SIX advocaten

**Spreekaantekeningen** 5.1,2,e
**t.b.v. hoorzitting** **12 oktober 2021**
**inzake bezwaarprocedure** **Last onder dwangsom**
5.1,2,e 5.1,2,e **Amsterdam**
**met kenmerk** **JB.20.014394.001-19 (gemeente Amsterdam)**
**64.064 (SIX advocaten)**

1. Ik wil graag eerst kort ingaan op de formele punten.

2. Wat betreft de belanghebbendheid van Lisama Holding B.V. wordt volledig voorbijgegaan aan de bijzondere positie waarin de bezwaarden zich verkeren. Het klopt dat Lisama geen eigenaar van het pand meer is. Dat gaat echter volledig voorbij aan het feit dat Lisama de bouwwerkzaamheden heeft uitgevoerd, dat Lisama vanaf het begin betrokken is geweest bij dit geschil, dat Lisama uit hoofde van de wet aansprakelijk zal zijn om de schade van de betrokkenen te vergoeden, en dat Lisama daardoor een net zo groot, dan wel groter belang heeft bij het aanvechten van dit besluit.

3. In de woorden van Widdershoven in zijn conclusie over belanghebbendheid [ECLI:NL:CRVB:2018:3474], zoals ook gevolgd door de hoogste bestuursrechter in die zaak: de bijzondere positie van Lisama in deze zaak rechtvaardigt een zelfstandige aanspraak op rechtsbescherming omdat de uitkomst van deze zaak de rechtspositie van Lisama direct beïnvloedt, omdat de handelwijze van Lisama de aanleiding vormt voor het onderhavige geschil, en Lisama daardoor net zo'n groot belang, dan wel groter belang heeft om haar speciale positie in rechte te verdedigen.

4. Dan de inhoudelijke discussie. Inhoudelijk is het hetzelfde verhaal voor alle bezwaarden, het inhoudelijke verhaal en verweer verandert dus niet. Om herhaling te voorkomen zal ik voor nu alleen puntsgewijs reageren op het verweerschrift:

**De eerste stap: toezegging**

5. Vooropgesteld moet worden dat niet betwist wordt dat de toezichthouder heeft gezegd dat het bouwwerk er goed uit zag, het helemaal goed was, dat er conform de regels is gebouwd en dat hij geen problemen meer zag omdat alles in orde was.

6. De discussie spitst zich voor zowel het eerste als tweede bezoek toe op de vraag of een burger bij deze mededeling had moeten begrijpen dat de betreffende toezichthouder alleen had getoetst aan het Besluit omgevingsrecht en niet aan het bestemmingsplan.

7. Verweerder stelt namelijk dat een burger had moeten begrijpen dat de toezichthouder, bij de vraag of het bouwwerk inderdaad vergunningvrij was, alleen getoetst heeft aan – wat verweerder noemt – de vergunningsvrije regels, zonder dat daarbij rekening is gehouden met het bestemmingsplan.

8. Ten eerste is dit juridisch al onjuist. Verweerder schetst het beeld alsof enerzijds het Besluit Omgevingsrecht bestaat en anderzijds het bestemmingsplan, als aparte toetsingskaders.

9. Het Besluit omgevingsrecht sluit echter expliciet aan bij het bestemmingsplan. Een bouwwerk voldoet pas aan artikel 2 van dat Besluit als gebouwd is op een "erf" en de definitie van een erf verwijst expliciet naar het ter plaatse geldende bestemmingsplan.

10. Met andere woorden: het bestemmingsplan vormt nadrukkelijk een onderdeel van de regels of al dan niet vergunningvrij mag worden gebouwd. Je kunt niet stellen dat iets vergunningvrij is, **maar** het bestemmingsplan beperkt dit. Dan is dat gewoon **niet** vergunningvrij.

11. Het gekunstelde onderscheid dat verweerder probeert te maken tussen het Besluit omgevingsrecht en het bestemmingsplan gaat daarom niet op. Dat gekunstelde onderscheid wordt overigens mooi weergegeven in de volgende zinnen uit het verweerschrift, waarin gesteld wordt dat door de toezichthouder:

    *"[...] niet [is] aangegeven dat het bouwwerk geheel vergunningvrij was. De toezichthouder heeft aangegeven dat aan de regelgeving voor vergunningsvrij bouwen werd voldaan."*

12. Van een burger kan niet gevergd worden dat onderscheid te snappen (daargelaten dat dit juridisch al niet klopt).

13. Ten tweede gaat verweerder hier volledig voorbij aan de verschuiving van de jurisprudentie in 2019 (specifiek de uitspraak van de Afdeling van 29 mei 2019), waarin zo duidelijk is geoordeeld dat bij de vraag of sprake is van een toezegging moet worden gekeken naar wat een redelijk denkende burger mag en moet begrijpen.

14. Het gaat evident te ver om te vergen dat een burger dit (zelfs voor een jurist gekunstelde) onderscheid had moeten begrijpen:

    U *heeft voldaan aan de regels voor vergunningvrij bouwen, maar het is niet vergunningvrij.*

    *Ja, het bestemmingsplan beperkt de vergunningvrije mogelijkheden, maar die hebben wij niet beoordeeld toen we zeiden dat het conform de regels voor vergunningvrij bouwen was.*

    *Ja, het Besluit omgevingsrecht verwijst zelf ook naar het bestemmingsplan voor de vraag of iets vergunningvrij is, maar dat beoordelen wij niet als we zeggen dat iets conform de regels voor vergunningvrij bouwen is.*

15. Bezwaarden hadden wel degelijk mogen begrijpen dat ook aan het bestemmingsplan is getoetst. Dat ook dit werd beoordeeld wordt overigens zelfs bevestigd door de

gemeente Amsterdam zelf: zoals de toezichthouder in het bericht via Funda heeft geschreven en zoals verweerder ook toegeeft in het verweerschrift: de toezichthouder heeft voorafgaand aan het tweede bezoek verwezen naar recent gewijzigde regelgeving, namelijk de wijziging van het bestemmingsplan inhoudende een beperking van het vergunningvrij bouwen.

*Wij wijzen u wel op het bestemmingsplan als beperking op het Besluit omgevingsrecht, maar u moet begrijpen dat als wij zeggen dat het conform de regels is gebouwd en wij geen problemen zien, wij ons beperken tot een deel de geldende regelgeving, en daartoe behoort niet het bestemmingsplan waar we u zelf nog op gewezen hebben.*

16. Ik wil in dit kader reageren op een paar concrete stellingen van verweerder:

- dat de toezichthouder mag vertrouwen op de mededeling dat vergunningvrij is gebouwd: de taak van de toezichthouder is nu juist zoiets te controleren. Die taak heeft hij ook op zich genomen door tweemaal langs te komen en het bouwwerk te controleren en hij heeft het bouwwerk akkoord bevonden;

- dat de toezichthouder tijdens het eerste bezoek geen maten heeft opgenomen of berekeningen heeft verricht: het gaat ook niet om een kwestie van een halve meter meer of minder waardoor er geen uitspraak over gedaan zou kunnen worden. Het gaat om hele meters. Een toezichthouder die de regelgeving goed voor ogen heeft (zoals zou moeten), zou dit direct zijn opgevallen. Evident is dat de toezichthouder zelf ook dacht dat dit voldeed aan de regels voor vergunningvrij bouwen en dat is dus inclusief het bestemmingsplan.

  Bovendien is er voorafgaand aan en tijdens het tweede bezoek wel gemeten. Voorafgaand aan het tweede bezoek zijn tekeningen gedeeld met de toezichthouder. Vervolgens heeft de toezichthouder gemeld nogmaals langs te willen komen, omdat er misschien **net iets teveel vierkante meters** gebouwd zou zijn. Net iets teveel vierkante meters, niet het hele bouwwerk, niet het halve bouwwerk, **net** iets teveel. Daaruit hoeft een burger niet te begrijpen dat over de rest van het bouwwerk ook nog getwijfeld zou worden, zeker niet in combinatie met de toezegging tijdens het tweede bezoek dat alles conform de regels was gebouwd.

17. Er is dus wel degelijk sprake van een welbewuste standpuntbepaling die kan worden aangemerkt als een toezegging, zelfs twee toezeggingen waaraan terecht het vertrouwen is ontleend dat sprake was van – wat verweerder noemt – een geheel vergunningvrij bouwwerk.

**De tweede stap: toerekening**

18. Het gaat hier om een zaak waar door een toezichthouder tweemaal aan een burger is medegedeeld dat de uitbouw conform wet- en regelgeving is gebouwd. Eenmaal op 27

mei 2020 (vóór de verkoop van de woning) en eenmaal op 6 juli 2020 (vóór de levering van de woning).

19. Die toezichthouder heeft, zoals bevestigd wordt door de handtekening onder zijn e-mail, de functie "Handhaver Bouw en Gebruik". Ook heb ik van bezwaarden begrepen dat het (wat ik maar even noem) 'werkgebied' van deze Handhaver de Pijp is. Nog concreter: alleen de Pijp.

20. De stelling dat bezwaarden er niet op mogen vertrouwen dat een toezichthouder met de functie Handhaver Bouw en Gebruik het standpunt van het bevoegd gezag vertolkt, gaat wederom volledig voorbij aan de verschuiving in de jurisprudentie naar het burgerperspectief. Een burger heeft zo goed als nooit het gehele college van B&W voor zich: in situaties als deze is de toezichthouder de enige schakel tussen het college en de burger.

21. Let op: niet een vergunningverlener. Het punt van vergunningvrij bouwen is nu juist dat een vergunningverlener niet in beeld komt omdat er geen vergunning aangevraagd wordt. Ook andere ambtenaren komen niet in beeld.

22. Het is dus bij uitstek de toezichthouder, de Handhaver Bouw en Gebruik, die richting de burger de opvatting van het college vertolkt, dan wel in ieder geval die schijn wekt, en bezwaarden mochten daarvan uitgaan. In de woorden van de rechtbank Midden-Nederland: er is geen sprake van een omstandigheid die zo duidelijk op een bevoegdheidsgebrek wijst dat het voor bezwaarden op eenvoudige wijze kenbaar was dat de handhaver onbevoegd was, voor zover dat al zo zou zijn [ECLI:NL:RBMNE:2019:6115].

23. Daar komt nog eens bij dat in ieder geval richting bezwaarden de indruk is gewekt dat er overleg is geweest met de jurist omtrent het bouwplan.

24. Verweerder stelt dat dit alleen een verzoek van de jurist betreft om nader onderzoek te verrichten en maten op te nemen. Het gaat te ver om van een burger te eisen om na te vragen waarover wel en geen contact is geweest met de jurist, met name als de toezichthouder het ook tijdens het tweede bezoek heeft over 'iets teveel vierkante meters' en, nadat het aantal vierkante meters wel blijkt te kloppen, er wordt medegedeeld dat dan alles conform de regels gebouwd is.

25. De uitleg die verweerder geeft, gaat in feite terug naar de oude situatie van vóór de uitspraak van 29 mei 2019, namelijk dat je simpelweg niet meer mag vertrouwen op concrete en ondubbelzinnige toezeggingen van een ambtenaar wiens taak het nu juist is om een bepaalde kwestie te beoordelen, in dit geval de vraag of gehandhaafd moet worden omdat er niet conform de regels gebouwd is. Dat is niet de bedoeling geweest van de Afdeling met de uitspraak van 29 mei 2019.

26. De toezeggingen kunnen dus worden toegerekend aan het college omdat bezwaarden er op goede gronden van uit zijn gegaan dat deze ambtenaar het standpunt van het bevoegd gezag vertolkte.

**De derde stap: belangenafweging**

27. Bij de derde stap moet beoordeeld worden of de belangen van bezwaarden zwaarder wegen dan de belangen bij handhaving. Daarbij moet in ogenschouw worden gehouden wat het belang is dat de gemeente Amsterdam beoogt te behartigen met het bouwverbod en wat de belangen van bezwaarden zijn, inclusief de schade die geleden wordt als er wel gehandhaafd wordt.

28. Blijkens de toelichting op het bestemmingsplan gaat het om behoud van de binnentuinen ten behoeve van bijvoorbeeld hemelwaterverwerking en waterbergend vermogen, een goede groen/grijs verhouding, en behoud van cultuurhistorische binnentuinen.

29. Bezwaarden hebben al toegelicht dat er voldoende waterbergend vermogen en groen aanwezig is en dat er nog steeds een grote tuin aanwezig is. Dat wordt ook niet betwist door verweerder. De belangen bij handhaving van het verbod worden aldus nauwelijks aangetast. Er is nog steeds sprake van een stille ruimte in combinatie met een groen aangezicht.

30. Verweerder benoemt in het verweerschrift wel de algemene belangen, maar dit wordt telkens gevolgd door de stelling dat het feit dat daar nog steeds aan wordt voldaan niet afdoet aan de overtreding als zodanig. Verweerder concludeert dat daarom geen sprake is van bijzondere omstandigheden.

31. Dat is echter niet het punt: verweerder laat na om in dit concrete geval, **ondanks** de overtreding, een belangenafweging te maken en daarbij rekening te houden met alle concrete omstandigheden van het geval. De vraag is niet of de bijzondere omstandigheden tot gevolg hebben dat er geen overtreding meer is, de vraag is of de bijzondere omstandigheden ertoe moeten leiden dat het college – ondanks de overtreding – niet zou moeten handhaven.

32. In dit geval moet die belangenafweging in het voordeel van bezwaarden uitvallen. Zoals reeds toegelicht, worden de te beschermen belangen nauwelijks aangetast zodat er geen concrete bedreigde belangen kunnen worden aangewezen [ECLI:NL:RBNHO:2020:9264] en derden worden ook niet benadeeld, terwijl handhaving leidt tot onevenredig nadeel voor bezwaarden (een uitzondering op de beginselplicht tot handhaving), mede door toedoen van de gemeente.

33. In dat kader wijzen bezwaarden er ook op dat deze procedure al een jaar loopt en er nu pas een hoorzitting is. Uit telefonisch contact met de gemeente bleek dat de zaak maandenlang niet eens is toebedeeld aan een behandelend ambtenaar, ondanks herhaalde verzoeken daartoe. Intussen zijn de kosten voor bouwwerkzaamheden (en

dus ook sloop en opnieuw afwerken van het gebouw) fors opgelopen, zelfs bijna verdubbeld. Dit zijn extra kosten die door stilzitten van de gemeente zijn ontstaan, maar die door bezwaarden gedragen zouden moeten worden. Dit levert weer extra schade op door toedoen van de gemeente.

**Schadevergoedingsplicht**

34. Verweerder erkent dat er sprake kan zijn van een schadevergoedingsplicht en dat het gaat om schade die betrokkene heeft geleden die hij niet zou hebben geleden als de toezegging in kwestie niet was gedaan.

35. Verweerder miskent echter dat als er ook maar enige twijfel was gelaten over het toegestaan zijn van het bouwwerk, de verkoop niet zou hebben plaatsgevonden na de eerste toezegging en in ieder geval de levering nooit zou hebben plaatsgevonden na de tweede toezegging. Aldus is er wel degelijk sprake van dispositieschade.

36. Om deze schade in beeld te brengen, is een aanvullend overzicht ingediend met de diverse kosten die niet zouden zijn gemaakt als de toezichthouder niet het vertrouwen had gewekt dat de uitbouw conform de regels was. In ieder geval zouden alle kosten ten behoeve van de koop van de woning niet zijn gemaakt, zoals notariskosten, taxatiekosten, kosten van de hypotheekadviseur, en zouden binnenkort geen extra kosten moeten worden gemaakt ten behoeve van bijvoorbeeld een woning elders in de stad.

37. Deze kosten zouden niet zijn gemaakt als de toezichthouder niet het vertrouwen had gewekt dat het bouwwerk vergunningvrij was. Dan was de woning nooit verkocht, dan was de woning nooit gekocht, en dan was er nooit geleverd.

**Conclusie**

38. De conclusie is dan ook dat het verweerschrift niet afdoet aan de standpunten ingenomen in het bezwaarschrift, dat er sprake is van een terecht beroep op het vertrouwensbeginsel, dat het onevenredig is om jegens bezwaarden te handhaven, en, voor zover er toch gehandhaafd wordt, er sprake is van een schadevergoedingsplicht door de handelwijze van de gemeente.

39. Bezwaarden verzoeken u om het college te adviseren het beroep gegrond te verklaren, af te zien van handhaving, dan wel een schadevergoeding toe te kennen.