Per aangetekende post

burgemeester & wethouders van Amsterdam
Toezicht & Handhaving Bouw en Gebruik Stadsdeel Zuid
Postbus 74019
1070 BA AMSTERDAM

Ons kenmerk	2020560284-01	*Mobiel nummer*	
		Doorkiesnummer	(070) 41 28 125
Uw kenmerk	Z-2020 – Z007085-001	*Faxnummer*	(070) 43 42 300
Behandeld door		*E-mail*	

Onderwerp: Zienswijzen op voornemen handhavend optreden van 23 juli 2020

Den Haag, 5 augustus 2020

Geachte ,

Op basis van hun rechtsbijstandverzekering behartig ik de belangen van , wonende aan de Govert Flinckstraat 126-H te (1072 EM) Amsterdam en hierna te noemen: belanghebbenden.

Belanghebbende hebben zich tot mij gewend in reactie op het voornemen van uw college van 23 juli 2020 met het bovengenoemde kenmerk. U treft een kopie van dit document aan onder *productie 1* bij deze brief.

In deze vooraankondiging tot handhavend optreden geeft u, kort samengevat, aan dat mijn cliënten op het achtererf meer bouwwerken aanwezig hebben dan de tuin- en woonbestemming van het ter plaatse vigerende bestemmingsplan toestaan.

Namens belanghebbenden wens ik als volgt te reageren op het voornemen van uw college waarbij ik u beleefd verzoek om de verdere correspondentie aangaande deze procedure aan mij te richten en, mogelijk ten overvloede vermeld, daarbij ons dossiernummer te vermijden.

Wat vooraf ging
Belanghebbenden zijn op 6 juli 29020 eigenaar geworden van de voornoemde woning aan de Govert Flinckstraat 126/H te Amsterdam. Nadat zij uw brief van 23 juli 2020 hebben ontvangen, hebben zij onmiddellijk contact opgenomen met degene van wie wij de woning hebben gekocht, te weten Lisama Holding B.V. (hierna te noemen: Lisama).

Lisama is de partij geweest die recent de verbouwing van de woning heeft uitgevoerd. Zij laat u weten onaangenaam verrast te zijn door de brief van 23 juli 2020. In de vooraankondiging wordt gesteld dat de recent gerealiseerde uitbouw in strijd met de regelgeving uit het bestemmingsplan zou zijn gebouwd terwijl Lisama oprecht in de veronderstelling verkeerde dat wel conform het bestemmingsplan en overige bouwregels is verbouwd. Voorafgaand aan de bouw heeft Lisama namelijk het nodige voorwerk gedaan. Daarbij heeft zij zich onder meer laten leiden door de Folder vergunningsvrij bouwen[1].

Op basis van de door Lisama bestudeerde informatie in samenhang met de situatie ter plaatse was zij in de veronderstelling dat vier meter vanuit de achtergevel vergunningsvrij mocht worden aangebouwd[2].
Ik kom daar zo dadelijk op terug.

Algemeen
Als eerste merk in het algemeen op dat een termijn van twee weken om desgewenst een zienswijze aan te voeren, zeker in deze tijd van het jaar, als onredelijk kort moet worden beschouwd. Daarbij valt in acht te nemen dat het niet gaat om een situatie die kan leiden tot brand- en constructiegevaarlijke omstandigheden.

Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in Den Haag geldt ten aanzien van de beginselplicht tot handhavend optreden de volgende overweging die vrijwel standaard in uitspraken is terug te vinden:

> *"Gelet op het algemeen belang dat is gediend met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien."*

Het gaat thans met name om de laatste zin en dan welk belang uw college thans heeft bij het toepassen van handhavende maatregelen jegens belanghebbenden in de zin wel handhavend moet worden opgetreden en geen andere keuze bestaat. Meer specifiek betekent het dat handhavend optreden wel evenredig is ten aanzien van een geconstateerde overtreding.

Op luchtfoto's is namelijk zichtbaar dat in de directe nabijheid van de woning van belanghebbenden meer bebouwing in de zin van aan- en uitbouwen zichtbaar is die diep in het achtererfgebied strekt. Los van de vraag of dit onder de bouwvoorschriften van voorafgaande bestemmingsplannen is gerealiseerd, maakt het duidelijk dat tot zeer recent het realiseren van bebouwing aan de achterzijde van de woning tot de mogelijkheden heeft behoord en dit vanuit stedenbouwkundig opzicht aanvaardbaar werd geacht door uw college en de rechtsvoorgangers.

---

[1] https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2018/07/01/vergunningvrij-bouwen-bijbehorend-bouwwerk
[2] Artikel 2.1, eerste lid, sub a. of c. van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) in samenhang met artikel 2, derde lid, sub a. en verder van Bijlage II van het Besluit omgevingsrecht (Bor) dan wel artikel 3, eerste lid van het Bor.

Evenzeer wijs ik op de procedure die speelt bij de woningen die recent zijn opgeleverd aan het Van Bossepad 1 en 3 waar in afwijking van de omgevingsvergunning uit 2009 (toen nog bouwvergunning geheten) te hoog is gebouwd en waar uw college dan wel het Dagelijks Bestuur van Stadsdeel West voornemens is om deze overtredingen te legaliseren, zulks ten nadele van de bewoners die direct aan de achterzijde van deze woningen wonen en een wand van 3,80 meter mogen verwachten. Hier is in de plaatselijke pers ook bericht van gemaakt. Daar staat tegenover dat in de onderhavige situatie omwonenden niet worden gehinderd van een aan- en/of uitbouw aan de achterzijde van de woning.

Gerechtvaardigd vertrouwen
De juistheid van het uitgangspunt dat tot vier meter mocht worden gebouwd, is vervolgens expliciet bevestigd door . is in dienst bij de gemeente Amsterdam als inspecteur bouw- en woning toezicht. Hij heeft recent twee keer de toekomstige woning van belanghebbenden bezocht, zulks om te verifiëren of Lisama op juiste wijze de verbouwing had gerealiseerd. De eerste keer was begin juni 2020. Het tweede bezoek heeft op 6 juli 2020 in de ochtend plaatsgevonden.

Op laatstgenoemde datum is de woning aan belanghebbenden bij notariële akte geleverd. Voorafgaand aan dit tweede bezoek heeft via Funda contact opgenomen met Lisama. Daarbij is door hem het als *productie 2* aangehechte bericht achtergelaten. In dit bericht geeft hij aan dat zijn bezoek tot het doel heeft om een controle uit te voeren of terecht vergunningsvrij is verbouwd met het oog op recent gewijzigde regelgeving. Naar aanleiding van voornoemd bericht heeft Lisama bevestigd dat een controle kan worden uitgevoerd. Daarbij heeft Lisama het constructieplan, de statische berekening, een tekening van de nieuwe situatie alsmede de folder vergunningsvrij bouwen naar toegezonden.

Tijdens het bezoek op 6 juli 2020 heeft de bouwkundige maatvoering zorgvuldig ingemeten. Hij had het vermoeden dat Lisama ten onrechte een klein deel van de tuin had bebouwd. Na uitvoering van de meting bleek dit echter niet het geval te zijn. Bij het bezoek van waren meerdere personen in de woning aanwezig die kunnen bevestigen dat aan Lisama heeft medegedeeld dat er niets aan de hand was en dat alles volgens de regels was uitgevoerd.

Uit de vooraankondiging maken belanghebbenden thans op dat dit kennelijk niet het geval is en dat evenmin sprake kan zijn van legalisatie. Belanghebbenden zijn hier ontstemd over en zijn van oordeel uw college onrechtmatig jegens hen handelt door haar bericht van 23 juli 2020. Het gaat namelijk inhoudelijk rechtstreeks in op de eerdere toezeggingen die namens u college zijn gedaan. Belanghebbenden en Lisama menen dat vertrouwd had mogen worden op de uitspraken gedaan door die hij immers uit hoofde van zijn functie en namens uw college ondubbelzinnig heeft gedaan richting alle betrokkenen en waaruit moge blijken dat in redelijkheid uw college van handhavend optreden moet afzien[3]. Toepassing van het stappenplan leidt tot de conclusie dat sprake is van een uitlating dan wel toezegging namens uw college die voldoende kracht biedt om als een vorm van gewekt vertrouwen te kwalificeren.

Indien in juni dan wel op 6 juli 2020 aan Lisama had medegedeeld dat zij de woning in strijd met de geldende regels van de Wabo, het Bor en bestemmingsplan “De Pijp” had verbouwd dan wel had uitgebreid dan had Lisama de woning niet aan belanghebbenden verkocht en laten overdragen.

[3] Uitspraak Raad van State, 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, m.n. rechtsoverweging 11

Belanghebbenden hebben op dat moment kunnen overwegen om van de koop af te zien en de overeenkomst desnoods te laten ontbinden. Zij ondervinden bij het voortzetten van de dwangsomprocedure schade waar uw college op basis van de uitspraken van aansprakelijk voor kan worden gehouden. Strikt genomen, geldt dat ook voor de door Lisama geleden schade.

Het bovenstaande maakt tevens dat zij niet kunnen worden aangemerkt als overtreders in de zin van het niet handelen op basis van het bepaalde in artikel 2.1, eerste lid, sub a. van de Wabo en subsidiair artikel 2.3, eerste lid van de Wabo.

Afwijkingenbeleid
Uw college stelt dat legalisatie in de vorm van een planologische afwijking ex artikel 2.12, eerste lid, sub a., onder 2 van de Wabo in samenhang met artikel 4, eerste lid van Bijlage II van het Besluit omgevingsrecht (Bor) niet aan de orde kan zijn. Voorheen is dit bekend als de kruimelgevallenregeling. U verwijst daartoe naar de Beleidsregels afwijkingen omgevingsvergunning, zoals vastgesteld op 2 juli 2019 door het Dagelijks Bestuur van Stadsdeel Zuid, in het bijzonder paragraaf 5 onder A. Ten onrechte wordt nagelaten om te toetsen of de in paragraaf B. en C. genoemde uitzonderingsmogelijkheden in deze van toepassing kunnen zijn.

Daarbij moet in acht worden genomen dat de bebouwing van het achtererfgebied niet grenst aan de openbare weg of openbaar gebied, het bebouwingspercentage van dit achtererf niet meer dan vijftig procent bedraagt niet is gebleken dat de woonbelangen van direct omwonenden worden geschaad. Ten aanzien van dat laatste zij opgemerkt dat de Vereniging van Eigenaren heeft ingestemd met het bouwplan. Eveneens blijkt uit de toelichting op bladzijde 22 van dit afwijkingenbeleid dat uw college cq. het Dagelijks Bestuur kennelijk ook niet zover wenst te gaan dat iedere uitbreiding buiten de norm van 2,50 meter vanuit de hoofdwoning behoort te worden tegengehouden.

Blijkens de inhoud van deze paragrafen wordt niet meer ingestemd met afwijkingen van het bestemmingsplan die verder reiken dan de bouwvoorschriften van het bestemmingsplan “De Pijp”.

Waar uw college stelt dat een afwijking van de bouwvoorschriften van het bestemmingsplan ex artikel 2.12, eerste lid, sub 3 van de Wabo – namelijk waar een goede ruimtelijke onderbouwing wordt gegeven en geen sprake is van een inbreuk op een goede ruimtelijke ordening – wordt een omgekeerde redenering toegepast. In tegenstelling tot hetgeen is verwoord, is het namelijk niet aan belanghebbenden om zulks aannemelijk te maken, maar is het aan het bestuursorgaan om te oordelen of van die afwijkingsmogelijkheid gebruik kan worden gemaakt. Uw college heeft belanghebbenden of Lisama ook niet gevraagd om daartoe een standpunt in te nemen.

Hiermee gaat uw college verder dan de wetgever in Den Haag mogelijk heeft willen maken om planologische afwijkingen toe te staan. Thans wordt de toepassing van deze regeling nodeloos belemmerd. Bovendien doet uw college ten onrechte het voorkomen dat de gehele aan-/uitbouw als zijnde in strijd is met de bouwregelgeving en het bestemmingsplan. Voor het deel van het bouwwerk dat het dichtst tegen het hoofdgebouw is gelegen, maximaal 2,50 meter afstand van de achtergevel, gaat dat niet op. De grondslag onder het voornemen is rechtens onjuist.

Verder kan niet worden gevolgd waarom bij de afwegingen die aan uw voornemen van 23 juli 2020 niet is aangegeven of legalisatie eventueel mogelijk is indien alsnog een groen dak wordt aangebracht. Voor zover wordt gesteld dat niet bekend is of wordt voldaan aan het waterbergend vermogen van het bouwwerk, dan had het op de wege van uw college behoren te liggen – zeker indien dwangsommen worden opgelegd – om zo gedetailleerd mogelijk onderzoek te doen. Thans wordt een potentieel handhavend optreden gebaseerd op aannames en wordt niet voldaan aan de onderzoeksvereisten ex artikel 3:2, 3:4 en 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Conclusie
Op grond van het bovenstaande stel ik namens belanghebbenden en indirect ook Lisama vast dat de grondslag om toepassing te geven aan handhavend optreden door middel van een last onder dwangsom onterecht is en geen toepassing kan vinden.

Niet alleen is een legalisatie middels een planologische afwijking nog mogelijk, maar is tevens sprake van gerechtvaardigd vertrouwen door een medewerker die namens uw college heeft gehandeld en die aan verdere toepassing van het opleggen van een last onder dwangsom in de weg staat.

Reden waarom ik u beleefd verzoek om de vooraankondiging te herzien en af te zien van handhavend optreden.

Ik vertrouw erop uw college voldoende te hebben ingelicht en zie uw reactie graag tegemoet.

Hoogachtend,
ARAG Rechtsbijstand

Bijlagen: als genoemd.