Nr. 326
Overal 10.2.e

deKONING VERGOUWENadvocaten

Gemeente Amsterdam
30 AUG. 2018
Ontvangen

PER FALK COURIER
Gemeente Amsterdam Wonen
Afdeling Handhaving
Jodenbreestraat 25
1011 NH Amsterdam
Tevens per e-mail verzonden: handhavingwonen@amsterdam.nl

Amsterdam, 30 augustus 2018

ZIENSWIJZE VOORNEMEN LAST ONDER DWANGSOM EN BOETE

Onderwerp : Id, /Handhaving
Onze referentie : 20180720
Uw referentie :

Geacht college,

Namens **de heer** , wonende aan de Amsterdam en **de heer** , wonende aan de Amsterdam (hierna al dan niet gezamenlijk te noemen: '') dient ondergetekende hierbij zienswijzen in tegen uw drie voornemens van 17 augustus 2018 tot het:

- opleggen van een last onder dwangsom aan de heer ;
- opleggen van een last onder dwangsom aan de heer ;
- opleggen van een boete aan de heer ;

wegens - naar het oordeel van uw college - het exploiteren van een Bed and Breakfast (hierna: 'B&B') in strijd met de Amsterdamse huisvestingsverordening (hierna: 'de Huisvestingsverordening').

Inleiding en samenvatting

sophialaan 33 1075 bl amsterdam
tel. +31 (0)20 676 25 00 fax +31 (0)20 471 44 43
mail@dkva.nl www.dkva.nl
Stichting Beheer Derdengelden ING Bank NL35INGB0001469910 ABN Amro NL51ABNA0529178583

GLOBALADVOCATEN
THE GLOBAL LAW GROUP

1. De voornemens tot het opleggen van de lasten onder dwangsom en de boete zijn ingegeven door constateringen van toezichthouders van uw dienst op 13 augustus 2018. De toezichthouders hebben op die datum de woning aan de [redacted] bezocht en hebben gesproken met drie toeristen die in de woning aanwezig waren. Op basis van de aldus verkregen informatie is de voorlopige conclusie getrokken dat niet zou zijn voldaan aan de regels voor het in gebruik geven van de woning als B&B, als opgenomen in artikel 3.1.2 Huisvestingsverordening. Als zodanig zou er naar het voorlopig oordeel van uw college sprake zijn van een overtreding de Huisvestingswet (hierna: 'Hw') in de vorm van woningonttrekking, hetgeen op basis van artikel 21 sub a Hw niet is toegestaan indien daarvoor niet een door het bevoegd gezag geëiste vergunning is verstrekt.

2. [redacted] stelt zich op het standpunt dat voor de hem verweten gedraging op grond van de Huisvestingsverordening geen vergunningplicht als bedoeld in artikel 21 lid a Hw geldt, als gevolg waarvan het ontbreken van een vergunning geen overtreding oplevert. Hiervoor kan derhalve noch een last onder dwangsom, noch een boete worden opgelegd.

3. Daarnaast meent [redacted] dat - zo er al sprake zou zijn van een vergunningplicht als bedoeld in artikel 21 lid a Hw - hij heeft voldaan aan de eisen die aan B&B verhuur worden gesteld in artikel 3.1.2 lid 4 Huisvestingsverordening in samenhang met het bepaalde in Beleidsregel 12, zodat uit dien hoofde geen sprake is van een overtreding van de Huisvestingsverordening. Uw college is als zodanig niet bevoegd handhavend op te treden. Bovendien heeft te gelden dat bij het opleggen van een punitieve sanctie de bewijslast van de stelling dat er sprake is van een overtreding op uw college rust. Het door u aan het voorgenomen besluit ten grondslag gelegde bewijst levert onvoldoende basis voor de stelling dat sprake zou zijn van een overtreding.

4. Tot slot meent [redacted] dat, zo uw college al bevoegd zou zijn om een boete op te leggen, deze op nihil gesteld dient te worden, cq. dient te worden gematigd. [redacted] licht zijn standpunten hierna toe.

Ten aanzien van de lasten onder dwangsom en de boete

Geen overtreding vanwege ontbreken vergunningplicht

5. Op grond van het bepaalde in artikel 21 lid a Hw is het verboden om bepaalde categorieën woonruimten (door het college aan te wijzen) aan de woningvoorraad te onttrekken. Dit verbod geldt slechts indien en voor zover de gemeentelijke Huisvestingsverordening een dergelijke vergunningplicht kent. Is er geen vergunningplicht, dan kan dit artikel niet worden overtreden (en kan dus geen boete worden opgelegd of anderszins handhavend worden opgetreden).

6. De Huisvestingsverordening bepaalt in artikel 3.1.2 (samengevat) dat woonruimten zonder een vergunning op grond van artikel 21 lid d Hw niet (1) mogen worden onttrokken aan de bestemming tot bewoning of (2) met een andere woning worden samengevoegd, mits en zolang de bestemming tot bewoning overheersend blijft. Deze bepaling is onbegrijpelijk.

7. Ten eerste is deze bepaling onnavolgbaar vanwege de combinatie van het verbod met de zinsnede 'mits... overheersend blijft'. De bepaling komt er hierdoor op neer dat het verboden is woonruimte zonder vergunning te onttrekken in het geval dat de bestemming tot bewoning overheersend blijft. Dat is niet te volgen. De bepaling kan alleen logisch worden gemaakt als het woord 'mits' wordt vervangen door het woord 'tenzij'.

8. Ten tweede omdat het verbod slechts geldt voor zover het betreft een vergunning op grond van artikel 21 lid d Hw; een vergunning die is vereist voor het splitsen van woonruimte; niet voor het onttrekken of samenvoegen van woonruimte.

9. In combinatie met het gegeven dat tabel 2 bij de Huisvestingsverordening bepaalt dat een overtreding van artikel 21 lid a Hw wordt beboet en niet het in artikel 3.1.2 van de Huisvestingsverordening genoemde 21 lid d Hw, moet de conclusie zijn dat de Huisvestingsverordening geen, althans onvoldoende basis biedt voor het opleggen van een boete op grond van artikel 21 lid a Hw cq. dat artikel 3.1.2 lid 1 van de Huisvestingsverordening onverbindend is wegens strijd met de rechtszekerheid. Het desondanks opleggen van een boete of het anderszins handhavend optreden is in strijd met het nulla poena-beginsel.

10. Ten aanzien van alle drie van uw voorgenomen besluiten geldt dan ook primair dat van de voornemens behoort te worden afgezien omdat de gedraging die uw college [redacted] verwijt in dit geval geen overtreding van artikel 21 a Hw oplevert.

Geen overtreding omdat is voldaan aan artikel 3.1.2 lid 4 Huisvestingsverordening

11. Gesteld dat de Huisvestingsverordening wél de juridische basis zou bieden voor een vergunningplicht voor het onttrekken van woonruimte (hetgeen hierboven gemotiveerd is betwist), dan is van belang dat voor specifieke vormen van B&B verhuur deze vergunningplicht niet geldt. Deze eisen zijn opgenomen in Beleidsregel 12. [redacted] voldoet aan Beleidsregel 12.

12. Voordat de woning gedeeltelijk als B&B in gebruik werd genomen is daarvan (a) de vereiste melding gedaan, (b) het percentage van 40% dat in gebruik is bij toeristen wordt niet overschreden, (c) de hoofdbewoner heeft zijn hoofdverblijf in de woning en woont daar feitelijk ook (en staat dus ingeschreven in Basisregistratie personen (BRP) van Amsterdam), (d) er wordt aan maximaal 4 personen logies verleend, (e) de B&B beschikt over maximaal 4 slaapplaatsen voor gasten, (f) de hoofdbewoner exploiteert de B&B zelf en (g) de B&B wordt gevoerd in een deel van een zelfstandige woning.

13. Uw college stelt zich in de voorgenomen besluiten op het standpunt dat niet is voldaan aan de eis hierboven onder b gesteld; het toegestane percentage dat in gebruik is door B&B gasten. Tussen [redacted] en uw college staat niet ter discussie dat voor het overige geen sprake is van overtreding van enig voorschrift. Desondanks merkt [redacted] op dat de aanwezigheid van slaapbanken in de woning niet betekent dat er slaapplaats zou zijn geboden aan meer dan vier toeristen. Dat dat zo zou zijn, blijkt overigens ook niet uit het rapport van bevindingen: het rapport maakt slechts melding van de aanwezigheid van slaapbanken, niet dat deze in gebruik zouden zijn gegeven aan toeristen. De slaapbanken (bij het inrichten van de woning heeft [redacted] voor de meest voordelige banken gekozen; dat waren deze slaapbanken) werden en worden louter gebruikt als bank.

14. Uw college stelt zich in de voorgenomen besluiten op het standpunt dat niet zou zijn voldaan aan Beleidsregel 12 omdat niet minimaal 60% van de woning exclusief door de

hoofdbewoner wordt gebruikt. Deze constatering is onjuist.

15. Op basis van Beleidsregel 12 het niet is toegestaan om het B&B gedeelte te verhuren als zelfstandige woonruimte. Het is dus uitdrukkelijk de bedoeling om een gedeelte van de zelfstandige woning te verhuren (bijvoorbeeld een kamer) dat niet beschikt over de drie basisvoorzieningen voor een zelfstandige woning (toilet, wasruimte en kookgelegenheid). Een eigen opgang ten behoeve van de B&B is evenmin toegestaan. Deze vereisten brengen met zich dat de B&B gasten per definitie gebruikmaken van de voorzieningen van de hoofdbewoner én van de verkeersruimten.

16. Beleidsregel 12 bepaalt dat het niet is toegestaan om méér dan 40% van de totale gebruiksoppervlakte van de woning exclusief in gebruik te geven aan toeristen. Het medegebruik van verkeersruimten en het gezamenlijk gebruik van badkamer, toilet en keuken maakt geen onderdeel uit van dit percentage aangezien deze voorzieningen ten dienste staan van de hoofdbewoner en 'slechts' worden mede gebruikt door de B&B gasten. Het door [redacted] in gebruik gegeven gedeelte van de woning op de eerste verdieping beschikt wel over een wasruimte, maar niet over een keuken. [redacted] hecht er waarde aan dit te benadrukken, aangezien het hem is opgevallen dat in het rapport van bevindingen bij de toelichting op de foto's verschillende malen expliciet wordt aangegeven dat op de eerste verdieping een open keuken aanwezig zou zijn. Die toelichting geeft een verkeerd beeld, als zou op de eerste verdieping sprake zijn van een zelfstandige wooneenheid. Dat is niet het geval. Hoewel in de voorgenomen besluiten niet is terug te lezen dat uw college van mening zou zijn dat sprake zou zijn van overtreding van Beleidsregel 12 in de vorm van het verhuren van een zelfstandige woonruimte, wil [redacted] voorkomen dat hier onduidelijkheid over ontstaat. Op de eerste verdieping is een pantry aanwezig zónder kookgelegenheid - dat is een keuken. [redacted] heeft er bewust voor gekozen de pantry niet te voorzien van een kookgelegenheid, omdat het niet zijn bedoeling is de eerste verdieping om te vormen naar een zelfstandige woonruimte.

17. De ruimte op de derde verdieping beschikt niet over een kookgelegenheid, noch over een toilet of wasruimte. De B&B gasten van deze kamer maken daarom ook gebruik van de badkamer van de hoofdbewoner (deze bevindt zich op de derde verdieping) en van het toilet en de keuken van de hoofdbewoner op de tweede verdieping (en van de

verkeersruimten). Dat is conform Beleidsregel 12.

18. Dat een van de in de woning verblijvende toeristen heeft aangegeven dat het hem is toegestaan om op de tweede verdieping te komen, moet in het licht van het toegestane medegebruik van deze voorzieningen worden bezien. Uit de door uw toezichthouders opgenomen verklaring van deze persoon kunnen dan ook geen verderstrekkende conclusies worden getrokken dan dat het medegebruik van de voorzieningen op deze verdieping is toegestaan. Uit het constateringsrapport blijkt in ieder geval niet dat uw toezichthouders de persoon in kwestie hebben gevraagd om verduidelijking teneinde vast te stellen of het louter zou gaan om medegebruik van voorzieningen, of dat de afspraak was gemaakt dat men op de tweede verdieping ook mocht verblijven. Het spreekt vanzelf dat de toerist in kwestie zich in ieder geval niet van het belang van dit onderscheid bewust is geweest (en het lijkt erop dat de toezichthouders zich daarvan evenmin bewust waren).

19. In uw voorgenomen besluiten heeft u de systematiek van Beleidsregel 12 uit het oog verloren. In deze besluiten geeft u immers het volgende aan: '*De B&B voorwaarden zijn nader uitgewerkt in de beleidsregels over het wijzigen van de woonruimtevoorraad. Hierin is ondermeer bepaald dat de exploitant van de B&B minimaal 60% van de woning zelf (exclusief) moet gebruiken.*' Dat is niet juist. Beleidsregel 12 stelt niet de eis van een minimum oppervlakte van 60% exclusief gebruik door de hoofdbewoner. Beleidsregel 12 stelt een maximum van 40% van exclusief gebruik door de B&B gast; dat zijn twee verschillende zaken.

20. Uw college had conform Beleidsregel 12 eerst moeten nagaan wat de gebruiksoppervlakte is van de totale woning. Daarna had uw college moeten nagaan welke ruimten exclusief door toeristen worden gebruikt. Tot slot had moeten worden berekend welk percentage van het totale oppervlak door de hoofdbewoner aan toeristen in gebruik is gegeven. Dat heeft u verzuimd, reden waarom uw voorgenomen besluit onzorgvuldig is voorbereid en van een ondeugdelijke motivering is voorzien.

21. [redacted] heeft de berekening inmiddels zelf uitgevoerd op basis van de tekeningen die uw college bij het constateringsrapport heeft overgelegd. Omdat hierop geen schaalverdeling is gemaakt, houdt [redacted] de werkelijke afmetingen op de tekening in

centimeters aan. Omdat het doel is om te komen tot een percentageberekening, doet het niet ter zake dat uw tekeningen geen schaalverdeling kennen.

22. De totale woning op de tekeningen heeft een gebruiksoppervlakte van (in vierkante centimeters en afgerond) 265. Op de eerste verdieping is de slaapkamer, het toilet met doucheruimte en de open keuken zonder kookgelegenheid in gebruik gegeven aan B&B gasten. Deze ruimte heeft een oppervlakte van circa 66 (ook weer afgerond en in vierkante centimeters). De kamer op de derde verdieping heeft een oppervlakte van circa 39 (afgerond en in vierkante centimeters). In totaal is er als zodanig minder dan 40% van de woning in gebruik gegeven aan toeristen, hetgeen in overeenstemming is met Beleidsregels 12.

Niet voldaan aan bewijslast

23. Volgens Afdelingsjurisprudentie is een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden noodzakelijk teneinde tot de conclusie te kunnen komen dat sprake is van een overtreding [redacted] meent dat de vereiste deugdelijke en controleerbare vaststelling van de feiten zijdens uw college ontbreekt. Zoals hierboven onder randnummers 11 tot en met 22 uiteengezet, heeft u zich op geen enkele wijze rekenschap gegeven van de grootte van de woning, de gebruiksoppervlakte ten behoeve van de B&B en de omvang van het gebruik van de woning door de hoofdbewoner. Het voornemen om handhavend op te treden is gebaseerd op één enkele constatering, waarbij onvoldoende is doorgevraagd aan de personen ter plaatse om tot een goede vaststelling van de feiten te komen en waarbij op geen enkele controleerbare wijze sprake is van vaststelling van de relevante feiten. Ook om die reden dient te worden afgezien van handhavend optreden.

Tussenconclusie

24. Het standpunt van uw college dat sprake zou zijn van een overtreding van de Huisvestingsverordening en Hw is, gelet op het bovenstaande, onjuist. Uw voornemen is

---

[1] ABRvS 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1179 en ABRvS 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2666.

in strijd met de Hw, de Huisvestingsverordening en de daarop gebaseerde beleidsregels. Het voorgenomen besluit is onzorgvuldig voorbereid en van een ondeugdelijke motivering voorzien.

Ten aanzien van de voorgenomen boete

Subsidiair: matiging

25. Voor zover er al sprake zou zijn van een overtreding van de Huisvestingsverordening - hetgeen zijdens [redacted] uitdrukkelijk wordt betwist - heeft te gelden dat termen aanwezig zijn om de voorgenomen boete te matigen.

26. Het opleggen van een bestuurlijke boete is geen verplichting, maar een (discretionaire) bevoegdheid waarvan gebruik kan worden gemaakt. Een bestuurlijke boete is een punitieve sanctie. Als een bestuursorgaan gebruikmaakt van de bevoegdheid om een boete op te leggen dan moet, gelet op artikel 3:4 van de Awb en gelet op artikel 6 van het EVRM, in volle omvang worden getoetst of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. Op grond van artikel 5:46 lid 3 Awb is het college expliciet bevoegd de boete te matigen; het wettelijk voorschrift op basis waarvan de boete wordt opgelegd bepaalt de maximale hoogte van de boete. Niet alleen de mate van verwijtbaarheid kan aanleiding vormen voor matiging van de opgelegde boete, maar ook factoren als intensiteit en duur van de overtreding kunnen een rol spelen bij de beoordeling van de evenredigheid van de boete.[2]

27. Het college kan dus niet volstaan met het aantonen dat er sprake is (geweest) van een overtreding, maar zal ook de duur en de ernst van de overtreding moeten vaststellen en aan de hand daarvan de hoogte van de boete moeten vaststellen.[3]

28. [redacted] voelt zich in zijn standpunt - dat het college bij het opleggen van een boete zal

---

[2] Vgl CRvB 2 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2107 en Rb Amsterdam 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5173.

[3] ABRvS 12 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:216:2693, r.o. 3.1.

moeten beoordelen of sprake was van bijzondere omstandigheden - gesteund door rechtspraak. In een geval waarin sprake was van incidentele verhuur van korte duur die de betrokkene slechts gering financieel voordeel opleverde, heeft de Afdeling bijvoorbeeld aanleiding gezien om de door het college van Amsterdam opgelegde boete met 50% te matigen.[4]

29. Het college moet er ook rekening mee houden dat [redacted] geen professionele verhuurder is. In dat verband wijst hij op de uitspraak van de Afdeling van 11 mei 2016.[5] In deze uitspraak matigde de Afdeling een boete van € 12.000,00, opgelegd door de gemeente Amsterdam tot een bedrag van € 3.000,00. In die situatie oordeelde de Afdeling expliciet dat ook in gevallen waarin de gemeentelijke verordening geen ruimte geeft om rekening te houden met bijzondere omstandigheden (zoals het niet bedrijfsmatig handelen), het bestuursorgaan, bij het opleggen van een boete, zich rekenschap zal moeten geven van bijzondere omstandigheden die nopen tot matiging van het boetebedrag. In een vergelijkbare zaak, waarbij de gemeente Den Haag een boete van € 12.500,00 oplegde, zag de Afdeling reden om te matigen naar € 7.500,00 omdat de beboete gedraging niet bedrijfsmatig plaatsvond.[6] In haar uitspraak van 31 augustus 2016 oordeelde de Afdeling in een soortgelijke kwestie dat een boete van € 4.000,00 die door de gemeente Rotterdam was opgelegd, door de rechtbank in eerste aanleg terecht was gematigd tot € 2.000,00 vanwege het niet bedrijfsmatige karakter van de verweten gedraging.[7]

Tussenconclusie

30. Op basis van de constateringen die uw toezichthouders hebben gedaan, kan geen enkele conclusie worden getrokken ten aanzien van de duur en de ernst van de overtreding - zo er al sprake is van een overtreding. [redacted] geeft uw college dan ook ter overweging om - mocht het tot een boeteoplegging komen - de boete om bovenstaande redenen te

---

4 ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:649, r.o. 3.3.

5 ABRvS 11 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2016:1277.

6 ABRvS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:288.

7 ABRvS 31 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2348.

matigen.

Conclusie en verzoek

Gelet op het bovenstaande moet worden geconcludeerd dat geen sprake is van overtreding van Hw, Huisvestingsverordening, Beleidsregel 12 of welke andere regel dan ook. [redacted] verzoekt uw college dan ook primair om af te zien van handhavend optreden en het opleggen van de aangekondigde boete. Subsidiair verzoekt [redacted] uw college - voor het geval u desondanks overgaat tot het opleggen van een boete - de boete te matigen.

[redacted]