

Reactie college

Betreffende het bezwaarschrift van Hammerstein advocaten gericht tegen het besluit van het college van B&W van gemeente Amsterdam van 17 november 2020 waarbij aan de eigenaren van het pand aan de [REDACTED] een last onder dwangsom is opgelegd.

Dossier : Z2020-C011781
Bezwaarde : dhr [REDACTED] en mw. [REDACTED]
Gemachtigde : dhr [REDACTED] van Six advocaten
Gemachtigde AB : mw [REDACTED]

Procedure

12 juli 2020	verzoek om handhaving
15 juli 2020	constateringsrapport
28 juli 2020	voornemen opleggen last onder dwangsom
11 augustus 2020	zienswijze van Hammerstein advocaten
17 juli 2020	zienswijze Van de heer [REDACTED]
4 september 2020	verdagen beslistermijn
8 september 2020	zienswijze van dhr. [REDACTED] van Remigius Legal
17 november 2020	besluit opleggen last onder dwangsom
19 november 2020	besluit op het handhavingsverzoek

Ontvankelijkheid

Het bezwaarschrift voldoet aan de eisen gesteld in artikel 6:5 van de Awb en is ontvankelijk.

Gronden van bezwaar

Door bezwaarden wordt onder andere kort samengevat het volgende aangevoerd. De gemeente is onzorgvuldig geweest bij het vergaren van relevante informatie, besluit is onvoldoende gemotiveerd. De belangen zijn onvoldoende afgewogen en besluit is willekeurig en onevenredig. De gemeente heeft op geen enkel moment onderzoek naar het dakterras verricht in of vanuit het pand van bezwaarden. Tevens heeft zij geen informatie bij bezwaarden opgevraagd. Bezwaarden menen dat er sprake is van regulier onderhoud; er is een onveilige situatie verholpen en de afwijkingen zijn minimaal. Voor deze afwijkingen is geen vergunning vereist dan wel zou de vergunning verleend worden. Het bestaande dakterras bleek verrot waardoor er een direct gevaar bij het betreden ervan was ontstaan.

***gebleven bij 3.3 blz 3.

als afscheiding van een dakterras. De plantenbakken zijn geen hekwerk als afscheiding van het dakterras. Het zijn geen bouwwerken maar losse bakken op een dak. Daarvoor geldt de welstandstoets niet. De witte bakken dienen om de privacy te waarborgen. Ze belemmeren het uitzicht van de buurman niet daar zijn terras een stuk lager ligt.

De constructie is geen pergola maar een zonwering. De zonwering is wel een bouwwerk maar vergunningsvrij zodat ook hiervoor de welstandstoets niet geldt. Betwist wordt dat de zonwering de opbouw van het gebouw verstoort. De achtergevel is met vergunning rechtgetrokken. De zonwering sluit daar perfect op aan. Verwezen wordt naar een uitspraak v RvS van 25 januari 2017. In die uitspraak stelt de afdeling dat noch in Bijlage II bij het Bor noch in de nota van

toelichting bij artikel 2, aanhef en onder 8 van bijlage II een definitie is opgenomen van zonwering. Ook zijn er geen eisen gesteld aan de afmetingen, plaatsing en constructie. Het bouwwerk heeft als doel om de zon te weren, zit aan het gebouw en het hele horizontale deel is inschuifbaar en dus niet permanent aanwezig. Het kan dus worden aangemerkt als een zonwering en is vergunningsvrij. De zonwering heeft geen effect op de bezonning van het terras van de buurman.

Beroep op gelijkheidsbeginsel: In de omgeving is een vergelijkbaar zonwering geplaatst. Tevens wordt wat betreft het houden van 2 meter tot aan de perceelgrens gewezen naar het terras van nr. 21. Dat terras grenst direct aan de erfgrens van bezwaarden.

De dwangsom is zonder motivering gewijzigd naar € 5.000,- voor illegale bebouwing (zonwering) en €10.000,- ineens voor het bouwen in afwijking van de vergunning. Terwijl dit € 5.000,- was. Verzocht wordt om de begunstigingstermijn te verlengen tot 4 weken na bob. Verzocht wordt om een proceskostenvergoeding.

In het bezwaar gericht tegen het besluit om de begunstigingstermijn niet te verlengen wordt nog aangevoerd dat de last geen stand kan houden, om die reden had het verzoek om de begunstigingstermijn te verlengen moeten worden toegewezen.

Wetgeving

Ingevolge artikel 2.1, lid 1 onder a van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (verder Wabo) is het verboden te bouwen zonder omgevingsvergunning.

Ingevolge artikel 5:32 van de Algemene wet bestuursrecht kan een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen, in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.

Beginselflicht tot handhaving

Op grond van vaste jurisprudentie is er een beginselflicht tot handhaving van de daartoe gestelde wettelijke regels en verplichtingen. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het 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 mag van een 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.

Overwegingen

Wegens Covid-19 en de maatregelen die hierdoor waren opgelegd was er een tijdelijk werkwijze dat de toezichthouders geen panden mochten betreden waar mensen verbleven. Er werd naar mogelijkheden gezocht om bij handhavingen toch een controle te kunnen uitvoeren, daar er een achterstand bij deze zaken ontstond. Videobellen waarbij de verzoeker om handhaving met zijn telefoon/tablet het bouwwerk op aanwijzingen van de toezichthouder liet zien, zodat de toezichthouder het bouwwerk toch kon aanschouwen leek een mooie tijdelijke

oplossing in sommige zaken. Nadat de maatregelen weer waren versoepeld, is de toezichthouder op 14 augustus 2020 bij bezwaarden langs geweest voor een controle.

Dakterras

Op 28 augustus 2014 is een omgevingsvergunning verleend voor het slopen van een bestaande 1-laagse woning, het oprichten van een woning op het adres [REDACTED] en om af te wijken van de bepalingen van het bestemmingsplan Westelijke Binnenstad (BWT 1332329). In deze vergunning is ook een binnenplanse afwijking verleend om het dakterras te realiseren. Het thans aanwezige dakterras over de gehele breedte van de gevel met witte afrastering/plantenbakken is niet conform deze vergunning gerealiseerd. Op de bouwtekening welke bij de omgevingsvergunning hoort (de bouwtekening nieuwe toestand, bijlage 3 bij de omgevingsvergunning en welke niet is meegestuurd met het bezwaarschrift) blijkt overduidelijk dat het dakterras niet over de gehele breedte van de gevel mag worden aangebracht doch dat deze een stuk (circa 2 meter) vanaf de erfgrans met nr. 21 moet worden gerealiseerd. Tevens blijkt uit die bouwtekening dat het hekwerk van het dakterras als transparant spijlenhekwerk uitgevoerd dient te worden. Er is dus niet conform vergunning gebouwd. Dat op het gedeelte van het dakterras bij de erfgrans met nr. 21 slechts plantenbakken staan en dit deel niet als dakterras wordt gebruikt is hiervoor niet relevant. Het gestelde hieromtrent wordt dan ook niet gevolgd. In het bestreden besluit is voorts aangegeven dat legalisatie van zowel het vergrote dakterras als de plaatsing van de plantenbakken niet mogelijk is. Artikel 5:50 Burgerlijk wetboek verhindert dat er een dakterras wordt geplaatst tot aan de erfgrans. Er is bij de vergunningverlening dan ook slechts een binnenplanse afwijking verleend voor een dakterras dat niet over de gehele breedte van de gevel en derhalve tot op de erfgrans zou worden gerealiseerd. Er is in het bezwaarschrift geen redenen aangevoerd waarom er thans wel medewerking moet worden verleend aan een binnenplanse afwijking voor een dakterras tot aan de erfgrans. Voorts is er een negatief welstandsadvies met betrekking tot de plantenbakken als afrastering van het dakterras afgegeven. De plantenbakken dienen, op de wijze zoals ze zijn geplaatst en het feit dat ze permanent aanwezig zijn, thans als hekwerk/afrastering van het dakterras. Gelet hierop vormen ze een bouwwerk van enig omvang en zijn ze wel vergunningsplichtig. Overigens is tot op heden door bezwaarden geen aanvraag omgevingsvergunning ingediend om het huidige dakterras met de plantenbakken te legaliseren.

Constructie op het dakterras

De constructie die op het dakterras is geplaatst bestaat uit vier staanders verbonden met het dak (van de derde verdieping, dus de vloer van het dakterras) en aan de bovenzijde met elkaar. Deze constructie bevat een horizontaal uitrolbaar zonnescherm. De staanders zijn iets hoger dan de opbouw (de vierde verdieping) en zijn niet verbonden aan de gevel van het pand. Gelet hierop wordt gemeend dat dit geen zonwering is volgens artikel 2, aanhef, onder 8 van Bijlage II van het Bor.

Zoals uit de door bezwaarden aangehaalde uitspraak van de Raad van State van 14 oktober 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3157) wordt met dit artikel een zonwering bedoeld die *“inklapbaar is, bevestigd is aan een gevel en mede ten doel heeft om de zon op de gevel van het pand te weren”*.

Onderhavige constructie is geen constructie die vastgemaakt is aan de gevel doch is een aparte constructie die aan de vloer van het dakterras is bevestigd. Deze constructie is niet inklapbaar, slechts het zonnescherm bovenop de constructie kan ineen geschoven worden, en is dus permanent aanwezig. Deze constructie is vanaf de openbare ruimte deels zichtbaar.

Volgens de door bezwaarden aangehaalde uitspraak van de Raad van State van 25 januari 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:159) geeft de Raad van State juist aan dat indien het een bouwwerk betreft dat niet inklapbaar is en permanent aanwezig is, er geen sprake is van een zonwering als bedoeld in artikel 2, aanhef, onder 8 van Bijlage II van het Bor. Het hieromtrent door bezwaarden gestelde wordt dan ook niet gedeeld.

Voor de constructie is dus een omgevingsvergunning vereist. Deze is niet verleend. Legalisatie van deze constructie is niet mogelijk gelet op het negatieve welstandsadvies en het bestemmingsplan.

Op 28 juli 2020 heeft de Commissie Ruimtelijke Kwaliteit een advies met betrekking tot de constructie en de witte afrastering gegeven. De commissie geeft het volgende aan:

Niet akkoord

Dakterrassen zijn toegestaan op de achterste helft van het platte dak van de hoofdbouw. In dit geval is bij vergroten van de woning een klein deel als terras ingericht. Vergroten ten opzichte van vergund is vanuit welstandsoogpunt mogelijk, maar het hekwerk dient als transparant spijlenhekwerk uitgevoerd te worden. De aangebrachte dichte constructie voldoet hier niet aan. De pergolaconstructie met zonwering verstoort de opbouw van het gebouw en is volgens de welstandsnota (hoofdstuk 6) niet toegestaan.

Voor deze locatie geldt het bestemmingsplan Westelijke binnenstad. De gronden waar het dakterras is gesitueerd hebben conform dit bestemmingsplan de bestemming Gemengd-1 ex artikel 6. Volgens artikel 6.4.7 van het bestemmingsplan mogen dakterrassen een bijbehorende afrastering hebben waarvan de hoogte ten hoogste 1,20 meter bedraagt ten opzichte van het desbetreffende dak.

Voorts mag het dakterras op de tot 'Gemengd - 1' bestemde gronden alleen aan de achterzijde van het hoofdgebouw worden gerealiseerd, tot een diepte van maximaal de helft van het gebouw, mits de kapvorm wordt gerespecteerd en het dakterras geen aantasting van het daklandschap oplevert. Het dakterras mag tevens op een aanbouw of een bijgebouw worden gerealiseerd. Het plaatsen van een constructie op het dakterras om deze te kunnen afdekken is dan ook in strijd met het bestemmingsplan, daar hierdoor het daklandschap wordt aangetast.

Beroep op gelijkheidsbeginsel

Door bezwaarden wordt aangegeven dat er in de omgeving een vergelijkbaar zonwering is geplaatst. Het bestreden besluit is echter opgelegd naar aanleiding van een handavingsverzoek van de eigenaar van nr. 21. Verwezen wordt naar de recentelijke uitspraak van rechtbank Amsterdam van 18 december 2020 (AMS 20?374, zie bijlage). In r.o. 24 wordt bepaald dat indien een sanctiebesluit volgt in een zaak waarbij een verzoek om handhaving is gedaan, dit geen strijd oplevert met het gelijkheidsbeginsel ten opzichte van gevallen waarin niet op handhavend optreden is verzocht. Gemeend wordt dan ook dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel faalt.

Subsidiar wordt aangevoerd dat, indien geadviseerd zal worden dat er wel sprake is van een gelijk geval, er onderzocht zal worden of er voor de vergelijkbare constructie in de omgeving een omgevingsvergunning is verleend en er handhavend zal worden opgetreden indien dit niet het geval is.

Met betrekking tot het gestelde omtrent het terras van nr. 21 dat direct grenst aan de erfgrans van bezwaarden wordt opgemerkt dat er geen sprake is van een gelijk geval. Het terras van nr. 21 is een verdieping lager gesitueerd en dit terras heeft, bij normaal gebruik, geen uitzicht op het

dakterras van bezwaarden. Hierbij wordt uitgegaan van het dakterras van bezwaarden zoals vergund op 28 augustus 2014.

Het beroep op het gelijkheidsbeginsel faalt dan ook.

Dwangsom

Het voornemen om een last onder dwangsom op te leggen betrof:

- 1) het niet uitvoeren van de bovenste bouwlaag conform verleende vergunning (de inspringing in dak van de bovenste bouwlaag) en het groter realiseren van het dakterras. Hier was een dwangsom aan gekoppeld van €20.000;
- 2) het bouwen van een constructie op het dakterras. Hier was een dwangsom aan gekoppeld van 5.000;
- 3) het deels intrekken van de omgevingsvergunningen van 28 augustus 2014 en 19 april 2016. In totaal bedroeg de dwangsom €25.000,-.

Naar aanleiding van het gestelde in de zienswijze van bezwaarden dat er nog een civiele procedure loopt met betrekking tot de inspringing in de bovenste bouwlaag, is besloten om de zaken te scheiden en met de inspringing in het dak van de bovenste bouwlaag alsmede de intrekking van de omgevingsvergunningen te wachten totdat er meer duidelijkheid is in de civiele procedure.

Het besluit om een last onder dwangsom op te leggen heeft dan ook betrekking op:

- de constructie voor het overdekken van het dakterras met een dwangsom van € 5.000,-;
- de plantenbakken/witte muur/het witte hek op het dakterras en
- de afwijkende maat van het dakterras.

Bezwaarden dienen het dakterras terug te brengen in de staat waarvoor een vergunning is afgegeven; dus het deel een deel dat grenst aan nr. 21, verwijderen, de plantenbakken/witte muur te verwijderen en een hek voorzien van tralies te plaatsen. Hier is een dwangsom aan gekoppeld van €10.000,-. In totaal bedraagt de dwangsom dan ook €15.000,-.

De dwangsom is dan ook met €10.000 verminderd t.o.v. het voornemen daar de inspringing in het dak van de bovenste verdieping in dit besluit niet is meegenomen. Gemeend wordt dat dit juist in het voordeel van bezwaarden is.

Niet verlengen begunstigingstermijn

In tegenstelling tot hetgeen wordt gesteld menen wij dat de last onder dwangsom terecht is opgelegd daar er gebouwd was zonder en in afwijking van de omgevingsvergunning. Er was en is geen zicht op legalisatie. Gelet hierop was er geen reden om de begunstigingstermijn te verlengen.

Kostenvergoeding

Ingevolge artikel 7:15, lid 2 van de Awb worden de kosten die de belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, uitsluitend vergoed voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens verwijtbare onrechtmatigheid. Daarbij leiden louter vormfouten of motiveringsgebreken niet tot een vergoedingsplicht. Uit het voorgaande moge blijken dat uitgegaan wordt van de rechtmatigheid van het genomen besluiten; er kan dan ook geen sprake zijn van een vergoedingsplicht.

Conclusie

Gelet op het vorenstaande zijn de bestreden besluiten terecht genomen. Verzocht wordt te adviseren de bezwaarschriften gericht tegen deze besluiten ongegrond te verklaren en de bestreden besluiten in stand te houden.