede bezoek aan de woning op de Govert Flinckstraat 126-h, aangegeven dat de aan- en uitbouw er goed uitziet en hij geen enkel probleem ziet. Alles zou volgens de geldende wet- en regelgeving zijn gerealiseerd. De toezichthouder was bij de hoorzitting niet aanwezig om deze bezwaargrond van bezwaarmakers te bevestigen of te weerleggen.

Uw vertegenwoordiger was niet aanwezig bij de eerste en tweede inspectie, maar volgens hem heeft de toezichthouder tegen Lisama B.V. gezegd dat hij de situatie heeft bekeken en dat het er goed uitziet. Ook vertelt hij dat de toezichthouder heeft aangegeven dat hij nog bij de bezwaarmakers terug zou komen om te beoordelen of de bouwwerkzaamheden omgevingsvergunningvrij kunnen worden gerealiseerd. Daarbij heeft de toezichthouder volgens uw vertegenwoordiger aangegeven dat hij deze casus eerst nog wilde voorleggen aan de juristen. Volgens uw vertegenwoordiger is er absoluut niet gezegd dat er niet meer verder zal worden gekeken naar het gerealiseerde bouwwerk en dat het bouwwerk kon blijven staan zonder dat er handhavend zou worden opgetreden.

Tot slot is er door de gemachtigde van bezwaarmakers aangegeven dat het bouwwerk de doorslaggevende factor is geweest voor de koop van de woning. Zonder dit bouwwerk hadden bezwaarmakers nooit de woning gekocht. Daarnaast wordt aangegeven dat handhavend optreden in deze zaak onevenredig is. De nadelen voor het college vanwege het bouwwerk zijn zeer gering. Dit terwijl de (financiële) schade voor bezwaarmakers, indien de last/het bestreden besluit wordt gehandhaafd, erg groot zullen zijn.

Er is een opname gemaakt van de hoorzitting, die op verzoek beschikbaar wordt gesteld.

6. Wet- en regelgeving

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

7. Overwegingen

Wij beoordelen of u de last terecht hebt opgelegd.

De onderhavige zaak heeft betrekking op handhavend optreden tegen het oprichten en in stand houden van een bouwwerk zonder de daarvoor benodigde omgevingsvergunning. Om handhavend te mogen optreden, dient aannemelijk te zijn dat sprake is van een overtreding. Indien sprake is van een overtreding, is de bevoegdheid om handhavend op te treden een gegeven. Vervolgens dient beoordeeld te worden of er aanleiding bestaat om af te zien van handhavend optreden.

Volgens de commissie staat vast dat voor het oprichten en in stand houden van het bouwwerk op het adres Govert Flinckstraat 126-h een omgevingsvergunning is vereist. Eveneens staat vast dat bezwaarmakers niet over een omgevingsvergunning beschikken. Dit betekent dat er sprake is van een overtreding van artikel 2.1 lid 1 aanhef onder c van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) in samenhang met artikel 2.3a lid 1 van de Wabo op grond waarvan het verboden is een illegaal bouwwerk in stand te laten. Tijdens de hoorzitting bevestigden bezwaarmakers dat er sprake is van een overtreding en dat het bouwwerk achteraf bezien in strijd met het bestemmingsplan is geplaatst. In het bestreden besluit, is artikel 2.1 lid 1 onder a van de Wabo ook als grondslag voor het opleggen van een last onder dwangsom opgenomen. De commissie stelt vast dat en het bouwwerk niet hebben gebouwd. De commissie is daarom van oordeel dat artikel 2.1 lid 1 onder a van de Wabo niet aan het handhavingsbesluit ten grondslag kan worden gelegd.

Vertrouwensbeginsel

Bezwaarmakers stellen dat u dient af te zien van handhaving, omdat er sprake is van een gewekt vertrouwen dat de bebouwing omgevingsvergunningvrij is. De commissie gaat aan de hand van jurisprudentie na of dit zo is.

Ten aanzien van het vertrouwensbeginsel heeft de Afdeling met de uitspraak van 29 mei 2019 met kenmerk ECLI:NL:RVS:2019:1694 een nieuwe lijn met betrekking tot het vertrouwensbeginsel ingezet. Sinds die uitspraak zijn er drie stappen die bij de beoordeling van een beroep op het vertrouwensbeginsel moeten worden doorlopen. Samengevat zijn dat de volgende stappen:

- Is er sprake van een uitlating en/of gedraging die kan worden gekwalificeerd als een toezegging?
- Kan die toezegging worden toegerekend aan het bestuursorgaan?
- Wat is de betekenis van het gewekte vertrouwen voor de uitoefening van de betreffende bevoegdheid?

Aan de hand van deze stappen zal de commissie het beroep op het vertrouwensbeginsel beoordelen.

<u>Toezegging?</u>

In de uitspraak van de Afdeling van 29 mei 2019 zegt de Afdeling het volgende over de bewijslast en mogelijke vorm van de toezegging:

'Om aan te nemen dat een toezegging is gedaan, dient degene die zich beroept op het vertrouwensbeginsel aannemelijk te maken dat sprake is van uitlatingen en/of gedragingen van ambtenaren die bij de betrokkene redelijkerwijs de indruk wekken van een welbewuste standpuntbepaling van het bestuur over de manier waarop in zijn geval een bevoegdheid al dan niet zal worden uitgeoefend.'

De Afdeling overweegt dat de nadruk meer moet worden gelegd op hoe een uitlating bij een redelijk denkende burger overkomt en minder op wat het bestuursorgaan daarmee bedoelde. Dit neemt niet weg dat op degene die een beroep op het vertrouwensbeginsel doet een onderhoudsplicht rust. Het beroep op het vertrouwensbeginsel is in dit geval enkel gebaseerd op mondelinge uitlatingen van de toezichthouder. Over de manier waarop kan blijken dat sprake is van een toezegging overweegt de Afdeling als volgt:

De welbewuste standpuntbepaling zal doorgaans in een schriftelijk stuk zijn vastgelegd. Ook zonder schriftelijk stuk kan de uitlating en/of gedraging aannemelijk zijn, waarbij van belang kan zijn of het bestuursorgaan de gestelde uitlating en/of gedraging niet of onvoldoende betwist. Bij de vraag of een toezegging is gedaan, speelt ook de deskundigheid van de betrokkene een rol. De Afdeling overweegt in dit verband verder dat, om een toezegging aan te nemen, de uitlating en/of gedraging in ieder geval toegesneden dient te zijn op de concrete situatie. Algemene voorlichting of uitlatingen over een ander geval of jegens derden zijn niet aan te merken als een toezegging. Ook is er geen sprake van een toezegging als er uitdrukkelijk over het concrete geval aan de betrokkene een voorbehoud is gemaakt.

In de stukken en tijdens de hoorzitting is een weergave gegeven van de communicatie tussen de toezichthouder en Lisama BV.

De commissie dient te beoordelen of de uitlating van de toezichthouder aan Lisama BV, namelijk dat het bouwwerk er goed uitziet en hij geen probleem voorziet, gekwalificeerd kan worden als een toezegging waar bezwaarmakers rechten aan kunnen ontlenen. Met andere woorden een toezegging waaruit blijkt dat er niet handhavend zal worden opgetreden.

De uitlatingen van de toezichthouder zijn mondeling gedaan en zijn aan een derde gericht (namelijk aan Lisama BV) en niet aan bezwaarmakers zelf. De bewoordingen en gedragingen van de toezichthouder zijn niet ondubbelzinnig. Het eerste bezoek kijkt de toezichthouder alleen naar het bouwwerk en meet hij niets op. De toezichthouder komt nog een keer terug om daadwerkelijk te meten. Ook dit is een aanwijzing dat voor Lisama BV duidelijk moest zijn dat nog niet definitief vast stond dat het bouwplan in overeenstemming was met de regels. En bij dit tweede bezoek maakt de toezichthouder een voorbehoud, namelijk dat hij nog navraag moet doen bij de juristen.

De commissie gaat uit van de weergave van de vertegenwoordiger nu ambtenaren een ambtseed afleggen en aan deze weergave daarmee een bepaalde bewijswaarde mag worden toegekend. Uw vertegenwoordiger geeft tevens aan dat er een mail is waarin de toezichthouder een vraag heeft gesteld aan de juristen. Dit is een aanwijzing dat de weergave van de vertegenwoordiger klopt.

<u>Conclusie</u>
Er is geen sprake van een ondubbelzinnige toezegging die aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend. De uitlatingen van de toezichthouder maken niet dat van handhavend optreden moet worden afgezien. Nu geen sprake is van een toezegging gaat de commissie verder niet in op de vragen of de toezegging het bestuursorgaan kan worden toegerekend en wat de betekenis is van het gewekte vertrouwen voor de uitoefening van de bevoegdheid.

Belangenafweging
Op grond van een belangenafweging kan alsnog van handhavend optreden worden afgezien. Er zijn in het bezwaarschrift en ter zittingen verschillende persoonlijke omstandigheden aangevoerd, waarbij de meeste belangen van financiële aard zijn. Volgens de commissie zijn er geen bijzondere omstandigheden op grond

waarvan van handhavend optreden moet worden afgezien. Het belang van handhaving van het bestemmingsplan weegt zwaarder dan de individuele belangen van bezwaarmakers. De commissie weegt daarbij ook mee dat het nog wel mogelijk is het bouwplan zodanig aan te passen dat het wel aan de regels voldoet.

8. Verzoek om vergoeding van in bezwaar gemaakte kosten

Namens bezwaarmakers is verzocht om vergoeding van in bezwaar gemaakte kosten. Uit het voorgaande blijkt dat wij van oordeel zijn dat het bestreden besluit in stand kan blijven. Reeds hierom is er, gelet op artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, geen grondslag voor vergoeding van proceskosten. Wij adviseren u dan ook om dit verzoek af te wijzen.

9. Conclusie

Volgens ons is het bestreden besluit op juiste gronden genomen en kan dit in heroverweging met een aanvullende motivering in stand blijven. Wij adviseren het bezwaarschrift voor zover van Lisama B.V. niet-ontvankelijk te verklaren en het bezwaarschrift voor zover van , , ongegrond te verklaren. De grondslag van de last dient in de beslissing op bezwaar te worden aangepast, in die zin dat artikel 2.1 lid 1 aanhef onder a van de Wabo niet aan de last ten grondslag wordt gelegd. Tot slot adviseren wij om het verzoek om vergoeding van in bezwaar gemaakte proceskosten, gelet op artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, af te wijzen.

Amsterdam, 13 april 2022

De bezwaarschriftencommissie,

Voorzitter Secretaris

Gemeente Amsterdam

Bijlage I: toepasselijke regelgeving

Algemene wet bestuursrecht (Awb

Artikel 1:2
1 Onder belanghebbende wordt verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.
2 Ten aanzien van bestuursorganen worden de hun toevertrouwde belangen als hun belangen beschouwd.
3 Ten aanzien van rechtspersonen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

Artikel 5:1
1. In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.
(...)

Artikel 5:2
1. In deze wet wordt verstaan onder:
a. bestuurlijke sanctie: een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak;
b. herstelsanctie: een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding;
(...)

Artikel 5:31d
Onder last onder dwangsom wordt verstaan: de herstelsanctie, inhoudende:
a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en
b. de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.

Artikel 5:32
1. Een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.
(...)

Artikel 7:15
1. Voor de behandeling van het bezwaar is geen recht verschuldigd.
2. De kosten, die de belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, worden door het bestuursorgaan uitsluitend vergoed op verzoek van de belanghebbende voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.
3. Het verzoek wordt gedaan voordat het bestuursorgaan op het bezwaar heeft beslist. Het bestuursorgaan beslist op het verzoek bij de beslissing op het bezwaar.
(...)

Gemeentewet

Artikel 125
1. Het gemeentebestuur is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang.
(...)

Gemeente Amsterdam

Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)

Artikel 2.1
1. 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,
(...)
f. het slopen, verstoren, verplaatsen of in enig opzicht wijzigen van een rijksmonument of het herstellen, gebruiken of laten gebruiken van een rijksmonument op een wijze waardoor het wordt ontsierd of in gevaar gebracht,
(...)

artikel 2.3a
1.het is verboden een bouwwerk of deel daarvan dat is gebouwd zonder omgevingsvergunning in stand te laten.
2. het eerste lid blijft buiten toepassing indien voor het bouwen van het desbetreffende bouwwerk op grond van artikel 2.1, derde lid, geen omgevingsvergunning is of was vereist, met dien verstande dat indien in een dergelijk geval sprake is van een bouwwerk waarvan de aanwezigheid slechts een beperkte periode is toegestaan, het eerste lid uitsluitend buiten toepassing blijft gedurende die periode.

Artikel 5.17
Een besluit tot oplegging van een last onder bestuursdwang of oplegging van een last onder dwangsom gericht op naleving van het bepaalde bij of krachtens de betrokken wet kan inhouden dat het bouwen, gebruiken of slopen van een bouwwerk wordt gestaakt of dat voorzieningen, met inbegrip van het slopen van een bouwwerk, gericht op het tegengaan of beëindigen van gevaar voor de gezondheid of de veiligheid worden getroffen.

Besluit omgevingsrecht (Bor), bijlage II

Artikel 2
Een omgevingsvergunning voor activiteiten als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder a of c, van de wet is niet vereist, indien deze activiteiten betrekking hebben op:
1.gewoon onderhoud van een bouwwerk, voor zover detaillering, profilering en vormgeving van dat bouwwerk niet wijzigen;
(...)

Artikel 3a
Een omgevingsvergunning voor een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder f, van de wet is niet vereist, indien deze activiteit betrekking heeft op:
1.gewoon onderhoud als bedoeld in artikel 2, onderdeel 1, voor zover ook materiaalsoort en kleur niet wijzigen, en bij een tuin, park of andere aanleg, de aanleg niet wijzigt, of
2.een activiteit die uitsluitend leidt tot inpandige veranderingen van een onderdeel van het monument dat uit het oogpunt van monumentenzorg geen waarde heeft.

Gemeente Amsterdam

Artikel 4a

1. Onverminderd artikel 5, zijn de artikelen 2 en 3 slechts van toepassing op een activiteit die plaatsvindt in, aan, op of bij een rijksmonument als bedoeld in artikel 1.1 van de Erfgoedwet, een monument of archeologisch monument waarop artikel 9.1, eerste lid, onderdeel b, van de Erfgoedwet van toepassing is, een krachtens een provinciale of gemeentelijke verordening aangewezen monument dan wel een monument waarop, voordat het is aangewezen, een zodanige verordening van overeenkomstige toepassing is, voor zover het een activiteit betreft als bedoeld in:

a. artikel 2, onderdelen 1 en 2, of

b. artikel 2, onderdelen 4 tot en met 21, of artikel 3, onderdelen 4 tot en met 8:

1°. in, aan of op een onderdeel van het monument dat uit het oogpunt van monumentenzorg geen waarde heeft, of

2°. bij een monument.