



## Advies

Zaaknummer: JB.22.011858.001

Advies van de bezwaarschriftencommissie over de bezwaren van 5.1, 2, e tegen de op 25 mei 2022 onder nummer Z2022-Z003322 opgelegde bouwstop op het adres 5.1, 2, e [redacted] hs. De bouwstop had betrekking op bouwwerkzaamheden die zonder de benodigde omgevingsvergunning werden uitgevoerd in de achtertuin.

---

Aan burgemeester en wethouders,

### 1. Advies

Wij adviseren als bezwaarschriftencommissie om:

- I. de bezwaren ongegrond te verklaren;
- II. het besluit van 25 mei 2022 in stand te laten;
- III. het verzoek om vergoeding van proceskosten af te wijzen.

Dat betekent dat u terecht een bouwstop hebt opgelegd. Hierna leest u waarom wij dit adviseren.

### 2. Aanleiding

Op 19 mei 2022 constateerde een toezichthouder van stadsdeel Zuid dat werkzaamheden werden uitgevoerd in de tuin van het perceel 5.1, 2, e [redacted] zonder omgevingsvergunning. Deze werkzaamheden waren het aanbrengen van een bouwwerk (zwembad / jacuzzi) onder het maaiveld en het storten van een betonnen plaat onder het maaiveld waarop een constructie is gemaakt met een zwarte plaat. De werkzaamheden zijn op dat moment niet stilgelegd omdat de toezichthouder eerst goed wilde uitzoeken of de werkzaamheden wellicht vergunningvrij waren. Nadat gebleken was dat de werkzaamheden niet vergunningvrij zijn, legde de toezichthouder de werkzaamheden op 25 mei 2022 mondeling stil. Bij besluit van diezelfde dag (verzonden 27 mei 2022) bevestigde u deze bouwstop schriftelijk aan mevrouw 5.5.1, 2, e [redacted] en legde u haar een last onder dwangsom op om de werkzaamheden gestaakt te houden.

Op 5 juli 2022 diende mr. 5.15.1, 2, e [redacted] namens mevrouw 5.5.1, 2, e [redacted] (hierna: bezwaarmaker) pro forma bezwaar in tegen dit besluit. Op 17 augustus 2022 diende gemachtigde de bezwaargronden in.

Op 30 november 2022 is het bezwaarschrift besproken tijdens een digitale hoorzitting.

### 3. Ontvankelijkheid

Bezwaarmaker is degene aan wie het bestreden besluit is gericht. Zij ondervindt dus de directe gevolgen van het bestreden besluit. De bezwaren voldoen ook voor het overige aan de eisen van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Wij kunnen daarom de bezwaren inhoudelijk beoordelen.

### 4. Bezwaren

Samengevat houden de bezwaren het volgende in:

- Het toepassen van spoedeisende bestuursdwang was disproportioneel en ondoordacht en heeft gezorgd voor een onveilige situatie in de tuin van bezwaarmaker. Hierdoor is het besluit in strijd met het evenredigheidsbeginsel;
- Het bouwwerk is geen zwembad, maar een jacuzzi (bubbelbad) zonder overkapping. Daarmee voldoet het aan de voorwaarden voor vergunningvrij bouwen uit artikel 3 lid 5 van Bijlage II van het Besluit omgevingsrecht (hierna: Bijlage II Bor);
- Het gebruik van het bouwwerk past in het bestemmingsplan Museumkwartier Valeriusbuurt. De uitleg die het college geeft aan de bestemming 'tuin' is te beperkt en past niet in het gangbaar juridisch-planologisch taalgebruik. Artikel 19.4.4 van het bestemmingsplan is niet van toepassing omdat geen sprake is van onbebouwde gronden;
- Op andere plekken waar 'tuinen' zijn toegestaan, zijn ook jacuzzi's geplaatst. Hierdoor is het besluit in strijd met het gelijkheidsbeginsel;
- Het besluit is in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, omdat artikel 19.4.4 van het bestemmingsplan tegenstrijdig is met artikel 19.1;
- Het besluit is in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel omdat verschillende feiten en omstandigheden niet (volledig) in beeld zijn gebracht of uit hun verband zijn getrokken.

Bezwaarmaker verzoekt tenslotte de in verband met de behandeling van het bezwaar gemaakte kosten, waaronder begrepen de kosten van eventueel in te schakelen deskundigen, te vergoeden.

### 5. Hoorzitting

De bezwaarschriftencommissie heeft belanghebbenden op 30 november 2022 digitaal via MS Teams gehoord. De hoorzitting werd voorgezeten door 5.1,5.1, 2, e Verder waren aanwezig:

- Namens bezwaarmaker: 5.15.1, 2, e (gemachtigde) en de heer 5.1, 2, e
- Namens het college: 5.1, 2, e (vertegenwoordiger) en 5.1, 2, e (toezichthouder).

Tijdens de hoorzitting is onder meer het volgende besproken.

Uw vertegenwoordiger en de toezichthouder hebben uitgelegd hoe ter plaatse is gecommuniceerd tijdens de uitgevoerde controle. Hierbij is aan de orde gekomen dat de communicatie met bezwaarmaker in het Engels moest plaatsvinden. Dat is lastig, mede door te bouwkundige, planologische en juridische technische termen die gebruikt moeten worden om de situatie uit te leggen. Daarom heeft de toezichthouder ook in het Nederlands gecommuniceerd met de uitvoerder ter plaatse, met 5.1, 2, e 5.1, 2, e van StukArt Tuinen (telefonisch) en een

medewerker van Buro SRO (telefonisch). 5.1, 2, e<sup>5.1, 2, e</sup> zou dit verder bespreken met bezwaarmaker.

Gemachtigde is van mening dat van medewerkers van de gemeente verwacht mag worden dat zij voldoende Engels spreken om (ook) dit soort technische gesprekken te kunnen voeren met inwoners die de Nederlandse taal niet machtig zijn. Het is immers geen Russisch of Italiaans.

Het maakt volgens gemachtigde voor deze zaak niet uit of het hier gaat over een zwembad of een jacuzzi, beide zijn volgens haar toegestaan.

Uw vertegenwoordiger legt uit dat hij in eerste instantie heeft gecommuniceerd over een zwembad, omdat dit zo benoemd is in het rapport van Buro SRO. Op het moment van de controle was er ook nog geen sprake van een zwembad of jacuzzi, de toezichthouder heeft alleen een betonnen bak in de grond waargenomen. Toen duidelijk was dat er een jacuzzi geplaatst zou worden, is daar verder van uitgegaan.

Gemachtigde legt uit dat zij de *spoedeisende* handhaving disproportioneel vindt omdat er geen sprake was van een gevaarlijke situatie. Er was volgens haar geen risico verbonden aan het (laten) doorbouwen. Het gaat volgens gemachtigde niet over strijd met bouwregels, maar strijd met gebruiksregels. Er had bijvoorbeeld ook een gebruiksverbod opgelegd kunnen worden. De voorzitter vraagt zich af of gemachtigde vindt dat door (laten) bouwen met de daarmee gepaard gaande extra kosten voor bezwaarmaker (voor afbouw en later voor eventuele verwijdering van het gebouwde) wel proportioneel zou zijn. Op deze vraag heeft gemachtigde inhoudelijk geen antwoord gegeven. Zij vindt dat beter moet worden gekeken naar wat er wel mogelijk is. Bezwaarmaker staat open voor een gesprek om "er samen uit te komen". Zij is bereid om zowel deze procedure als het beroep tegen het nieuwe bestemmingsplan in te trekken als er een oplossing kan worden gevonden. Juist omdat er geen vrees meer kan bestaan voor precedentwerking vanwege de inwerkingtreding van het nieuwe bestemmingsplan. Als die oplossing er niet komt zal bezwaarmaker beide procedures tot het einde doorzetten. Als de gemeente het belangrijk vindt dat de binnentuinen groen blijven, zou bezwaarmaker bereid zijn om het kunstgras op het deksel van de jacuzzi te vervangen voor echt gras. Uw vertegenwoordiger geeft aan dat hij geen mogelijkheden ziet voor een oplossing omdat de jacuzzi niet ten dienste staat van de bestemming tuin.

Uw vertegenwoordiger heeft bij een eerste zoektocht geen verleende vergunningen kunnen vinden voor de door bezwaarmaker aangedragen vermeende gelijke gevallen. Hij moet echter nog verder zoeken in andere systemen. Afgesproken wordt dat uw vertegenwoordiger binnen een week een lijst aanlevert met een inventarisatie van die gevallen. Daarbij zal hij aandacht besteden aan verleende vergunningen, maar ook aan mogelijke handhavingszaken en eventueel ingediende meldingen of handhavingsverzoeken. Overigens is in het geval 5.1, 2, e door een bouwplantoetser ten onrechte gecommuniceerd dat een zwembad vergunningvrij was. Die fout hoeft het college echter op grond van vaste jurisprudentie niet te herhalen. In het geval van J.J. 5.1, 2, e is in 2009 een vergunning verleend, maar dat was onder een ander bestemmingsplan. Op het perceel 5.1, 2, e was geen sprake van onbebouwde gronden, omdat er een bouwwerk aanwezig was, dat deels is (her)gebruikt voor het plaatsen van de jacuzzi. Daar waren dan ook de regels voor onbebouwde gronden in het bestemmingsplan niet van toepassing.

Gemachtigde stelt dat als er nog geen handhavingsverzoeken zijn voor die gevallen, deze alsnog door bezwaarmaker zullen worden ingediend. Bovendien stelt zij dat de vertegenwoordiger van het college tijdens de zitting bij de voorzieningenrechter heeft gesteld dat 5.1, 2, e inderdaad een gelijk geval is, waartegen handhavend zal worden opgetreden. Afgesproken wordt dat deze zaak in de lijst wordt opgenomen die uw vertegenwoordiger nog aanlevert. De lijst zal ook doorgestuurd worden naar gemachtigde, zodat zij hier nog op kan reageren.

Gemachtigde leest een pleitnota voor over het gebruik van de tuin en de uitleg die zij aan dat begrip geeft. Dit betreft hetzelfde standpunt als zij in het bezwaarschrift en tijdens de voorlopige voorziening heeft ingenomen. Zij vindt dat niet naar de Van Dale moet worden gekeken voor invulling van die term, maar naar wat gangbaar is.

Uw vertegenwoordiger verwijst voor een antwoord op het standpunt van gemachtigde naar wat gesteld is tijdens de voorlopige voorziening en in de uitspraak van de voorzieningenrechter.

5.1, 2, e legt uit dat hij er van overtuigd is dat hij juist heeft gehandeld. Hij heeft ook contact gehad met burens over de bouwplannen. Deze procedure raakt hem en zijn gezin. Hij vermoedt dat de melding is ingediend door een buurvrouw die hem, zijn vrouw en zelfs zijn kinderen ook al herhaaldelijk discriminatoir heeft bejegend.

Er is een geluidsopname gemaakt van de hoorzitting. Op verzoek kan deze beschikbaar worden gesteld.

## **6. Wet- en regelgeving**

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

## **7. Overwegingen**

Wij beoordelen of u het besluit terecht hebt genomen.

### Voorlopige voorziening

Bezwaarmaker heeft ook een voorlopige voorziening gevraagd bij de rechtbank. Tijdens die procedure zijn dezelfde argumenten naar voren gebracht als in deze bezwaarprocedure. De voorzieningenrechter heeft bij uitspraak van 16 augustus 2022 de gevraagde voorziening afgewezen. In die uitspraak staat onder meer genoemd dat u zich op het standpunt heeft mogen stellen dat de jacuzzi niet ten dienste staat van de bestemming tuin. De voorzieningenrechter stelt dat hieruit volgt dat de jacuzzi in strijd is met de regels van het bestemmingsplan en dat u bevoegd was handhavend op te treden.

De voorzieningenrechter concludeert verder dat u ook in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van uw bevoegdheid tot handhaving door de bouwwerkzaamheden stil te leggen.

### Toepasselijk recht

Bij het nemen van een beslissing op bezwaar moet in beginsel het recht worden toegepast, zoals dat op dat moment geldt. Handhavingsprocedures vormen hier echter een uitzondering op. Daar wordt in principe uitgegaan van de feiten en omstandigheden ten tijde van het nemen van het primaire besluit. Omstandigheden die zich daarna hebben voorgedaan kunnen een rol spelen in de

herbeoordeling, maar alleen voor zover het doel en de strekking van de te handhaven norm of de fundamentele rechtsbeginselen zich hier niet tegen verzetten. Een bouwstop is een besluit waarbij de situatie op een bepaald tijdstip bepalend is. Door de aard van een dergelijk besluit ligt het meenemen van nieuwe regels, feiten en omstandigheden van ná het primaire besluit dan ook niet voor de hand.

Het na het opleggen van de bouwstop in werking getreden nieuwe bestemmingsplan Museumkwartier – Valeriusbuurt 2022 zullen wij dan ook buiten beschouwing laten.

#### Vergunningvrij bouwen

Bezwaarmaker stelt dat de jacuzzi voldoet aan de eisen voor vergunningvrij bouwen en dat daarom geen bouwstop opgelegd had mogen worden. Op grond van artikel 3 van Bijlage II Bor is voor een zwembad, bubbelbad of soortgelijke voorziening die niet van een overkapping is voorzien inderdaad geen omgevingsvergunning voor bouwen vereist. Als een dergelijk bouwwerk niet past in het bestemmingsplan, is echter wél een vergunning voor afwijken van het bestemmingsplan vereist. Wordt deze niet verleend, dan kan het zwembad of de jacuzzi dus niet vergunningvrij geplaatst worden.

In het bestreden besluit is opgenomen dat de jacuzzi in strijd is met het bestemmingsplan. Ook de voorzieningenrechter heeft zich op dat standpunt gesteld. Bezwaarmaker bestrijdt dit standpunt. Om te beoordelen of de jacuzzi vergunningvrij geplaatst mag worden zullen wij beoordelen of deze in strijd is met het bestemmingsplan.

#### Toets aan het bestemmingsplan en rechtszekerheidsbeginsel

Ter plaatse gold ten tijde van het bestreden besluit het bestemmingsplan Museumkwartier en Valeriusbuurt (uit 2011). Het perceel had de bestemming Wonen en mocht gebruikt worden voor (voor zover van toepassing) wonen, tuinen en erven, verblijfsgebied en voet- en fietspaden. Onbebouwde gronden mogen echter alleen gebruikt worden ten dienste van tuin.

De stelling van bezwaarmaker dat deze laatste regel niet van toepassing zou zijn, kunnen wij niet volgen. Niet in geschil is dat de gronden waarop de jacuzzi is gebouwd, voorafgaand aan die bouw onbebouwd waren. Nu die gronden niet waren bebouwd mochten daar geen gebouwen worden gebouwd en waren bouwwerken geen gebouw zijnde alleen toegestaan als deze ten dienste van de tuin staan. Bezwaarmaker is van mening dat de gronden niet (meer) onbebouwd zijn omdat zij deze zelf met het onderhavige bouwwerk heeft bebouwd. Volgens deze cirkelredenering bestaan er binnen dit bestemmingsplan dus geen onbebouwde gronden. Die gronden kunnen volgens die redenering immers allemaal bebouwd worden, waarna er geen sprake meer is van onbebouwde gronden. Niet alleen strookt dit niet met de letterlijke uitleg, de systematiek en de bedoeling van het bestemmingsplan, maar dit zou de planregel ook zinledig maken.

'Tuin' is niet gedefinieerd in het bestemmingsplan. Daarom moet aansluiting gezocht worden bij het normaal spraakgebruik. Hierbij wordt in de jurisprudentie veelal aansluiting gevonden bij de definities die worden gegeven in het Groot Woordenboek Van De Nederlandse Taal van Van Dale (hierna: Van Dale). De voorzieningenrechter heeft hierover geoordeeld:

*11.1 De voorzieningenrechter is van oordeel dat verweerder zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de gronden waarop de jacuzzi was voorzien onbebouwd waren. Voor zover van toepassing geldt op grond van artikel 19.4.4 van de planregels dat voor onbebouwde gronden uitsluitend het gebruik ten dienste van tuin is toegestaan. Dit betekent dat de jacuzzi ten dienste van de tuin moet staan. Dat deze planregel sommige vormen van toegestaan gebruik van gronden met de bestemming 'Wonen' moeilijk maakt, maakt dit niet anders.*

*11.2. In de planregels is geen definitie opgenomen van het begrip 'tuin'. Ook in de toelichting wordt geen uitleg gegeven hoe dit begrip dient te worden geïnterpreteerd. De betekenis van het begrip 'tuin' moet dan worden bepaald naar het algemeen gangbare spraakgebruik en daarbij heeft het "Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal" (hierna: Van Dale) als richtsnoer te gelden. Volgens verweerder volgt uit Van Dale dat onder 'tuin' wordt verstaan: een omheind of afgeperkt stuk grond dat hoort bij een huis en dat daaraan sluit of het omgeeft, waar bloemen gekweekt of groenten enz. geteeld worden. De voorzieningenrechter is van oordeel dat verweerder in redelijkheid bij die definitie heeft kunnen aansluiten. De omstandigheid dat in de praktijk een tuin er mogelijk anders uitziet en dat aan het begrip 'tuin' een andere definitie kan worden gegeven, maakt niet dat verweerder niet heeft kunnen aansluiten voor het begrip 'tuin' bij de definitie zoals opgenomen in de Van Dale. (...).*

Bezwaarmaker heeft niet nader onderbouwd waarom dit oordeel niet correct zou zijn. Zij herhaalt slechts wat zij ook in het verzoek om voorlopige voorziening heeft gesteld. Wij hebben geen reden om te twijfelen aan het standpunt van de voorzieningenrechter en sluiten ons aan bij zijn oordeel. Dat betekent dat wij van mening zijn dat de jacuzzi in strijd is met het bestemmingsplan en dus niet vergunningvrij gebouwd mag worden.

Bezwaarmaker heeft voorafgaand aan de uitvoering van de bouwwerkzaamheden door Buro SRO laten toetsen of een vergunning noodzakelijk is. In de memo die Buro SRO hierover heeft opgesteld, wordt genoemd dat de bestemming ter plaatse 'Wonen' is en dat buiten het bouwvlak alleen vergunningvrij mag worden gebouwd. Daarna wordt beschreven dat Buro SRO van mening is dat de jacuzzi niet voorzien is van een overkapping als bedoeld in artikel 3 van Bijlage II Bor en dat deze (dus) vergunningvrij is. Dat de tuin op grond van het bestemmingsplan alleen mag worden gebruikt ten dienste van tuin, wordt niet genoemd. Ook wordt dus niet overwogen of een jacuzzi of zwembad geïnclassificeerd kan worden als "ten behoeve van tuin". De toets die is uitgevoerd door Buro SRO is dan ook onvolledig: er is onvoldoende bekeken of een jacuzzi of zwembad in het bestemmingsplan past.

Als bezwaarmaker wilde weten of een jacuzzi in de tuin vergunningvrij mocht worden gebouwd, was het beter geweest als zij die vraag aan de betreffende afdeling van het stadsdeel had voorgelegd, in plaats van een extern adviesbureau. Het stadsdeel is immers de instantie die dit moet beoordelen en die uitsluitend kan geven hoe het college een dergelijk bouwwerk beoordeelt.

#### Evenredigheidsbeginsel

Bezwaarmaker stelt dat het toepassen van spoedeisende bestuursdwang disproportioneel en ondoordacht was. Bovendien zou het hebben gezorgd voor een onveilige situatie in haar tuin.

Hiermee stelt bezwaarmaker dat de bouwstop niet evenredig is ten opzichte van de met de handhaving te dienen belangen.

Een bouwstop is echter een spoedeisende ordemaatregel. Het is vaste jurisprudentie dat in een dergelijk besluit slechts een zeer beperkte belangenafweging plaatsvindt<sup>1</sup>. Dit heeft te maken met de aard en het doel van deze bevoegdheid. De bouwstop is niet bedoeld om een einde te maken aan een overtreding, maar om verdere overtreding te voorkomen en om te voorkomen dat een bestuursorgaan (en omwonenden) voor een voldongen feit komen te staan. Bovendien heeft de procedure een spoedeisend karakter. Zo hoeft ook geen zienswijze gevraagd en behandeld te worden voorafgaand aan het nemen van het besluit. De bouwstop heeft verder een tijdelijk karakter. Na het opleggen van de bouwstop zal verder handhavend optreden (in dit geval om het gedeeltelijk gerealiseerde bouwwerk te laten verwijderen) overwogen worden.

In het bestreden besluit is vermeld dat sprake was van een overtreding omdat werd gebouwd zonder de daarvoor benodigde omgevingsvergunning. Ook is vermeld dat dit de bouw van het "zwembad/zwem spa/jacuzzi" betrof. Gelet op bovenstaande is die overtreding voldoende om een bouwstop te mogen opleggen. Gelet op het doel en de aard van een bouwstop is dat ook niet disproportioneel, zoals ook de voorzieningenrechter heeft geoordeeld. Zeker niet gelet op het alternatief: bezwaarmaker (op diens kosten) laten doorbouwen en achteraf handhaven om dat bouwwerk weer te laten verwijderen (opnieuw op kosten van bezwaarmaker).

Het besluit was ook geenszins ondoordacht. De bouwstop is immers pas opgelegd nadat de toezichthouder contact heeft gehad met de jurist om te bepalen of het bouwwerk vergunningplichtig was. Pas enkele dagen na de eerste constatering is de bouwstop opgelegd. Hieruit blijkt naar onze mening juist dat het besluit goed doordacht was.

Bovendien moet ook rekening gehouden worden met de algemene belangen zoals onder meer vastgelegd in het bestemmingsplan en de belangen van omwonenden, waaronder de belangen van degene die de melding heeft ingediend. Gelet op bovenstaande komen wij tot de conclusie dat het besluit niet onevenredig is ten opzichte van de hiermee te dienen belangen.

Bezwaarmaker stelt dat het toestaan van de jacuzzi geen precedentwerking meer kan hebben, vanwege de inwerkingtreding van een nieuw bestemmingsplan. Hierbij ziet zij echter over het hoofd dat deze toestemming wegens het overgangsrecht nog wel degelijk precedentwerking kan hebben.

Overigens betekent een bouwstop niet dat het bezwaarmaker verboden was om veiligheidsmaatregelen te treffen om te voorkomen dat zonder toezicht in de tuin spelende kinderen in het gat konden vallen.

#### Gelijkheidsbeginsel

Bezwaarmaker stelt dat op diverse andere locaties binnen de grenzen van dit bestemmingsplan ook jacuzzi's zijn geplaatst, waartegen niet handhavend is of wordt opgetreden. Zij doet een

---

<sup>1</sup> Zie hiervoor bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2022:1056

beroep op het gelijkheidsbeginsel. Voor een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel moet echter sprake zijn van rechtens gelijke gevallen. Verder is het aan bezwaarmaker om aannemelijk te maken dat daar sprake van is.

Het enige adres dat door bezwaarmaker in het bezwaarschrift wordt genoemd is 5.1, 2, e [redacted]. Uw vertegenwoordiger heeft gesteld dat dit geen rechtens vergelijkbaar geval is. Onderhavige zaak ziet immers op het opleggen van een bouwstop, niet op het handhaven tegen reeds aanwezige bebouwing. De jacuzzi aan het 5.1, 2, e [redacted] is niet meer in aanbouw, maar is reeds (af)gebouwd. Over de reeds gebouwde jacuzzi heeft uw vertegenwoordiger tijdens zitting uitgelegd dat deze niet gebouwd is op onbebouwde gronden, maar op gronden waar eerst een bijgebouw stond.

Wij concluderen dan ook dat artikel 19.4.4 van het bestemmingsplan niet van toepassing is en was op de situatie op het adres 5.1, 2, e [redacted]. Er is daarom geen sprake van een rechtens gelijk geval. Ook indien de vertegenwoordiger van het dagelijks bestuur tijdens de zitting bij de voorzieningenrechter heeft aangegeven dat dit wel zo was, zou dat bovenstaande niet anders maken.

Overigens heeft uw vertegenwoordiger aangegeven dat dit niet zo stellig is gezegd bij de voorzieningenrechter. Tijdens de zitting zou ter sprake gekomen zijn dat indien de jacuzzi aan het Valeriusplein nog in aanbouw was (zonder de daarvoor vereiste omgevingsvergunning) en het college was daarvan op de hoogte was geweest, het in de reden had gelegen dat ook daar een bouwstop zou worden opgelegd. Aanvullend heeft de vertegenwoordiger toen aangegeven dat in het geval er voor dat adres in de toekomst een handhavingsverzoek mocht worden ingediend en er sprake zou zijn van een illegale situatie, dat dan handhavend zal worden opgetreden.

Van overige gevallen noemt bezwaarmaker in het bezwaarschrift geen adressen. Zij heeft wel drie foto's bijgesloten. Twee daarvan zijn niet voorzien van een adres. Dat betekent dat wij niet kunnen nagaan of er sprake van een gelijk geval. De andere foto lijkt van het adres 5.1, 2, e [redacted] te zijn. Dit betreft echter een tuin die is gelegen in een geheel andere buurt en in een ander bestemmingsplan, met andere gebruiksvoorschriften. Alleen al daarom kan geen sprake zijn van een rechtens vergelijkbaar geval.

Bezwaarmaker heeft op 18 november 2022 nadere stukken ingediend waarin 16 adressen zijn genoemd met volgens haar rechtens vergelijkbare gevallen. Uw vertegenwoordiger heeft daar vervolgens onderzoek naar gedaan. Uw vertegenwoordiger komt tot de conclusie dat er geen sprake is van rechtens gelijke gevallen. De inventarisatie is doorgestuurd aan gemachtigde van bezwaarmaker en maakt onderdeel uit van het procesdossier. Bezwaarmaker heeft op 23 december 2022 gereageerd op de inventarisatie. In deze reactie herhaalt zij een groot deel van de bezwaargronden. Omdat deze schriftelijke ronde slechts over het gelijkheidsbeginsel gaat, zullen wij alleen de reactie op de inventarisatie bespreken en de rest van het stuk onbesproken laten.

In 13 van de door bezwaarmaker genoemde gevallen heeft uw vertegenwoordiger geen stukken aangetroffen met betrekking tot het realiseren van een zwembad of jacuzzi. Dit betreft zowel vergunningen als handhavingsszaken of -verzoeken dan wel meldingen. Alleen al omdat hier geen

meldingen zijn gevonden en ook niet op een andere wijze is aangetoond dat het stadsdeel op de hoogte was van aan de gang zijnde bouwwerkzaamheden waartegen vervolgens niet middels een bouwstop is opgetreden, kan hier geen sprake zijn van rechtens gelijke gevallen.

Bezwaarmaker is van mening dat in de inventarisatie niet is aangegeven waarom in deze 13 gevallen geen sprake is van gelijke gevallen. Voor een reactie hierop verwijzen naar bovenstaande opmerkingen. Verder is zij van mening dat dit gelijke gevallen zijn omdat het gaat om "dezelfde soort bouwwerken (jacuzzi's) én hetzelfde planologisch regime". Dit is echter een zeer beperkte visie op het gelijkheidsbeginsel. Bezwaarmaker ziet hierbij immers over het hoofd dat het in deze procedure gaat om het opleggen van een bouwstop. Dat betekent dat alleen sprake kan zijn van een rechtens gelijk geval als men op andere adressen op heterdaad is betrapt op het zonder vergunning bouwen van een zwembad of jacuzzi in de tuin, waarna geen bouwstop is opgelegd. In geen van de door bezwaarmaker aangedragen gevallen is daar sprake van. Op de genoemde adressen is niemand op heterdaad betrapt op bouwen zonder de benodigde vergunning.

Van de overige 3 adressen zijn wel documenten aangetroffen.

- 5.1, 2, e op 6 augustus 2009 is een vergunning verleend voor een zwembad. Dit was echter onder een andere bestemmingsplan, namelijk Noorder Amstelkanaal;
- 5.1, 2, e per e-mail van 20 juni 2019 heeft een bouwplantoetser meegedeeld dat voor de bouw van een zwembad geen omgevingsvergunning nodig is. Uw vertegenwoordiger stelt dat dit een (eenmalige) fout is, die niet herhaald hoeft te worden;
- 5.1, 2, e 5.1, 2, e op 11 maart 2012 is een vergunning verleend voor een zwembad. Omdat het hier gaat om het verlenen van een vergunning en niet om een bouwstop wegens het zonder vergunning bouwen, is hier geen sprake van een rechtens gelijk geval. Wij voegen hier nog aan toe dat dit een vergunning is van 10 jaar oud. De ruimtelijke afwegingskaders zijn sindsdien aanzienlijk gewijzigd (strenger geworden).

Bezwaarmaker stelt dat in het geval van het adres 5.1, 2, e (ook) een melding is ingediend. Waarom zij van mening is dat dit zo is, is ons overigens niet duidelijk. De door uw vertegenwoordiger overgelegde e-mail is immers gericht aan een bedrijf dat zwembaden aanlegt, niet aan een omwonende.

Wij concluderen dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel niet slaagt.

Dat uw vertegenwoordiger na het overleggen van de inventarisatie geen discussie is aangegaan met de gemachtigde van bezwaarmaker over de inhoud van zijn inventarisatie komt ons overigens niet vreemd voor. Zoals gemachtigde zou moeten weten verloopt de communicatie in deze fase van een bezwaarzaak altijd via (de secretaris van) de bezwaarschriftencommissie en niet buiten de commissie om.

#### Zorgvuldigheidsbeginsel

Bezwaarmaker stelt dat het besluit in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel. Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat een besluit zorgvuldig moet worden voorbereid. Wij begrijpen uit het bezwaarschrift echter dat zij voornamelijk uit communicatie die ná het nemen van het besluit is gevoerd afleidt dat het besluit in strijd is met dit beginsel.

Bij de eerste inspectie heeft de toezichthouder vastgesteld wat er werd gebouwd en heeft hij gewaarschuwd dat dit mogelijk niet vergunningvrij is. Pas na ruggenspraak met een jurist heeft hij een aantal dagen later een bouwstop opgelegd. Dit is een zorgvuldige manier van werken. Dat ná het nemen van het besluit namens het bestuur mogelijk tegenstrijdigheden zijn gecommuniceerd, maakt – wat daar verder ook van zij – niet dat de *voorbereiding* van het besluit onzorgvuldig is geweest.

Het bestuur heeft zich verder vanaf het opleggen van de bouwstop steeds op hetzelfde standpunt gesteld, namelijk dat geen sprake is van een vergunningvrij bouwwerk. Als wij dit combineren met hetgeen wij eerder hebben overwogen, trekken wij de conclusie dat het besluit voldoende zorgvuldig is voorbereid.

#### Tenslotte

Bezwaarmaker heeft tijdens de hoorzitting meermaals aangegeven dat zij graag in gesprek gaat met de gemeente om 'een oplossing te vinden'. Uw vertegenwoordiger heeft aangegeven dat hij geen mogelijkheid ziet voor een dergelijke oplossing. Mede gelet op het streven tot het groen houden van de (binnen)tuinen is het immers al jarenlang het beleid van het stadsdeel om bebouwing van (binnen)tuinen zoveel als mogelijk tegen te gaan.

Bovendien zijn wij van mening dat 'het vinden van een oplossing' buiten het kader van deze bouwstop valt. Zoals eerder uitgelegd is een bouwstop een ordemaatregel die bedoeld is om verdere overtreding te voorkomen en om te voorkomen dat een bestuursorgaan (en omwonenden) voor een voldongen feit komen te staan. Zo'n procedure heeft een spoedeisend en tijdelijk karakter. Een belangenafweging, of gesprekken over een mogelijke 'oplossing' of aanpassingen aan het bouwplan, hebben in een dergelijke procedure geen plaats en kunnen hooguit in het kader van de reguliere handvingsprocedure of aan de hand van een (concept) vergunningaanvraag gevoerd worden. Het feit dat een overtreding is vastgesteld is voldoende om een bouwstop op te kunnen leggen.

Overigens begrijpen wij uit hetgeen bezwaarmaker in de stukken en tijdens de hoorzitting heeft gesteld dat 'een oplossing' wat haar betreft moet bestaan uit het (op welke wijze en op welke gronden dan ook) toestaan van het bouwen van de door haar gewilde jacuzzi. Wij vragen ons af in hoeverre dit nog ruimte biedt voor 'een oplossing'.

Verder heeft bezwaarmaker zowel tijdens de hoorzitting als in de reactie op de inventarisatie van het gelijkheidsbeginsel gesteld dat zij handvingsverzoeken zal gaan indienen over de door haar veronderstelde gelijke gevallen als zij niet in het gelijk gesteld wordt. Daarbij verwijt zij het college onethisch handelen omdat zij gedwongen zou worden daartoe. Wij wijzen echter op twee fouten in die redenering. Ten eerste dwingt het college bezwaarmaker nergens toe. Het staat bezwaarmaker vrij om (meerdere) handvingsverzoeken in te dienen, maar dit is een keuze die bezwaarmaker zelf zou maken. Het college dwingt niemand daartoe. Ten tweede zou het indienen van handvingsverzoeken niet leiden tot anders handelen ten opzichte van bezwaarmaker. Dit zou immers alleen kunnen leiden tot handhavend optreden op andere adressen. Wij zien daarom niet in waarom bezwaarmaker vindt dat zij geholpen zou zijn met het indienen van (meerdere) handvingsverzoeken, laat staan dat zij zich daartoe gedwongen voelt. Tenslotte zijn wij van

mening dat een dergelijk dreigement nooit reden mag zijn voor het college om anders te handelen dan in andere gevallen zou gebeuren. Wij zijn dan ook van mening dat u terecht uw koers niet heeft gewijzigd naar aanleiding hiervan.

#### Proceskosten

Bezwaarmaker heeft gevraagd om vergoeding van de proceskosten in deze bezwaarprocedure. In de Awb is bepaald dat proceskosten alleen vergoed worden als het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuur te wijten onrechtmatigheid. Wij zijn van mening dat het betreden besluit in stand kan blijven. Daarom bestaat er geen reden voor vergoeding van de proceskosten. Wij adviseren u dan ook dit verzoek af te wijzen.

#### **8. Conclusie**

Volgens ons zijn de bouwwerkzaamheden terecht stilgelegd. We adviseren het ingediende bezwaarschrift ongegrond te verklaren en het besluit van 25 mei 2022 in stand te laten. Verder adviseren wij u het verzoek om vergoeding van de proceskosten af te wijzen.

Amsterdam, 3 januari 2023

De bezwaarschriftencommissie,

5.1, 2, e

T 5.1, 2, e 5.1, 2, e

voorzitter

5.1, 2, e

5.1, 5.1, 2, e

secretaris

## Bijlage: Wet- en regelgeving

### Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Op basis van artikel 5:21 van de Awb kan een bestuursorgaan een last onder bestuursdwang opleggen. Op grond van artikel 5:32 Awb kan het bestuursorgaan in plaats daarvan een last onder dwangsom opleggen. Een last omschrijft in ieder geval de overtreding, de te nemen herstelmaatregelen en de termijn waarbinnen de last moet worden uitgevoerd.

Op grond van artikel 5:31 van de Awb kan een bestuursorgaan in spoedeisende gevallen besluiten dat bestuursdwang zal worden toegepast zonder voorafgaande last. Als de situatie zo spoedeisend is, dat een besluit niet kan worden afgewacht, kan terstond bestuursdwang worden toegepast, maar wordt zo spoedig mogelijk nadien alsnog schriftelijk een besluit bekendgemaakt.

#### Artikel 7:15

- 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 voorzover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.  
(...)

### 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,  
(...)

#### Artikel 5.1

Dit hoofdstuk is van toepassing op de uitvoering en handhaving van het bij of krachtens deze wet bepaalde, alsmede op de uitvoering en handhaving van het bepaalde bij of krachtens de:

- (...)
- Monumentenwet 1988 voor zover van kracht overeenkomstig artikel 9.1 van de Erfgoedwet,  
(...)
  - Wet milieubeheer,
  - Wet ruimtelijke ordening,  
(...)

–Woningwet,  
voor zover dit bij of krachtens de genoemde wetten is bepaald.

#### 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

##### Artikel 2.3. Bouwen en planologische gebruiksactiviteiten

1. In afwijking van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder a, van de wet is geen omgevingsvergunning vereist voor de categorieën gevallen in artikel 3 in samenhang met artikel 5 van bijlage II.

(...)

#### Bijlage II bij het Besluit omgevingsrecht (Bijlage II Bor)

##### Artikel 3

Een omgevingsvergunning voor een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder a, van de wet is niet vereist, indien deze activiteit betrekking heeft op:

(...)

5. een zwembad, bubbelbad of soortgelijke voorziening, dan wel vijver op het erf bij een woning of woongebouw, mits deze niet van een overkapping is voorzien;

(...)

#### Bestemmingsplan Museumkwartier Valeriusbuurt

Ter plaatse geldt bestemmingsplan Museumkwartier en Valeriusbuurt. De gronden waarop het bouwplan is voorzien hebben de bestemming Wonen (artikel 19). Deze gronden zijn bestemd voor (voor zover van toepassing) wonen, tuinen en erven, verblijfsgebied en voet- en fietspaden.

Voor bouwwerken, geen gebouwen zijnde geldt:

- a. maximum bouwhoogte: 2 meter;
- b. maximum bouwhoogte voor erf- en terreinafscheidingen vóór de voorgevel: 1 meter.

Voor onbebouwde gronden geldt dat uitsluitend het gebruik ten dienste van tuin is toegestaan.