Gemeente Amsterdam

# Advies

**Zaaknummer: JB.21.008525.001**

Advies naar aanleiding van het bezwaarschrift ingediend door mr. C.W.I. van Vlokhoven van DGA Recht namens de heer F. Malschaert gericht tegen het besluit van het college van burgemeester en wethouders van 5 maart 2021 inhoudende vaststelling kosten van uitgeoefende bestuursdwang nabij perceel Papaverweg 54 te Amsterdam.

---

De bezwaarschriftencommissie adviseert om het bezwaarschrift ongegrond te verklaren en het besluit van 5 maart 2021 in stand te laten. Dit betekent dat op correcte wijze de kosten van bestuursdwang bij belanghebbende in rekening zijn gebracht.

## 1. Aanleiding en feiten

Op 22 juli 2019 is een last onder bestuursdwang opgelegd om drie vaartuigen, te weten een drijver van 18 x 13 meter met daarop het kunstwerk Het Blok, een werkvaartuig van 18 x 6 meter en een drijver van 18 x 6 meter met daarop een zogenaamde romneyloods (het atelier), aangemeerd in het water nabij Papaverweg 54, voor 2 september 2019 te verwijderen en verwijderd te houden uit het openbare water in het beheersgebied van de gemeente Amsterdam. Het hiertegen ingediende bezwaarschrift is op 12 november 2019 ongegrond verklaard. Op 12 december 2019 heeft rechtbank Amsterdam het namens de heer Malschaert ingestelde beroep ongegrond verklaard en het verzoek om een voorlopige voorziening afgewezen.

Op 30 september 2019 is aan de heer Malschaert bericht, dat hij niet heeft voldaan aan de last en dat er wordt overgegaan tot verwijdering van de vaartuigen op 14 oktober 2019. Vervolgens heeft de voorzieningenrechter van de Raad van State op 6 februari 2020 het verzoek om een voorlopige voorziening afgewezen en geoordeeld dat de gemeente bevoegd is om te handhaven. Op 11 februari 2020 is de heer Malschaert aangeschreven en bericht dat de vaartuigen vanaf 2 maart 2020 verwijderd zullen worden. Vanaf 26 maart 2020 zijn de werkzaamheden gestart: De drijver met het Blok is naar de kade gesleept. Het verbrande deel is gedemonteerd. Loskomende materialen en waardevolle spullen zijn in containers opgeslagen. De drijvers zijn naar een andere locatie versleept met twee sleepboten. Op 1 mei 2020 is het hoger beroep tegen het besluit tot het opleggen van bestuursdwang door de heer Malschaert ingetrokken. Op 29 juni 2020 is aan de heer Malschaert een voornemen gestuurd

tot invordering van de kosten voor het uitoefenen van bestuursdwang. Namens de heer Malschaert is hiertegen een zienswijze ingediend door de heer Van Bussel.

Bij besluit van 5 maart 2021 met kenmerk Z2021-03343 heeft u aan Malschaert Visual Art bericht dat de kosten voor het uitoefenen bestuursdwang zijn vastgesteld op € 61.237,09 en deze kosten bij hem ingevorderd. Op 8 april 2021 heeft de heer van Vlokhoven van DGA Recht namens de heer Malschaert bezwaar gemaakt tegen dit besluit. De heer Malschaert heeft in de bezwaarfase twee documenten aan de bezwaarschriftencommissie gezonden: 'Alles Weg' (453 blz.) en 'De Verbijstering' (190 blz.).

## 2. Ontvankelijkheid

De bezwaarschriftencommissie (hierna: de commissie) constateert dat is voldaan aan de in de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) gestelde eisen voor het indienen van een bezwaarschrift, zodat het bezwaar ontvankelijk is.

## 3. Bezwaren

In het bezwaarschrift is – samengevat- het volgende aangevoerd:

- Er was geen materieel en oplossingsgericht overleg mogelijk.
- De redenen waarom het kunstwerk moest worden verwijderd zijn niet steekhoudend: de stuwwand had ook geslagen kunnen worden als de vaartuigen daar nog lagen, de daar (niet meer) liggende boot kon er langs en de kleuterschool is niet verplaatst.
- De Corona-pandemie hinderde bezwaarmaker in het vinden van een alternatieve oplossing.
- De vaartuigen hadden in zijn geheel weggesleept kunnen worden. Het taxatierapport is niet opgesteld door een bouwkundige. De kubussen zijn zware blokken, die stabiel zijn. Na de brand zijn 3 houten balken aangetast, de andere 80 balken waren constructief niet aangetast. Er was bovendien een stalen frame, waardoor het kunstwerk over-gedimensioneerd was. Het object was te verplaatsen over water.
- Neerhalen van het kunstwerk was disproportioneel, vooral nu de Raad van State heeft overwogen dat het van belang was dat het kunstwerk kon worden verplaatst naar een ander gebied binnen of buiten de gemeente.
- Het gewicht van de constructie zoals vermeld op de factuur verhoudt zich niet tot de opbrengst van oud ijzer.
- Bezwaarmaker is zijn vermogen kwijtgeraakt en heeft slechts een AOW. Hij kan de kosten niet betalen.

Het bezwaarschrift is aangevuld met een conceptdagvaarding, waarin de achtergrond van de heer Malschaert en het kunstwerk, waaraan hij sinds 2011 in de Waternethaven werkt, wordt beschreven. Ook wordt de juridische procedure beschreven en wordt de zienswijze van bezwaarmaker gegeven op de wijze waarop de bestuursdwang is uitgeoefend.

## 4. Hoorzitting

Het bezwaarschrift is behandeld op de hoorzitting van 13 oktober 2022 op de locatie Stadsdeelkantoor Noord.

Tijdens de hoorzitting waren aanwezig: de heer Malschaert (hierna: bezwaarmaker), zijn advocaat de heer C. van Vlokhoven van DGA Recht (hierna: gemachtigde) en diens assistente Caroline.
Namens het college waren aanwezig de heer G. Reuchlin, mevrouw M. Dingemans, de heer A. Ballafkih (via MS Teams) en de heer G. Sahin. Daarnaast waren er twee stagiaires aanwezig.

De gemachtigde verwijst naar het bezwaarschrift, waarvan de conceptdagvaarding deel uitmaakt. Naar aanleiding van het verweerschrift voegt hij daar het volgende aan toe:
Het college stelt in het verweerschrift, dat er voldoende overleg heeft plaats gevonden. Maar steeds is door bezwaarmaker gedacht dat het kunstwerk in zijn geheel zou worden vervoerd over het water. Op het cruciale moment heeft er echter geen overleg plaats gevonden.
De taxateur is technisch niet deskundig op dit vlak. Benecke Waterbedrijf heeft aangegeven dat dit bedrijf het kunstwerk wel in zijn geheel kon vervoeren (zie dagvaarding).
De gemeente heeft bij de Raad van State gesteld dat de ontruiming zorgvuldig en zonder schade zou plaats vinden. De Raad van State heeft na het debat op de zitting meegewogen, dat verplaatsing van vaartuigen naar een ander gebied op voorhand niet onmogelijk is.
De last had op andere wijze uitgevoerd kunnen worden. De bouwblokken waren al eerder vergund en kunnen windkracht 13 of 14 weerstaan. Als de gemeente van oordeel was dat de twee drijvende bouwwerken niet voldoende waren verbonden, had het in twee delen gekund. Wanneer het kunstwerk over het water was weggesleept, waren de kosten lager geweest. Er zal een verklaring worden opgevraagd bij Benecke.
De gemeente heeft gezegd dat de zij de kosten zou betalen.
De gemachtigde verzoekt om in de gelegenheid gesteld te worden om inkomenssituatie van bezwaarmaker te onderbouwen.

Bezwaarmaker verklaart dat de gemeente is begonnen met slopen op 26 maart 2020, toen het hoger beroep nog liep. Het kunstwerk in wording is met draglines uit elkaar gerukt, terwijl de gemeente bij de rechter had gezegd dat het voorzichtig zou gebeuren. De gemeente had geen enkel besef: de gemeente stelt dat de twee torens op de twee drijvers wel erg los verbonden waren, maar het waren twee constructies. Ook geen besef ten aanzien van de kosten: Het gaat om 320.000 kilo met de hand gemaakt staal. Dat is geen emotionele waarde, dat is herbouwwaarde.
De gemeente heeft bij de rechter aangegeven dat het kunstwerk keurig zou worden gedemonteerd, niet dat het gesloopt zou worden.  Als hij dit had geweten, dan had hij het gewoon zelf gedaan. Benecke zou het zo vervoerd hebben. Hij heeft het echter niet gedaan binnen de begunstigingstermijn, omdat er nog een hoger beroep liep.
Er is geen deskundigenrapport overgelegd, omdat er nooit om berekeningen is gevraagd. Het is een hergebruikte constructie.

Volgens de rekening in het dossier zou er 5 ton kunststof zijn. Maar hij heeft alleen hout en staal gebruikt. Er is alleen het zeil van de tent. Dit is tekenend voor het geheel.

De vertegenwoordigers van het college lichten het standpunt van de gemeente toe. De heer Reuchlin kan zich niet herinneren, dat hij gezegd zou hebben gezegd dat de kosten door de gemeente zouden worden betaald. Het was bezwaarmaker zelf die bij de rechter heeft aangegeven dat het kunstwerk over het water vervoerd kan worden (zie verslag van de zitting). Dat is niet tegengesproken door de gemeente, maar er is ook niet mee ingestemd. Vanaf het begin is het uitgangspunt geweest dat vervoer in zijn geheel over water niet mogelijk was. Ook als je het ziet als twee drijvende bouwwerken, dan zijn het nog steeds twee drijvers met los daarop twee enorme torens. Die zijn door de gemeente afgetakeld om te voorkomen dat ze eraf zouden vallen. Als er over water zou moeten worden gesleept, dan had dat enorme preparaties gevraagd, waarbij de kosten hoger waren geweest. De gemeente wilde niet het risico nemen dat het bouwwerk zou zinken op het IJ. Uiteindelijk is het wel allemaal over water vervoerd, maar in delen. Er zijn twee transporten naar Haarlem geweest: de drijvers zonder de hoge torens, de torens zijn op andere pontons naar Haarlem vervoerd. Het was de bedoeling om het bouwwerk op de kade te leggen en vandaar af te hijsen. Maar bij het slepen ging het bouwwerk uit elkaar. Het was niet veilig om het zo te verwijderen en moest daarom gedemonteerd moest worden. Het bouwwerk was niet meer te redden tegen redelijke kosten.
Het betreft een bouwwerk waarvoor geen omgevingsvergunning is gevraagd. Daardoor beschikte de gemeente niet over constructiegegevens. De taxateur (Bolweg) heeft afgeraden om het kunstwerk in zijn geheel over het water te vervoeren: vervoer over het water was niet verzekerbaar, geen enkele sleper zou dat zou willen doen. Daarnaast is er een Quick scan van ABT uit 2019, waaruit bleek dat een aantal verbindingen verroest waren. Er was geen direct gevaar dat het kunstwerk zou omvallen, maar het was wel in slechte staat en moest daar niet te lang blijven liggen. Iedereen die ernaar keek, had twijfels over de stabiliteit. De gemeente wilde geen risico nemen door het bouwwerk het IJ op te slepen. Een stukje verslepen, zoals bezwaarmaker heeft gedaan, is iets anders dan verslepen over open water. Het uitgangspunt voor de ontmanteling is steeds geweest om een goede balans te vinden tussen een kostenafweging en het zo zorgvuldig mogelijk doen.
De kosten voor bestuursdwang zijn beperkt tot 5 dagen ontmantelen en de kosten voor de opslag van de inventaris, waarin zich ook het hele archief van bezwaarmaker bevond.
In het besluit staat een typefout: de opslagkosten zijn € 4.186 in plaats van € 1.186.

Er is afgesproken dat de vertegenwoordigers van het college binnen vier weken een bewijs overleggen, waaruit blijkt dat het onverantwoord was om het object in zijn geheel te verplaatsen. Gemachtigde krijgt de gelegenheid om hierop te reageren.
De gemachtigde stuurt binnen vier weken de inkomens- en vermogensgegevens van bezwaarmaker en een verklaring van Benecke Waterwerken en mogelijk van een ander bedrijf.
De voorzitter sluit de hoorzitting.

Van de hoorzitting is een geluidsopname gemaakt, welke na de hoorzitting naar bezwaarmaker en zijn gemachtigde zijn toegestuurd.

## 5. Wet- en regelgeving

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

## 6. Overwegingen

### 6.1. Onderwerp van deze procedure

Op 22 juli 2019 is een last onder bestuursdwang opgelegd om de drie vaartuigen (het ponton met daarop het kunstwerk Het Blok, een werkvaartuig en een ponton met het atelier) vóór 2 september 2019 te verwijderen en verwijderd te houden uit het openbare water in het beheersgebied van de gemeente Amsterdam. Op 5 maart 2021 zijn de kosten voor het uitoefenen van bestuursdwang vastgesteld op € 61.237,09.

#### *6.1.1. Last onder bestuursdwang is onherroepelijk*

Namens bezwaarmaker is bezwaar ingediend tegen het besluit, waarin een last onder bestuursdwang is opgelegd. Het hiertegen ingediende bezwaarschrift is op 12 november 2019 ongegrond verklaard. Hiertegen heeft bezwaarmaker beroep bij de rechtbank ingediend. De rechtbank heeft het beroep op 12 december 2019 ongegrond verklaard. Vervolgens heeft bezwaarmaker een verzoek om een voorlopige voorziening en hoger beroep ingediend bij de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Op 6 februari 2020 heeft de voorzieningenrechter van de Raad van State het verzoek om een voorlopige voorziening afgewezen. Bezwaarmaker heeft het hoger beroep op 1 mei 2020 ingetrokken.

Dat betekent dat het besluit waarin aan bezwaarmaker een last onder bestuursdwang is opgelegd onherroepelijk is en daarmee vast staat.

#### *6.1.2. Beginselplicht tot handhaving*

Zowel de rechtbank als de Raad van State hebben geconcludeerd dat de gemeente bevoegd is om te handhaven, nu er sprake is van een overtreding.

Volgens vaste jurisprudentie zal een bestuursorgaan, dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan hiervan worden afgezien. Dit kan zich voordoen als er concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat van optreden in een concrete situatie kan worden afgezien[1]. In de onderhavige situatie heeft de rechter echter vastgesteld dat er geen zicht is op legalisatie en dat het opleggen niet onevenredig was[2].

Dit betekent dat u niet alleen bevoegd, maar ook verplicht was om de bestuursdwang uit te

[1] Zie hiervoor ECLI:NL:RVS:2004:AP4683.
[2] Zie rechtbank Amsterdam 12 december 2019 (AMS 19/6134 en 19/6168) r.o. 11 en 14.

voeren. Het object / de objecten zijn immers niet tijdig door bezwaarmaker verwijderd.

De bezwaren, waarin wordt aangegeven dat de redenen voor verwijdering van het kunstwerk niet steekhoudend zijn, zijn voor deze procedure niet meer relevant, nu er sprake is van een onherroepelijk besluit en er een beginselplicht tot handhaving bestaat.

In de onderhavige procedure dient beoordeeld te worden of de kosten voor het toepassen van bestuursdwang redelijk zijn en of het opleggen van deze kosten aan bezwaarmaker onevenredig is.

## 6.2. Kosten van bestuursdwang

*6.2.1. Opbouw van de kosten bestuursdwang*
Op grond van artikel 5:25 Awb worden de kosten voor toepassing van bestuursdwang op de overtreder verhaald, tenzij deze kosten niet of niet geheel te zijne laste behoren te komen. Het bestuursorgaan stelt de hoogte van de kosten vast.

In het besluit van 22 juli 2019 waarin de bestuursdwang is opgelegd, heeft u aangegeven dat er op rekening en risico van bezwaarmaker wordt overgegaan tot verwijdering van de drie objecten/vaartuigen, als er door bezwaarmaker geen uitvoering wordt gegeven aan de last. Tevens is aangegeven dat bezwaarmaker de gemaakte kosten van verwijdering, opslag, taxatie en eventuele vernietiging volledig dient te betalen.

In het bestreden besluit zijn de kosten als volgt gespecificeerd:

| | |
|---|---|
| Werkzaamheden Compeer Infra 26/3, 27/3, 30/3 en 1/4/20 | € 22.031,16 |
| Werkzaamheden Compeer Infra 1 t/m 4/4/20 | € 17.184,16 |
| Diverse werkzaamheden Compeer Infra 30/3 t/m 10/4/20 | € 10.673,27 |
| Werkzaamheden Compeer Infra 15/4/20 | € 3.223,50 |
| Werkzaamheden Imtrans | € 3.940,00 |
| Opslaan Berlin bewaarhaven (93 x € 45 =) | € 4.185,00 |
| Totaal | € 61.237,09. |

Zoals in de hoorzitting is toegelicht is in de beschikking per abuis aangegeven dat de kosten voor het opslaan bij Berlin Bewaarhaven € 1.185 bedragen. Uit de berekening blijkt dat dit een schrijffout betreft en dat dit een bedrag van (93 x € 45=) € 4.185 moet zijn. Bij de berekening van het eindbedrag is van het juiste bedrag uitgegaan.

In casu zijn alleen de kosten in rekening gebracht welke betrekking hebben op de demontage van het bouwwerk in de periode 26 tot en met 15 maart 2020 en de kosten van opslag. Andere kosten zijn niet in rekening gebracht.

*6.2.2. Oud ijzer*
Bezwaarmaker heeft ten aanzien van de hoogte van de kosten aangegeven dat de opbrengst van oud ijzer niet juist is. In het bezwaarschrift is vermeld dat het kunstwerk 125.000 kilo woog. De drijvers wogen 300.000 kilo. Nu bezwaarmaker zijn standpunt niet nader heeft

toegelicht, leest de commissie het zo dat bezwaarmaker van oordeel is dat de opbrengst van oud ijzer meer had moeten zijn.

Op de overgelegde offerte van Compeer Infra (melding 3) wordt een opbrengst vermeld van oud ijzer ad € 560. In het bestreden besluit is toegelicht dat er volgens de aannemer 500 kilo aan oud ijzer is afgevoerd tegen een opbrengst van 11 cent per kilo.

De commissie concludeert dat niet al het ijzer van het kunstwerk als oud ijzer is afgevoerd en het kunstwerk ook uit hout bestond. Nu niet nader is onderbouwd hoeveel het afgevoerde ijzer (bij benadering) had moeten zijn, is naar het oordeel van de bezwaarschriftencommissie niet aannemelijk gemaakt dat de in de berekening opgenomen opbrengst van oud ijzer niet reëel is.

*6.2.3. Kosten dienen zo laag mogelijk te zijn*
Het uitgangspunt van artikel 5:25 Awb is dat alle aan de toepassing van bestuursdwang verbonden kosten kunnen worden verhaald op de overtreder. Daarbij dienen deze kosten zo laag mogelijk te worden gehouden.

Desgevraagd heeft uw college tijdens de hoorzitting aangegeven dat het aannemelijk is dat de kosten minder zouden bedragen als het kunstwerk in zijn geheel was vernietigd. Kosten voor demontage en opslag hadden dan niet gemaakt hoeven worden. Vanwege het belang van het kunstwerk voor de bezwaarmaker is vernietiging van het gehele kunstwerk echter nimmer een optie geweest.

Nu bezwaarmaker juist van oordeel is dat het kunstwerk in zijn geheel behouden had moeten blijven en het niet aannemelijk is dat hij vernietiging van het gehele kunstwerk meer wenselijk acht, concludeert de bezwaarschriftencommissie dat aan de optie van gehele vernietiging voorbij kan worden gegaan. Een dergelijke wijze van uitoefening van bestuursdwang zou weliswaar minder hebben gekost, maar was zowel voor u als voor bezwaarmaker niet wenselijk.

*6.2.4. Kon het bouwwerk in zijn geheel worden vervoerd?*
Een groot deel van de kosten van de kosten van bestuursdwang bestaan uit kosten vanwege het demonteren van het kunstwerk. De vraag is of het noodzakelijk was om het kunstwerk te demonteren.

Bezwaarmaker is van oordeel dat het object in zijn geheel over het water verplaatst had kunnen worden zonder het te demonteren. Hiertoe voert hij aan dat de kubussen zware stabiele blokken zijn van zo'n 7000 kilo per stuk. Daarvoor wordt verwezen naar de Quick scan van ABT. De kubussen zijn destijds gebruikt voor het kunstwerk 'de Toren' op het Museumplein, dat op verzoek van de gemeente Amsterdam is gemaakt. De kubussen waren 32 meter hoog en los op elkaar gestapeld en de gemeente vond de kubussen toen veilig.

Het taxatierapport is niet opgesteld door een bouwkundige, aldus bezwaarde. De taxateur heeft geen technische achtergrond en is vergelijkbaar met een leek. Door de brand zijn 3

houten balken constructief aangetast. De andere 80 balken waren nog intact. Hoogstens 30 balken waren wat geblakerd, maar constructief niet aangetast. Bovendien was er een stalen frame, waar door het over-gedimensioneerd was.
Het object was kortom wel te verplaatsen over water. Hiervoor verwijst bezwaarmaker naar een (niet overgelegde, maar geciteerde) brief van Benecke, welke aan de voorzieningenrechter tijdens de zitting op 28 november 2019 is voorgelezen. Hierin schrijft Benecke Waterwerken ondermeer "wij zijn in staat de zich nu in de Waternethaven bevindende units naar Rotterdam te vervoeren."

Neerhalen is volgens bezwaarmaker disproportioneel. Temeer nu de Raad van State heeft overwogen dat van belang was, dat niet was uitgesloten dat het bouwwerk verplaatst kon worden naar een ander gebied binnen of buiten de gemeente. Het lag op de weg van de gemeente om het effect van de brand in kaart te brengen, voordat er draconische maatregelen werden genomen.

U heeft uw keuze om de verbrande toren te demonteren gebaseerd op visuele waarnemingen van toezichthouders, uw twijfel over de constructie na de brand, de constatering dat er sprake was van materiaalafname en op het oordeel van de taxateur dat vervoer onverantwoord en onverzekerbaar was. Dit heeft u onderbouwd met een rapport van bevindingen, een Quick scan van ingenieursbureau ABT (d.d. 11 februari 2019) en een taxatierapport (d.d. 6 september 2019) met toelichting van Assetcheckers.

U heeft in uw besluit van 5 maart 2021 aangegeven dat het door de grote hoeveelheid constructies onmogelijk was om te beoordelen of het object een veilige constructie was. Door het ontbreken van constructieve tekeningen kon dit alleen maar worden ingeschat aan de hand van de verbindingen en de wijze waarop gestapeld was. Ten aanzien van de verbrande toren kon u geen risico nemen. De andere bouwwerken konden wel gedemonteerd of verplaatst worden.

In de Quick scan van ABT, welke is opgesteld vóór de brand, wordt geconcludeerd dat het bouwwerk stabiel is, maar tevens wordt een materiaalafname geconstateerd. Ook staat daarin vermeld dat bezwaarmaker heeft aangegeven dat er geen constructie berekeningen en tekeningen beschikbaar zijn.

Het taxatierapport van Assetcheckers is opgesteld na de brand (op 29 juli 2019). In het taxatierapport wordt vermeld dat het bouwwerk te onveilig was om te betreden in verband met instortingsgevaar. De houten verbindingen zijn in Bouwblok 2 verbrand/aangetast en de staalconstructie heeft geleden onder de brand. De taxateur concludeert dat demontage van het kunstwerk in zijn huidige vorm nodig is, omdat het geheel niet te verplaatsen is.

AssetCheckers heeft op 16 november 2022 schriftelijk in een nadere toelichting aangegeven dat het onverantwoord was om een sleepopdracht te geven voor het geheel, nu het Blok was gebouwd op niet gekeurde duwbakken, welke gemodificeerd waren, er geen documentatie beschikbaar was en daarmee geen enkel zicht op een stabiliteitsberekening. Daarnaast heeft

de brand de constructie niet verbeterd. Op grond van de Sleep conditiën 1965 zal schade nagenoeg geheel bij de contractant (in dit geval de gemeente) worden gelegd. Uitsluiten van risico is onverantwoord. De diepte van het IJ is circa 11 meter, waardoor het object na een schipbreuk een obstakel zal zijn midden in één van de drukkere vaarroutes van Nederland. De gevolgschade zal fors zijn.

De commissie is van oordeel dat uw besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen, nu uw oordeel is gebaseerd op de waarnemingen en verklaringen van zowel deskundige medewerkers als van deskundige derden. Uit de overgelegde rapporten blijkt dat er geen constructieve gegevens bekend zijn, dat het bouwwerk vóór de brand stabiel was, maar dat er toen ook sprake was van materiaalafname ten aanzien van de hout constructie. Na de brand is geconcludeerd dat het object in zijn geheel niet te verplaatsen is en demontage nodig is, omdat het vervoer in zijn geheel niet verzekerbaar is.

Voor zijn oordeel dat het kunstwerk in zijn geheel vervoerd had kunnen worden, verwijst bezwaarmaker naar zijn eigen oordeel in ondermeer zijn stuk 'de Verbijstering' en naar een brief van Benecke Waterwerken, welke is voorgelezen aan de rechter tijdens de zitting van 12 december 2019. Het oordeel van bezwaarmaker wordt niet onderbouwd of ondersteund door constructietekeningen of andere berekeningen en/of een tegenrapport van deskundigen. In de genoemde brief van Benecke Waterwerken staat ondermeer 'Wij zijn in staat de zich nu in de Waternethaven bevindende units naar Rotterdam te vervoeren.' In deze verklaring wordt echter niet aangegeven, hoe Benecke Waterwerken de units zal vervoeren. Tijdens de hoorzitting is bezwaarmaker gevraagd om een (nadere) verklaring/offerte van Benecke Waterwerken en, indien mogelijk van een andere vervoerder, te overleggen. Dit is echter niet gebeurd. Bezwaarmaker stelt dat het irrelevant is om mee te werken aan het bepalen of toepassing van de bestuursdwang goedkoper had gekund[3] .

Nu u uw oordeel heeft gebaseerd op overgelegde rapportages van verschillende deskundigen en nu bezwaarmaker geen tegenrapport heeft overgelegd, waaruit blijkt dat het wel mogelijk was om het object in zijn geheel te vervoeren, ziet de commissie geen aanleiding voor het oordeel dat met het kostenverhaalsbesluit van 5 maart 2021 niet is gekozen voor de minst belastende wijze van uitvoering.

## 6.3 Informatie over de wijze van uitvoering bestuursdwang

Bezwaarmaker is van oordeel dat materieel en oplossingsgericht overleg met de gemeente niet mogelijk was. De argumenten waarom het bouwwerk uit de haven aan de Papaverweg verwijderd moest worden, waren niet steekhoudend. Dit bezwaar heeft echter betrekking op het besluit waarin de last onder bestuursdwang is opgelegd. Dat besluit is onherroepelijk en maakt geen onderdeel uit van deze bezwaarprocedure.

Tijdens de hoorzitting is door gemachtigde gesteld dat er geen overleg heeft plaats gevonden op het cruciale moment, namelijk toen duidelijk was dat het kunstwerk gedemonteerd zou

[3] Zie bladzijde 9 van het document 'de Verbijstering' van de heer F. Malschaert.

worden. Bezwaarmaker verkeerde in de veronderstelling dat het kunstwerk in zijn geheel vervoerd zou worden over het water. Als hij alles geweten had, dan had hij het zelf gedaan. Hij heeft dit echter niet gedaan omdat er nog een hoger beroep liep.

Ten onrechte verkeerde bezwaarmaker in de veronderstelling, dat er niet ontruimd zou worden, omdat er nog een hoger beroep liep. Bezwaarmaker had daarnaast echter ook een voorlopige voorziening ingesteld, welke er juist op gericht is om uitstel van de maatregel te vragen zolang in de hoofdzaak niet is beslist. Nu de Raad van State het verzoek om een voorlopige voorziening heeft afgewezen, had bezwaarmaker kunnen weten dat het feit dat er nog hoger beroep liep, geen reden was om de bestuursdwang niet uit te oefenen. Daarbij is bezwaarmaker op 11 februari 2020 bericht dat de werkzaamheden op 2 maart 2020 zouden aanvangen.

De commissie overweegt dat een bestuursorgaan niet verplicht is om met een overtreder te overleggen hoe de bestuursdwang wordt uitgevoerd. Bezwaarmaker heeft de gelegenheid gehad om het bouwwerk zelf te verwijderen. U heeft al in 2019 aangegeven dat het bouwwerk zou worden gedemonteerd. Bezwaarmaker wijst in het aanvullende bezwaar d.d. 6 januari 2023 zelf op de verklaring van de vertegenwoordiger van het college tijdens de hoorzitting op 24 oktober 2019, die zou hebben aangegeven dat het een kostbare kwestie zou worden. Uit de door bezwaarmaker meegestuurde uitgeschreven weergave van de hoorzitting met commentaar op de beweringen van vertegenwoordigers van het college, blijkt echter ook, dat toen al door uw vertegenwoordiger is aangegeven 'we gaan het met kranen uit elkaar halen. Dat wordt een kostbare kwestie, dat door de gemeente betaald gaat worden'[4]. Op 11 februari 2020 heeft u bezwaarmaker bericht, dat er op 2 maart 2020 gestart zou worden met de werkzaamheden. In dat bericht is bezwaarmaker uitgenodigd voor een gesprek over het verloop van de werkzaamheden. Bezwaarmaker heeft echter ook na deze aanzegging het object niet verwijderd en is niet ingegaan op de uitnodiging van de gemeente om de ontruiming te bespreken.

Gezien het voorgaande is de commissie dan ook van oordeel dat u bezwaarmaker voldoende heeft geïnformeerd over de bestuursdwang en de toepassing daarvan.

## 6.4.Is het opleggen van de kosten van het uitoefenen van bestuursdwang onevenredig?

Artikel 5:25 Awb bepaalt dat de toepassing van bestuursdwang geschiedt op kosten van de overtreder, tenzij deze kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen. Voor het maken van een uitzondering kan aanleiding bestaan als de overtreder geen verwijt valt te maken of als er sprake is van andere bijzondere omstandigheden.

[4] Zie bladzijde 9 van de door bezwaarmaker uitgeschreven weergave van de hoorzitting met commentaar op de beweringen van de heren van Vliet en Reuchlin en mevrouw Dingemans op 24 oktober 2019 over het bezwaarschrift tegen de last onder bestuursdwang van 22 juli 2019.

*6.4.1.Is er een toezegging gedaan dat de gemeente de kosten van bestuursdwang zou betalen?*
Bezwaarmaker heeft aangegeven dat uw vertegenwoordiger tijdens de hoorzitting op 24 oktober 2019 over het opleggen van de bestuursdwang zou hebben verklaard 'We gaan het met kranen uit elkaar halen. Dat wordt een kostbare kwestie, dat door de gemeente betaald gaat worden.'

De vraag is of bezwaarmaker aan hetgeen is gezegd door de vertegenwoordiger van uw college tijdens de hoorzitting op 24 oktober 2019 het vertrouwen mocht ontlenen dat de gemeente alle kosten zou betalen en dat de kosten niet zouden worden verhaald op bezwaarmaker.

Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van het driestappenplan van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State[5]. De eerste stap is de vraag of er een toezegging is gedaan. Kan door de uitspraak tijdens de hoorzitting op 24 oktober 2019 redelijkerwijs de indruk zijn gewekt, dat de kosten niet op bezwaarmaker verhaald zouden worden?

Desgevraagd heeft de vertegenwoordiger van uw college verklaard, dat met de zinsnede 'dat door de gemeente betaald gaat worden' is bedoeld, dat de kosten van de uitvoering van de last eerst door de gemeente zullen worden betaald, maar worden verhaald op de overtreder. Deze uitleg komt overeen met hetgeen is vermeld in het besluit d.d. 22 juli 2019, waarin de last onder bestuursdwang is opgelegd. In dit besluit staat vermeld:

***Wat gebeurt er, als u het besluit niet uitvoert?***

*Als u geen uitvoering geeft aan dit besluit, gaan wij, voor uw rekening en risico over tot het toepassen van bestuursdwang. Dit betekent dat wij overgaan tot verwijdering van de drie objecten/vaartuigen. U moet de gemaakte kosten, van verwijdering, opslag, taxatie en eventuele vernietiging volledig aan ons betalen.*

***Wat gebeurt er als u de kosten niet betaalt?***
*Als u de kosten niet betaalt, gaan wij over tot het invorderen van de kosten op grond van artikel 5:25 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna Awb). Wij zullen daarbij een incassobureau inschakelen. Alle bijkomende kosten brengen wij ook bij u in rekening.'*

Ook in de email van 11 februari 2020 van de heer Reuchlin aan bezwaarmaker is aangegeven *'Voor nu is in ieder geval van belang dat het u nog steeds vrij staat, voorafgaand aan de start van bovengenoemde werkzaamheden zelf zaken te verwijderen. U beperkt daarmee de kosten die wij moeten maken en die wij, zoals eerder aangekondigd, bij u in rekening zullen brengen.'*

Hoewel de vertegenwoordiger van uw college tijdens de hoorzitting op 24 oktober 2019 heeft verklaard dat het uit elkaar halen van het bouwwerk een kostbare kwestie wordt, welke door de gemeente betaald zal worden, is de commissie van oordeel dat deze uitspraak niet kan worden opgevat als een toezegging. Nu in uw besluiten en emails steeds is aangegeven, dat de kosten worden verhaald op bezwaarmaker, is de uitleg dat de uitspraak tijdens de

[5] Zie de uitspraak van 29 mei 2019 van de Raad van State, ECLI:NL:RVS:2019:1694.

hoorzitting zo dient te worden opgevat dat de gemeente de kosten in eerste instantie zal betalen, waarna deze verhaald zullen worden, aannemelijk.

De commissie is dan ook van oordeel dat de uitspraak van uw vertegenwoordiger tijdens de hoorzitting niet kan worden opgevat als een toezegging.

Nu de eerste vraag in het stappenplan negatief wordt beantwoord, wordt er niet toegekomen aan de overige twee stappen en kan worden geconcludeerd dat er geen sprake was van een gerechtvaardigd vertrouwen, dat de gemeente de kosten van het uitoefenen van bestuursdwang niet zou verhalen op bezwaarmaker.

*6.4.2 Inkomenssituatie van bezwaarmaker*
Bezwaarmaker verklaart de kosten niet te kunnen betalen. Hij is zijn vermogen kwijt geraakt en heeft slechts een AOW.

De bezwaarschiftencommissie overweegt, dat u bij een besluit omtrent kostenverhaal in beginsel geen rekening hoeft te houden met de financiële draagkracht van de overtreder, tenzij het evident is dat de overtreder gezien zijn financiële draagkracht niet in staat zal zijn de te verhalen kosten van bestuursdwang (volledig) te betalen. Bezwaarmaker dient daarvoor die informatie te verstrekken dat een betrouwbaar en volledig inzicht wordt verkregen in zijn financiële situatie en de gevolgen die het betalen van de verhaalde kosten zou hebben[6].

Hoewel om deze gegevens is verzocht tijdens de hoorzitting heeft bezwaarmaker nagelaten deze informatie te verstrekken. Bezwaarmaker heeft dus niet aannemelijk gemaakt dat evident is dat hij gezien zijn financiële draagkracht niet in staat zal zijn de te verhalen kosten van bestuursdwang (volledig) te betalen.

*6.4.3. Belemmeringen door Corona-maatregelen*
Bezwaarmaker is van oordeel dat hij door de maatregelen van de corona pandemie belemmerd was om alternatieve oplossingen te vinden. Dit standpunt is verder niet onderbouwd. Nu de last op 22 juli 2019 is opgelegd en er sprake was van een eerste 'intelligente lockdown' vanaf 23 maart 2020, had bezwaarmaker daarvoor al ruimschoots de tijd gehad om een alternatieve oplossing te zoeken vóór de inwerkingtreding van beperkende maatregelen. Overigens zijn de bouw- en scheepvaartsector als één van de weinige sectoren tijdens de coronapandemie in bedrijf gebleven.

Gezien het voorgaande oordeelt de commissie dat de vermeende toezegging dat de gemeente de kosten van bestuursdwang zou betalen, de inkomenssituatie van bezwaarmaker en de coronamaatregelen geen aanleiding vormen om geheel of gedeeltelijk van kostenverhaal af te zien. Van bijzondere omstandigheden die aanleiding geven voor het

[6] Zie hiervoor bijvoorbeeld ECLI:NL: RVS 2022: 1318.

maken van een uitzondering op het uitgangspunt dat bestuursdwang en kostenverhaal samengaan is daarom geen sprake.

### 6.5. Wijze van uitvoering

Zoals de rechter ook heeft geoordeeld was de gemeente bevoegd om handhavend op te treden door het object te verwijderen, nu bezwaarmaker dit zelf heeft nagelaten. Het project betreft een kunstwerk in wording, waar bezwaarmaker jaren aan heeft gewerkt. Ondanks het oordeel van de commissie dat u gehouden was om te handhaven en naar het oordeel van de commissie niet is aangetoond dat dit niet op juiste wijze is geschied, begrijpt de commissie ook dat het voor bezwaarmaker vreselijk moet zijn geweest om te zien, dat zijn kunstwerk, zoals hij dat zelf aangeeft, is gesloopt en vernietigd.

De wijze waarop het kunstwerk is verwijderd en gedemonteerd betreft echter feitelijk handelen en kan niet worden aangemerkt als besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb. Eventuele schade ontstaan als gevolg van het toepassen van bestuursdwang op grond van een onrechtmatigedaad-actie valt buiten het bestuursrecht en kan via de burgerlijke rechter op de gemeente kan worden verhaald.

## 7. Conclusie en advies

De commissie dient te beoordelen of u terecht bent overgegaan tot het vaststellen van de kosten voor het uitoefenen van bestuursdwang en het invorderen van die kosten bij bezwaarmaker. Aan de hand van de overgelegde stukken en hetgeen tijdens de hoorzitting door bezwaarmaker naar voren is gebracht, komt de commissie tot de conclusie dat de kosten voor het uitoefenen van bestuursdwang op juiste wijze zijn vastgesteld en terecht op bezwaarmaker zijn verhaald.

Wij adviseren u:

- het bezwaarschrift ontvankelijk en ongegrond te verklaren;
- het bestreden besluit van 5 maart 2022 ongewijzigd in stand te laten.

Amsterdam, 9 februari 2023



mr. M.A. van Marle
voorzitter

mr. A. Duisterwinkel
secretaris

***Bijlage Toepasselijke wet- en regelgeving***

*Algemene wet bestuursrecht*

Artikel 5:25
**1**De toepassing van bestuursdwang geschiedt op kosten van de overtreder, tenzij deze kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen.

**2**De last vermeldt in hoeverre de kosten van bestuursdwang ten laste van de overtreder zullen worden gebracht.

**3**Tot de kosten van bestuursdwang behoren de kosten van voorbereiding van bestuursdwang, voor zover deze zijn gemaakt na het verstrijken van de termijn waarbinnen de last had moeten worden uitgevoerd.

**4**De kosten van voorbereiding van bestuursdwang zijn ook verschuldigd, voor zover als gevolg van het alsnog uitvoeren van de last geen bestuursdwang is toegepast.

**5**Tot de kosten van bestuursdwang behoren tevens de kosten van vergoeding van schade ingevolge artikel 5:27, zesde lid.

**6**Het bestuursorgaan stelt de hoogte van de verschuldigde kosten vast binnen vijf jaar nadat de bestuursdwang is toegepast.