

OORDEEL OMBUDSCOMMISSIE

Verzoekers

De Achmea Rechtsbijstand namens de heer en mevrouw H. te Borne.

Datum verzoek

Het schriftelijke en ondertekende verzoek, gedateerd 21 mei 2010, is op 25 mei 2010 ontvangen op het secretariaat van de Overijsselse Ombudsman.

Betreft

Het verzoek tot onderzoek betreft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Borne.

Procedure

Bij brief van 11 december 2007 dienen verzoekers een klacht in bij de gemeente. De reactie van de gemeente op de klacht is gedateerd 20 mei 2008.

Op 21 mei 2010 wenden verzoekers zich schriftelijk met hun klachten tot de Overijsselse Ombudsman. De Ombudscommissie besluit tot het instellen van een onderzoek. De voor de klacht relevante stukken worden op 15 juni 2010 van de gemeente ontvangen. Naar aanleiding van de dan voor handen zijnde stukken besluit de Ombudscommissie om een hoorzitting te houden. Deze vindt plaats op 25 augustus 2010. Naast de voorzitter en het lid van de Ombudscommissie zijn aanwezig verzoekers en van de kant van de gemeente de klachtencoördinator en de productcoördinator ontwikkeling.

Aard van de klacht

Verzoekers beklagen zich erover dat de gemeente haar bij de Raad van State op 31 maart 2008 gedane toezegging dat zij tegen dakterrassen die niet kunnen worden gelegaliseerd overeenkomstig het gemeentelijke handhavingsbeleid zal optreden, niet is nagekomen. Zij zijn het er verder niet mee eens dat de gemeente dwangsommen verbeurt op het moment dat zij, verzoekers, slechts tijdelijk, in 2009, geen voorgeschreven zogeheten Frans balkon voor hun dakterras aanwezig hebben gehad. Voorts uiten verzoekers hun ongenoegen erover dat de gemeente niet inhoudelijk ingaat op de door hen in de brieven van 25 september 2009, 12 oktober 2009 en 26 maart 2010 gestelde vragen.

Vereisten van behoorlijkheid

Het gevraagde onderzoek heeft betrekking op de volgende normen:

- Rechtszekerheid (opgewekt vertrouwen)
- Actieve en adequate informatieverstrekking
- Actieve informatieverwerving
- Communicatie

Ontvankelijkheid

Alvorens de Ombudscommissie onderzoek instelt naar een klacht, dient die klacht, ingevolge titel 9:1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), eerst intern te zijn behandeld door het betrokken bestuursorgaan.

In het onderhavige geval hebben verzoekers hun klachten eerst ter behandeling voorgelegd aan de gemeente, alvorens, zich tot de Overijsselse Ombudsman te wenden.

Verzoekers zijn dan ook ontvankelijk in hun klachten.

Bevindingen op basis van de overgelegde stukken

1. Bij het bouwen van de woning (appartement) van verzoekers aan de X straat, werd ook voorzien in een terras op de carport.
2. Nadat het terras was ingericht, diende een achterbuurman een klacht in bij de gemeente in verband met inkijk- en geluidoverlast.
3. Bij besluit van 31 mei 2006 heeft de gemeente verzoekers gelast om, wegens strijd met het bestemmingsplan en onder oplegging van een dwangsom, het hekwerk, het privacy scherm, de bloembak en vlonders op het dak van de carport te verwijderen en verwijderd te houden en een vloerafscheiding te plaatsen met een hoogte van ten minste één meter voor de deur van de woning die toegang geeft tot het dak van de carport.
4. Het door verzoekers tegen dit besluit ingediende bezwaarschrift werd op 17 juli 2007 ongegrond verklaard.
5. Bij uitspraak van 6 september 2007 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Almelo het daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard.
6. Tegen deze uitspraak hebben verzoekers bij de Raad van State hoger beroep ingesteld, welk beroepschrift werd ontvangen op 7 september 2007.
7. De Raad van State oordeelde bij uitspraak van 23 april 2008 *"dat het plaatsen van de met elkaar samenhangende bouwkundige voorzieningen en daarmee voor de vlonders een bouwvergunning is vereist"* en dat *"nu appellant het hekwerk, het privacy scherm de vlonders en de bloembak heeft geplaatst zonder bouwvergunning en in afwijking van de bouwvergunning geen vloerafscheiding heeft aangebracht, hij heeft gehandeld in strijd met artikel 40 van de Woningwet, zodat het college ter zake handhavend kon optreden"*. De Raad van State oordeelde voorts dat er geen sprake was van schending van het gelijkheidsbeginsel, met de volgende overweging: *"De omstandigheid dat het college in het verleden tegen andere illegale dakterrassen niet handhavend heeft opgetreden, staat er niet aan in de weg dat het college daartoe alsnog mag overgaan. Dat tegen het dakterras*

van appellant als eerste wordt opgetreden betekent niet dat ook niet tegen andere overtreders zal worden opgetreden. Het college heeft in dit verband ter zitting bij de voorzieningenrechter uiteengezet dat het tegen dakterrassen die niet kunnen worden gelegaliseerd overeenkomstig het gemeentelijke handhavingsbeleid, zal optreden."

8. Aangezien verzoekers wilden toetsen of de gemeente, zoals zij al bij de voorzieningenrechter had aangegeven, ging optreden tegen illegale terrassen, verzochten zij deze bij brieven van 9 oktober 2007 om handhavend op te treden tegen twee andere dakterrassen waarvan zij hadden geconstateerd dat deze in strijd met de regels waren gebouwd.
9. Het schriftelijke antwoord van de gemeente van 7 en 11 december 2007 luidde dat tegen *"bouwwerkzaamheden die voor 1999 hebben plaatsgevonden"* c.q. tegen *"overtredingen welke al een geruime tijd aanwezig zijn (voor 1999), in beginsel niet wordt opgetreden."*
10. Van de procedure rond het dakterras van verzoekers, de procedure rond hun verzoeken om handhaving en de kwestie van illegale dakterrassen in het algemeen werd in de tweede helft van 2007 uitgebreid verslag gedaan in "De Twentsche Courant, Tubantia".
11. Bij brief van 11 december 2007 dienden verzoekers klachten in bij de gemeente. De klachten hielden in dat zij in de krant de uitkomst van hun handhavingsverzoeken hadden moeten lezen. Verder gingen hun klachten over door de gemeente gedane uitlatingen richting de krant en hielden de klachten in dat er als gevolg van het krantenartikel problemen waren ontstaan tussen hen en een bewoner van het door hen aangeklaagd perceel en tussen bewoners van (illegale) dakterrassen onderling.
12. In reactie op de klachten bij brief van 20 mei 2008 liet de gemeente, in woorden van gelijke strekking, weten dat de klachtprocedure te lang was geweest, dat de mondelinge toezegging van de betrokken ambtenaar dat binnen een week alsnog op de handhavingsverzoeken zou worden beslist niet was nagekomen, dat de behandelend ambtenaar wel had geprobeerd om verzoekers telefonisch te informeren over het besluit alvorens het in de krant zou komen, dat er niet was gebleken van onheuse bejegening door de ambtenaar, dat de gemeente niet zelf de krant had benaderd en dat de pers volledig over de informatie uit de relevante rapporten kon beschikken en er zelf verantwoordelijk voor was hoe hiermee werd omgegaan, dat de stelling over rechtsongelijkheid de inhoudelijke kant trof van de verschillende handhavingskwesties en het handhavingsbeleid en dat daarover binnen het kader van de klachtbehandeling geen uitspraak kon worden gedaan. Benadrukt werd dat de betrokken ambtenaar steeds naar eer en geweten had gehandeld, waarbij er niet was gebleken van enige vorm van belangenverstrengeling (verzoekers hadden het sterke vermoeden geuit van een meer dan vriendschappelijke relatie tussen de ambtenaar en de bewoner van het door hen aangeklaagde perceel).
13. Bij brief van 25 september 2009, waarin namens verzoekers wordt gereageerd op brieven van de gemeente waarin zij meldt dat verzoekers een dwangsom verbeuren vanwege een geconstateerde overtreding van de dwangsomanschrijving van 17 juli 2007 wordt, namens verzoekers, de gemeente de kwestie van het Franse balkon voorgelegd: *"De last onder dwangsom is ondermeer opgelegd omdat in de bouwvergunning een zogenaamd Frans balkon is voorgeschreven voor de deur die toegang geeft tot het dak van de carport. Uw college verwijst daarbij naar de bepaling 2.14, 2.15 en 2.16 van het Bouwbesluit. Mijn cliënten zijn nu van mening dat u evenwel ten onrechte een Frans balkon hebt voorgeschreven. Dat komt door uw uitleg waarbij u als "vloer" de begane grond hebt genomen. Echter, bij een dak dat begaanbaar is, dient het begaanbare gedeelte als vloer beschouwd te worden. En dan is de afstand tussen de drempel van de deur en de begaanbare vloer slechts 20 centimeter, waardoor geenszins een Frans balkon verplicht is."*

(...) Mijn cliënten ontvangen graag uw reactie op bovenstaande, met name toegespitst op de vraag of u inderdaad de begane grond hebt aangehouden als vloer zoals bedoeld in 2.14 van het Bouwbesluit en waarom u niet het dakterras hebt aangehouden. Voor de duidelijkheid: het dakterras hebt u destijds uit de last onder dwangsom gehaald." Verder stellen verzoekers de gemeente de vraag waarom zij een dwangsom verbeuren als zij het hek verwijderen ten behoeve van werkzaamheden die niet onder de last onder dwangsom behoren te vallen c.q. als zij enkel het hek vervangen door een ander hek. Zij stellen daarbij ook de vraag of de gemeente van mening is dat het hek te allen tijde dicht en vaststaand moet blijven, ook bij werkzaamheden. Ten slotte sturen verzoekers aan op het intrekken van de last onder dwangsom betreffende de vloerafscheiding, *"ook als daarvoor de bouwvergunning aangepast moet worden alsmede het afzien van het innen van de verbeurde dwangsommen aangezien die ten onrechte, of tenminste onredelijk, opgelegd zijn."*

14. De gemeente laat verzoekers bij brief van 7 oktober 2009 weten dat er geen ruimte bestaat om wederom inhoudelijk op de zaak in te gaan aangezien de dwangsomanschrijving onherroepelijk is.
15. Bij brief van 12 oktober 2009 spreken verzoekers er hun teleurstelling over uit dat de gemeente niet ingaat op de gestelde vragen.
16. De gemeente laat daarop op 24 november 2009 schriftelijk weten dat de zaak is afgehandeld en dat de burgemeester verzoekers voor een gesprek heeft uitgenodigd op 7 december 2009.
17. Verzoekers delen bij brief van 26 maart 2010 mee dat de burgemeester slechts het ingenomen standpunt had herhaald en dat het bij herhaling weigeren om informatie te geven *"grenst aan het onbehoorlijke"*. Zij willen alsnog een antwoord om te vernemen wat het uitgangspunt is van de gemeente bij het toetsen van de relevante bepalingen van het Bouwbesluit.
18. Het antwoord van de gemeente hierop luidt dat met de uitspraak van de Raad van State de zaak is afgedaan nu het beroep van verzoekers, *"dat onder andere zag op het plaatsen van het balkonhekje,"* ongegrond is verklaard.
19. Over de huidige situatie staat in de brief van Achmea Rechtsbijstand van 21 mei 2010 het volgende: *"Het dak van de carport is verleend met een bouwvergunning voor permanent gebruik. Cliënten hebben een brief van de gemeente dat ze alles op het dak van de carport mogen plaatsen, mits verplaatsbaar. Op dit moment staat er verplaatsbaren bakken met coniferen en heesters. Het geheel is nu afgerasterd en beveiligd met plantenbakken. (...). Iedere dag gaan cliënten met behulp van twee trapjes over het hek. Het risico van een val bij het klauteren over dit hekje is enorm en cliënten zijn als op leeftijd. (...). Cliënten zijn de enige in Borne met een hek (Frans balkon) voor de deur. (...). Fietsend door Borne treffen mijn cliënten eveneens geen woningen aan met een hek (Frans balkon) voor de toegang tot het platte dak."*

Weergave van de hoorzitting

Zakelijk weergegeven en voor zover voor het onderzoek van belang, geven verzoekers het volgende aan.

- In een tweetal gevallen heeft de gemeente een dwangsom geïncasseerd. In het eerste geval hadden zij het Frans balkon verwijderd om (ingevolge de uitspraak van de Raad van

State) bloembakken en dergelijke van het dak te halen. De tweede keer was het Frans balkon verwijderd om vervangen te worden voor een ander, mooier exemplaar. In beide gevallen was het dezelfde dag nog dat de gemeente een overtreding constateerde. Het is onredelijk dat hen niet voor deze zaken de gelegenheid werd geboden om het Frans balkon los te schroeven.

- Verzoekster geeft aan dat zij er niet aan heeft gedacht heeft om de gemeente in kennis te stellen van de tijdelijke verwijdering van het hekje. De zaak was verloren en de spullen moesten worden weggehaald. Het ging telkens om een aantal uren dat het hekje verwijderd was.
- Verzoekers overleggen twee rapporten van de gemeente aangaande de geconstateerde overtredingen. Betreffende de situatie op 29 mei 2009 schrijft de betrokken ambtenaar: *"Er loopt een last onder dwangsom voor het franse balkonhek aan de X straat. Deze dient conform bouwbesluit 2003 gesloten te zijn. Deze was op de betreffende dag geopend. Aangezien de dwangsom loopt dient de familie H. deze te verbeuren wegens wederrechtelijk gebruik."* Met betrekking tot de situatie op 25 juni 2009 meldt de ambtenaar het volgende: *"Op 25-6-2009 geconstateerd dat het franse balkonhek geheel verwijderd was voor de deur op het platte dak op de eerste verdieping aan de X straat te Borne. Dit is in afwijking van de bouwvergunning en tegenstrijdig met de lopende dwangsom (...)."*
- Verzoekers overleggen de brief van de gemeente van 2 september 2009 waarin staat dat zij binnen twee weken het verbeurde bedrag van 500 euro dienen over te maken en dat als zij dit niet doen, de gerechtsdeurwaarder ingeschakeld zal worden. De gemeente voegt eraan toe: *"Voor alle duidelijkheid wijzen wij erop dat u het hekwerk ook vast gelast moet houden. Indien wij op enig moment constateren dat u niet meer voldoet aan de lastgeving van 23 juli 2007, verbeurt u opnieuw een dwangsom van 250 euro per overtreding met een maximum van 5000 euro."*
- Het antwoord op de in de brieven gestelde vraag is niet alleen voor verzoekers van belang maar ook voor andere burgers: als een carport (constructief gezien) begaanbaar is, dan zou de carport als aansluitende vloer aangemerkt moeten worden en niet de daaronder liggende begane grond.

Zakelijk weergegeven en voor zover voor het onderzoek van belang, delen de betrokken ambtenaren van de gemeente het volgende mee.

- In een normaal geval wordt niet bij de eerste constatering van een overtreding actie genomen c.q. een accept-giro gestuurd maar in het geval van de familie H. was er al een hele voorgeschiedenis en heeft de gemeente noodgedwongen de situatie op scherp gezet. Er is strak en zuiver gehandeld.
- Er zijn in het verleden pogingen gedaan door de gemeente om de zaak voor beide partijen (familie H. en de achterburen) op te lossen. Die pogingen zijn mislukt. De gemeente moet dan terugvallen op het strikt juridische.
- Jaarlijks worden er prioriteiten gesteld voor wat betreft het handhavingsbeleid. De gemeente zal navraag doen of de betrokken ambtenaar die destijds bij de zitting van de Raad van State aanwezig was, tijdens die zitting heeft meegedeeld dat de gemeente extra mankracht zou inzetten in het kader van de handhaving.
- De Raad van State heeft de kwestie van het franse balkon meegenomen bij haar overwegingen. De gemeente neemt kennis van de stelling van de Ombudscommissie dat de rechter weliswaar heeft geoordeeld dat het in strijd is met de vergunning als er geen hekje

is geplaatst, maar dat de rechter daarmee niet iets heeft gezegd over de rechtmatigheid van de vergunning. De gemeente zal overwegen of zij alsnog antwoord geeft op de door verzoekers gestelde vraag of een dakterras een vloer kan zijn in de zin van artikel 2:15 van het Bouwbesluit.

- De gemeente zal, onder overlegging van de relevante stukken, nagaan wanneer de bouwvergunning is aangevraagd en wanneer de bezwaarschriftencommissie een advies heeft gegeven.
- De gemeente zal uitzoeken of er door de gemeente is opgetreden tegen gelijksoortige gevallen als die van de familie H..

Nagekomen informatie van de gemeente

Op 13 september 2010 heeft de Ombudscommissie nadere informatie van de gemeente ontvangen.

Samengevat betreft de informatie het volgende.

- Er wordt een overzicht gegeven van het traject inzake de twee verbeurde dwangsommen (zie **bijlage 1**).
- Tijdens de zitting bij de voorzieningenrechter is door de gemeente meegedeeld dat er onderzoek zal worden gedaan naar de dakterrassen waar verzoekers in hun bezwaarschrift naar verwijzen. Er is niet gezegd dat er een extra medewerker zal worden aangenomen of zal worden ingehuurd om de dakterrassen in Borne te onderzoeken.
- Op de vergunde bouwtekening staat dat er een Frans balkon zal worden gerealiseerd, dit is een vast hekwerk voor de deur welke toegang geeft tot het dak van de carport. Vervolgens is het bouwplan uitgevoerd conform de verleende bouwvergunning. Na aankoop van het appartement door verzoekers heeft men opdracht gegeven om een dakterras aan te leggen en is het Frans balkon verwijderd waarna vervolgens de achterbuurman een verzoek tot handhaving heeft ingediend.
- Van een vloer is sprake indien het gaat om een horizontaal vlak dat onder normale omstandigheden betreedbaar is voor mensen. Een dak is geen vloer in de zin van het Bouwbesluit 2003. Het dak kan alleen als vloer worden aangemerkt als het een vluchtroute is, dit is in het onderhavige geval niet zo.
- Bij nieuwbouw moet een vloerafscheiding aanwezig zijn van 1 meter. Dit moet een niet-beweegbare afscheiding zijn. Derhalve is conform het Bouwbesluit op de bouwvergunning een Frans balkon ingetekend door de architect.
- Het plaatsen van een vloerafscheiding c.q. hekwerk rondom het dak van de carport is gelet op de bestemmingsplanvoorschriften niet toegestaan. Het eisen van een andere dan de vergunde vloerafscheiding zou betekenen dat de overtreding niet ongedaan wordt gemaakt maar wordt omgezet in een situatie in strijd met de verleende bouwvergunning en in strijd met het bestemmingsplan.
- Op 20 mei 2005 hebben verzoekers een bouwaanvraag ingediend voor het plaatsen van een hekwerk rondom het dak van de carport en het plaatsen van een privacyscherm op het dak van de carport. Het plaatsen van een hekwerk op het dak van de carport betekent dat de hoogte van de carport verandert. Tevens heeft het plaatsen het gevolg dat er een tweede bouwlaag wordt gecreëerd. Op grond van het bestemmingsplan is het plaatsen van het hekwerk rondom de carport niet mogelijk, tevens heeft de welstandscommissie destijds negatief geadviseerd. Bij besluit van 8 november 2005 is de bouwvergunning dan ook geweigerd. Er is geen bezwaar aangekend. Een advies van de bezwarencommissie is er dan ook niet.

- Er is binnen de gemeente een aantal dakterrassen welke zonder vergunning is opgericht. Echter deze zijn voor de peildatum 1999 opgericht. Hiertegen wordt dan ook niet handhavend opgetreden. Tot op heden zijn er geen nieuwe dakterrassen geconstateerd welke zonder vergunning zijn opgericht. Van soortgelijke gevallen is dan ook geen sprake.

Reacties op het rapport van bevindingen

De hiervoor genoemde feiten en omstandigheden zijn op 20 september 2010 als rapport van bevindingen aan verzoekers en de gemeente voorgelegd met de vraag of deze goed zijn weergegeven.

Op 11 oktober 2010 heeft de Ombudscommissie een reactie van de gemeente ontvangen, welke luidt als volgt:

"Onder het kopje bevindingen bij punt 1 staat dat bij het bouwen van het appartement werd voorzien in een terras op de carport. Dit is niet helemaal juist weergegeven. De toezichthouder heeft het winkelappartementencomplex bij oplevering gecontroleerd. Destijds was er nog geen dakterrassen op de carport aanwezig. Vervolgens is het appartement x door de familie H. gekocht en heeft de aannemer (in overleg met de familie H.) het dakterrassen gerealiseerd. Op pagina 5 bij hetgeen is meegedeeld door de ambtenaren en het eerste aandachtsbolletje: Bedoeld is daar aan te geven dat gezien de hele voorgeschiedenis m.b.t. deze kwestie, de gemeente noodgedwongen de situatie op scherp heeft gezet. Er is strak en zuiver gehandeld. Er is direct, volgens de daarvoor geldende procedure, bij constatering van een overtreding een dwangsom ingevorderd. Zoals het er nu geformuleerd staat, zou er in een "normale" situatie wanneer een last onder dwangsom wordt uitgevoerd anders zijn opgetreden. Dat is niet het geval."

Op 19 oktober 2010 heeft de Ombudscommissie een reactie van verzoekers ontvangen.

Aangegeven wordt dat tussen punt 12 en 13 (pagina 3) *"eigenlijk zou moeten worden opgenomen dat het college op 2 momenten een overtreding van de last onder dwangsom heeft geconstateerd, evenwel op beide dagen betrof dat dezelfde dag nog dat het Frans balkon was losgeschroefd."*

De overige opmerkingen gaan over de nagekomen informatie van de gemeente.

Voor wat betreft de stelling dat een dak geen vloer is in de zin van het Bouwbesluit 2003 en dat een dak alleen als vloer kan worden aangemerkt als het een vluchtroute is, stellen verzoekers dat deze mening strijdig is met de heersende opvattingen over artikel 2:15 van het Bouwbesluit. De onderbouwing hiervan door verzoekers neemt de Ombudscommissie niet op in dit rapport, aangezien deze voor de beoordeling van deze zaak niet relevant is. Wel zal deze onderbouwing ter informatie aan de gemeente worden gestuurd.

Met betrekking tot de kwestie van de gestelde toezeggingen over het handhavingsbeleid merken verzoekers op dat de stelling van de gemeente dat van soortgelijke gevallen niet is gebleken, vreemd is. *"In de beroepsfase heeft de advocate van cliënten destijds een lange lijst van soortgelijke gevallen aangeleverd. Zie bijgevoegde kopie. Het college heeft deze genoemde gevallen in ieder geval niet individueel besproken zodat cliënten maar moeten aannemen dat deze dakterrassen allemaal gerealiseerd zijn voor 1999?"*

Uit de door verzoekers bijgevoegde kopie blijkt dat er in de beroepsfase is gewezen op 28 concreet genoemde illegale dakterrassen.

Verder is door verzoekers overgelegd het proces verbaal van de zitting bij de Voorzieningenrechter. Met betrekking tot dat verbaal wordt gewezen op hetgeen door de gemeente werd verklaard: "Op

dit moment is er meer aandacht voor handhaving en daarvoor heeft de gemeente extra mensen aangenomen”.

Uit het verbaal blijkt dat de gemeente over het handhavingsbeleid ook nog het volgende heeft gesteld: “Wij hebben een handhavingsbeleid. Daarin is niet iets specifiek over dakterrassen opgenomen. In dat beleid is een prioriteitenmatrix opgenomen. Per overtreding worden punten toegekend en hoe meer punten, des te sneller treden wij op. Er wordt qua puntentoekenning een onderscheid gemaakt tussen oude en nieuwe gevallen, al dan niet gesitueerd in het buitengebied, al dan niet zichtbaar, al dan niet gevaarlijk, enzovoort. Dit dakterras krijgt op basis van de matrix veel punten. De door verzoekers aangehaalde terrassen worden nog beoordeeld op basis van de matrix en op basis van de uitkomsten daarvan worden vervolgstappen genomen. Het is dus niet juist dat wij andere dakterrassen ongemoeid laten.”

Overwegingen

Rechtszekerheid (opgewekt vertrouwen)

Het vertrouwensbeginsel is het beginsel dat gerechtvaardigde verwachtingen gehonoreerd behoren te worden.

Uit het proces verbaal van de zitting bij de Voorzieningenrechter blijkt dat door de gemeente op 31 augustus 2007 is verklaard dat de door verzoekers aangehaalde terrassen (blijkbaar wordt hier bedoeld op de door verzoekers als illegaal aangewezen terrassen) nog worden beoordeeld op basis van de matrix en dat vervolgens op basis van de uitkomsten daarvan vervolgstappen worden genomen.

Uit zo'n mededeling, gedaan in een formeel-juridische procedure, ten overstaan van een rechterlijke instantie, mochten verzoekers terecht de verwachtingen ontlenen dat de gemeente een actie in gang had gezet of nog zou zetten met betrekking tot de door hen opgevoerde illegale terrassen. Dit geldt temeer nu de gemeente daaraan had toegevoegd (misschien ten aanzien van handhaving in zijn algemeenheid bedoeld maar wel in kader van de genoemde beoordeling gedaan) dat er meer aandacht was voor handhaving en dat daarvoor extra mensen waren aangenomen. Uit de correspondentie tussen verzoekers en de gemeente blijkt vervolgens dat de kwestie van de toegezegde beoordeling opnieuw door verzoekers in gang is gezet middels de brieven van 9 oktober 2007, waarin zij concreet vragen op te treden tegen twee illegale dakterrassen. Weliswaar heeft de gemeente daarop geantwoord, maar over de beoordeling van andere dakterrassen is niet meer concreet met verzoekers gecommuniceerd. Gelet op het gestelde bij de voorzieningenrechter mochten verzoekers erop vertrouwen dat dit wel, en op initiatief van de gemeent, zou gebeuren. De enkele mededeling, pas na de zitting van de Ombudscommissie gedaan, dat er binnen de gemeente een aantal dakterrassen is welke zonder vergunning is opgericht, maar voor de peildatum 1999 waardoor er niet handhavend wordt opgetreden, is in genoemde situatie, waarin maar liefst op 28 illegaal gebouwde dakterrassen is gewezen, volstrekt onvoldoende.

Communicatie / Actieve informatieverwerving

Het is de Ombudscommissie duidelijk geworden dat er sprake is van een langdurige kwestie, waarin de gemeente pogingen heeft gedaan om tussen verzoekers en de burens te bemiddelen, maar waarin uiteindelijk terug is gevallen op “het strikt juridische”. De Ombudscommissie constateert dat de gemeente ten aanzien van de gevolgde procedure betreffende de

dwangsommen geen juridisch verwijt kan worden gemaakt. Vraag is echter of naast het juridisch handelen van de gemeente nog iets meer of iets anders van haar mocht worden verwacht. Feit is dat verzoekers de juridische procedure hebben verloren. Bij constatering van het geopend zijn van het franse balkonhek dan wel het verwijderd zijn van dat hek, kun je als gemeente dan inderdaad meteen "lik op stuk" geven. De overweging van de Ombudscommissie is echter dat het meer in de rede had gelegen dat op die momenten het contact was gezocht met verzoekers om de constatering te bespreken. Gelet op de gestelde redenen van opening dan wel verwijdering en de gestelde periode daarvan, had de betrokken ambtenaar op basis van meer informatie vervolgens kunnen beoordelen of "lik op stuk" aan de orde was. Tijdens de hoorzitting van de Ombudscommissie gaf de betrokken ambtenaar overigens duidelijk aan – in woorden van gelijke strekking – dat die ruimte (tussen "lik op stuk" of eerst een andere actie) er wel was maar dat er in het geval van verzoekers voor gekozen is om die ruimte niet te gunnen. Naar het oordeel van de Ombudscommissie mag van een gemeente worden verwacht dat juist in zaken die een langdurige voorgeschiedenis kennen, zij boven de kwestie kan blijven staan en het "strikt juridische" als antwoord op die kwestie, als laatste middel blijft zien.

Actieve en adequate informatieverstrekking

Dit vereiste impliceert dat een bestuursorgaan een duidelijk en op het onderwerp toegesneden antwoord moet geven indien een burger een vraag stelt over een bepaald onderwerp.

Bij brieven van 25 september en 12 oktober 2009 en van 26 maart 2010 vroegen verzoekers de gemeente een reactie op de door hen gedane stelling dat de gemeente het begrip "vloer" verkeerd heeft uitgelegd, waardoor er ten onrechte een Frans balkon is voorgeschreven.

De gemeente liet daarop bij herhaling weten geen ruimte te zien om "weer inhoudelijk op de zaak in te gaan". Uiteindelijk verwees de gemeente daarbij naar de uitspraak van de Raad van State. Na de hoorzitting van de Ombudscommissie heeft de gemeente alsnog haar mening over de uitleg van het begrip "vloer" gegeven.

De Ombudscommissie overweegt dat de gemeente er zich aanvankelijk te gemakkelijk vanaf heeft gemaakt. Weliswaar is voorstelbaar dat de gemeente na de procedure weinig zin had zich weer in de zaak te verdiepen, echter zij had eerder kunnen en moeten inzien dat de rechter weliswaar heeft geoordeeld dat het in strijd is met de vergunning als er geen hekje is geplaatst, maar dat de rechter daarmee niet iets heeft gezegd over de rechtmatigheid van de vergunning en dat derhalve de uitspraak geen antwoord geeft op de vraag van verzoekers.

Dat de gemeente na de hoorzitting van de Ombudscommissie alsnog op de vraag van verzoekers is ingegaan, waardeert de Commissie. Voor alle duidelijkheid benadrukt de Ombudscommissie hier dat zij over het standpunt van de gemeente geen oordeel kan geven.

Oordeel

De Ombudscommissie spreekt als haar oordeel uit dat

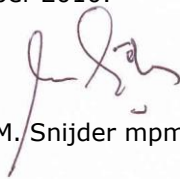
- De gemeente niet behoorlijk heeft gehandeld door de bij de Voorzieningenrechter gedane mededeling over de beoordeling van dakterrassen niet als toezegging te zien en door over de uitkomsten van die beoordeling niet (op eigen initiatief) met verzoekers te communiceren;

- De gemeente niet zorgvuldig heeft gehandeld waar het betreft de communicatie rond de geconstateerde overtredingen van de dwangsomanschirijving;
- De gemeente niet zorgvuldig heeft gehandeld door niet inhoudelijk op de door verzoekers gestelde vragen over het begrip "vloer" te reageren, maar dat de gemeente dit heeft rechtgezet door in latere instantie alsnog hierop een reactie te geven.

Aldus vastgesteld door de Overijsselse
Ombudscommissie op 2 november 2010.



Mr. A. Lunenburg



M. Snijder mpm



mw. mr. drs. G. Edelenbos