



Contrair advies

Zaaknummer: Z/2024/433761

Aan burgemeester en wethouders,

Contrair advies over het bezwaarschrift van **5.1-2e**, hierna gemachtigde, namens **5.1-2e** en **5.1-2e** (hierna: bezwaarden). Het bezwaarschrift richt zich tegen het besluit van 22 december 2023, waarin is besloten om het verzoek om dwangsommen in te vorderen met betrekking tot de last onder dwangsom die is opgelegd voor het bijgebouw bij perceel Rijksstraatweg 71, af te wijzen.

1. Advies

Wij adviseren om:

- het besluit van 22 december 2023 met kenmerk Z/2022/378812 D/2023/605413 in stand te laten;
- het verzoek om vergoeding van proceskosten af te wijzen.

Hierna leest u waarom wij dit adviseren.

2. Aanleiding

Bij besluit van 7 maart 2023 heeft u een handhavingsverzoek van bezwaarden toegewezen en een drietal lasten onder dwangsom opgelegd aan **5.1-2e**, eigenaar van de percelen Rijksstraatweg 71, 71a, 73 en 73a. De lasten hielden in, dat:

1. De ontbrekende trapleuning in de woning op Rijksstraatweg 71 diende te worden hersteld;
2. Het wonen in het bijgebouw Rijksstraatweg 71A diende te worden beëindigd;
3. Het bijgebouw in het achtererfgebied Rijksstraatweg 71 diende te worden verwijderd.

Op 7 november 2023 verzochten bezwaarden om invordering. Dit verzoek heeft u afgewezen, omdat de eerste twee overtredingen zijn beëindigd en – verkort weergegeven – het bijgebouw door enkele aanpassingen in de indeling van de percelen nu behoort bij Rijksstraatweg 73. Hierdoor is sprake van een vergunningvrij bouwwerk en doet de geconstateerde overtreding (het bouwen zonder benodigde omgevingsvergunning) zich niet meer voor.

Tegen dit besluit is tijdig een bezwaarschrift ingediend.

3. Bezwaren

Bezwaarmaker heeft in het bezwaarschrift de volgende bezwaren naar voren gebracht:

1. Het bijgebouw is niet verwijderd, terwijl dat in de last is opgedragen.
2. De eigenaar heeft geen formele handelingen verricht waardoor het perceel kadastraal gesplitst zou zijn. De schutting, waardoor het bijgebouwd nu in een ander achtererf lijkt te liggen, kan zo weer verwijderd worden.

3. Het lijkt er op dat de toezichthouder toezeggingen heeft gedaan zonder belanghebbende hierin te betrekken. Er is sprake van onbehoorlijk bestuur.
4. In de last onder dwangsom is opgenomen dat er sprake was van een brandonveilige situatie. Dat was mede de reden om te gelasten het bijgebouw af te breken. Die brandonveilige situatie bestaat nog steeds. Dat geldt ook voor de verdichting en verrommeling van het perceel.

4. Hoorzitting

Op 29mei 2024 heeft een digitale hoorzitting plaatsgevonden. Voor een verkort verslag hiervan wordt u korthedshalve verwezen naar het advies van de bezwaarschriftencommissie.

5. Wet- en regelgeving

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

6. Overwegingen

Opgeheven overtredingen

Niet in geding is dat de overtredingen met betrekking tot de trapleuning en de illegale bewoning van het bijgebouw bij Rijksstraatweg 71A zijn beëindigd. De vraag is of met het wijzigen van de feitelijke situatie op de percelen Rijksstraatweg 71 en 73 nog steeds sprake is van een overtreding van artikel 2.1, eerste lid onder a en/of c van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, ofwel het bouwen zonder omgevingsvergunning.

Vooroverleg d.d. 31 juli 2023

Op 31 juli 2023 beoordeelde u de vergunningsvrije bouw mogelijkheden op de percelen Rijksstraatweg 71, 71a, 73 en 73a. U gaf daarbij aan dat het in het geding zijnde bijgebouw vergunningsvrij mocht worden gerealiseerd, mits:

- de bouwhoogte maximaal 3 meter zou bedragen;
- het bijgebouw plat zou worden afgedekt;
- het bijgebouw op hetzelfde perceel dient te liggen al Rijksstraatweg 73/73a
- het bijgebouw qua gebruik ten dienste moet komen te staan aan de woningen 73/73a.

Constatering toezichthouders

Bij controle op 18 oktober 2023 hebben toezichthouders van de Omgevingsdienst IJmond namens u geconstateerd dat aan de voorwaarden zoals gesteld in het vooroverleg is voldaan. Dat wil zeggen dat de overtreding waar de last onder dwangsom van 7 maart 2023 op zag, namelijk het bouwen zonder benodigde omgevingsvergunning niet meer bestond en dat er dus geen dwangsom was verbeurd. Dat een andere herstelmaatregel was genomen dan in het besluit opgenomen (het verwijderen en verwijderd houden van het bouwwerk) doet daar niet aan af. De herstelmaatregel geeft weer hoe in elk geval aan de last kan worden voldaan, maar dat neemt niet weg dat ook op andere wijze een overtreding kan worden opgeheven.

Jurisprudentie

Voor het bepalen van de vraag of een gebouw in het achtererfgebied van een hoofdgebouw ligt, zijn niet alleen de kadastrale percelen, maar is ook de feitelijke situatie van belang. Jurisprudentie van de Afdeling maakt dat duidelijk. Volgens jurisprudentie is het mogelijk dat een bijgebouw op kadastraal perceel X, waar een woonhuis staat, functioneel verbonden is met de woning op perceel Y.

Voor beantwoording van de vraag of de kadastrale percelen als één perceel in de zin van het Bor moeten worden aangemerkt is de feitelijke actuele situatie van belang, waaronder de inrichting en wijze van gebruik van de gronden (zie bijvoorbeeld ABRvS 28 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1039).

Actuele feitelijke situatie

Uit het rapport van bevindingen van 18 oktober 2023 en de op verzoek van de commissie geleverde aanvullingen daarop blijkt dat het bijgebouw vrijwel recht achter de panden Rijksweg 73 en 73a staat. Het achtererfgebied is afgebakend met een nieuw geplaatste schutting, waardoor het direct vanuit nummer 73 bereikbaar is. Dat het bijbehorend bouwwerk voorheen was beoogd om ten dienste te staan van nummer 71 maakt dit niet anders. Toegangen vanaf nummer 71 en nummer 71a zijn afgesloten c.q. onbereikbaar gemaakt.

De commissie geeft ten onrechte aan dat de huurders van 73 een sleutel zouden nodig hebben (die zij niet hebben) om toegang te krijgen tot het bouwwerk. Het bouwwerk is nog niet af en er is op dit moment helemaal geen muur aan de zijde van nummer 73 in het bijbehorend bouwwerk. Dat zij het bouwwerk (nog) niet gebruiken heeft eerder te maken met de fase waarin het bouwen zich bevindt, dan met het ontbreken van een sleutel. Het is uw vertegenwoordiger blijkbaar niet goed genoeg gelukt om de feitelijke situatie afdoende duidelijk te maken aan de commissie.

Mede daarom is de toezichthouder gevraagd nog eenmaal duidelijk te maken hoe het achtererf nu is ingericht en afgebakend en hoe toegang is te verkrijgen tot het bijbehorend bouwwerk. De rapportage van 12 juli 2024 is bij dit contrair advies gevoegd.

Met de rapportage is vast komen te staan dat het in aanbouw zijnde gebouw niet meer is gelegen in het achtererfgebied van Rijksweg 71. Indien het bijgebouw in het achtererfgebied van de panden 73 en 73a is gelegen dan overschrijdt het de maximaal toegestane maten voor vergunningvrij bouwen niet. Het achtererfgebied is 119 m² groot. Hiervan mag maximaal 50% + 20% van het aantal vierkante meters boven de 100 m², ofwel 53,8 m² worden bebouwd. Aanwezig is 52,6 m². Ook aan de overige eisen voor vergunningvrij bouwen wordt voldaan.

Men zou nog wel kunnen bepleiten dat het bijbehorend bouwwerk niet ten dienste staat van nummer 73a, omdat er op dit moment (nog) geen rechtstreekse toegang is vanuit 73a naar het bijbehorend bouwwerk. Men zou ook kunnen betogen dat de oppervlakten van de achtererfgebieden van 73 en 73a niet bij elkaar kunnen worden opgeteld, omdat deze feitelijk gesplitst zijn door een schutting. Dit is moeilijk nu met zekerheid vast te stellen, omdat het bijgebouw nog in aanbouw is.

Bovendien laat dit onverlet dat de last niet is overtreden. Die luidt immers: "Wij gelasten u het in aanbouw zijnde bijgebouw in het achtererfgebied op het perceel Rijksweg 71 in Heemskerk, kadastraal bekend als sectie E nummer 2756 in strijd met artikel 2.1 lid 1 aanhef en onder en van de Wabo te beëindigen en beëindigd te houden." Nu het bijgebouw feitelijk niet in het achtererfgebied van Rijksweg 71 ligt is de last niet overtreden en is geen dwangsom verbeurd. Er is dan ook geen grond om tot invordering over te gaan.

Proceskosten

Omdat het primaire besluit niet wordt herroepen wegens een aan u te verwijten onrechtmatigheid, is niet voldaan aan de eisen voor het toekennen van een proceskostenvergoeding in de zin van artikel 7:15, tweede lid van de Algemene wet bestuursrecht. U wordt geadviseerd het verzoek om proceskosten te vergoeden af te wijzen.

7. Conclusie

Wij adviseren het besluit 22 december 2023 met kenmerk Z/2022/378812 D/2023/605413 in stand te laten met aanvulling van de motivering ervan zoals hierboven weergegeven.

Heemskerk, 17 juli 2024

5.1-2e

Juridisch medewerker handhaving

Bijlage 1: Wet- en regelgeving

Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Als gevolg van artikel 8:1 juncto 7:1 van de Awb kan een belanghebbende bezwaar maken tegen een besluit.

Artikel 5:1 Awb overtreding

Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)

Artikel 1.1, eerste lid

1. Bouwen: plaatsen, geheel of gedeeltelijk oprichten, vernieuwen, veranderen of vergroten.

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,
(...)

Besluit omgevingsrecht (Bor)

Artikel 1, lid 1,

1. In deze bijlage wordt verstaan onder:
 - achtererfgebied*: erf achter de lijn die het hoofdgebouw doorkruist op 1 m achter de voorkant en van daaruit evenwijdig loopt met het aangrenzend openbaar toegankelijk gebied, zonder het hoofdgebouw opnieuw te doorkruisen of in het erf achter het hoofdgebouw te komen;
[...]
 - bijbehorend bouwwerk*: uitbreiding van een hoofdgebouw dan wel functioneel met een zich op hetzelfde perceel bevindend hoofdgebouw verbonden, daar al dan niet tegen aangebouwd gebouw, of ander bouwwerk, met een dak;

Artikel 2, aanhef en onder 3 en 7 van bijlage II

Een omgevingsvergunning voor activiteiten als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder a of c, van de wet is niet vereist, indien deze activiteiten betrekking hebben op:

- 3 een op de grond staand bijbehorend bouwwerk of uitbreiding daarvan in achtererfgebied, mits wordt voldaan aan de volgende eisen:
 - a. voor zover op een afstand van niet meer dan 4 m van het oorspronkelijk hoofdgebouw, niet hoger dan:
 - 1°. 5 m,
 - 2°. 0,3 m boven de bovenkant van de scheidingsconstructie met de tweede bouwlaag van het hoofdgebouw, en
 - 3°. het hoofdgebouw,
 - b. voor zover op een afstand van meer dan 4 m van het oorspronkelijk hoofdgebouw:
 - 1°. indien hoger dan 3 m: voorzien van een schuin dak, de dakvoet niet hoger dan 3 m, de daknok gevormd door twee of meer schuine dakvlakken, met een hellingshoek van niet meer dan 55°, en waarbij de hoogte van de daknok niet meer is dan 5 m en verder wordt begrensd door de volgende formule:
maximale daknokhoogte [m] = (afstand daknok tot de perceelsgrens [m] x 0,47) + 3;
 - 2°. functioneel ondergeschikt aan het hoofdgebouw, tenzij het betreft huisvesting in verband met mantelzorg,

- c. op een afstand van meer dan 1 m vanaf openbaar toegankelijk gebied, tenzij geen redelijke eisen van welstand van toepassing zijn,
- d. de ligging van een verblijfsgebied als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, van het Bouwbesluit 2012, in geval van meer dan een bouwlaag, uitsluitend op de eerste bouwlaag,
- e. niet voorzien van een dakterras, balkon of andere niet op de grond gelegen buitenruimte,
- f. de oppervlakte van al dan niet met vergunning gebouwde bijbehorende bouwwerken in het bebouwingsgebied bedraagt niet meer dan:
 - 1°. in geval van een bebouwingsgebied kleiner dan of gelijk aan 100 m²: 50% van dat bebouwingsgebied,
 - 2°. in geval van een bebouwingsgebied groter dan 100 m² en kleiner dan of gelijk aan 300 m²: 50 m², vermeerderd met 20% van het deel van het bebouwingsgebied dat groter is dan 100 m²,
 - 3°. in geval van een bebouwingsgebied groter dan 300 m²: 90 m², vermeerderd met 10% van het deel van het bebouwingsgebied dat groter is dan 300 m², tot een maximum van in totaal 150 m²,
- g. niet aan of bij:
 - 1°. een woonwagen,
 - 2°. een hoofdgebouw waarvoor in de omgevingsvergunning voor het bouwen daarvan is bepaald dat de vergunninghouder na het verstrijken van een bij die vergunning aangegeven termijn verplicht is de voor de verlening van de vergunning bestaande toestand hersteld te hebben,
 - 3°. een bouwwerk ten behoeve van recreatief nachtverblijf door één huishouden;

Invoeringswet Omgevingswet

Artikel 4.23. (bestuurlijk sanctiebesluit) Invoeringswet Omgevingswet (afkorting Iw Ow)

1. Als voor de inwerkingtreding van afdeling 18.1 van de Omgevingswet een overtreding heeft plaatsgevonden, een overtreding is aangevangen of het gevaar voor een overtreding klaarblijkelijk dreigde, en voor de inwerkingtreding van die afdeling een bestuurlijke sanctie is opgelegd voor die overtreding of dreigende overtreding, blijft het oude recht op die bestuurlijke sanctie van toepassing tot het tijdstip waarop:

- a. de beschikking onherroepelijk is geworden en volledig is uitgevoerd of ten uitvoer is gelegd,
- b. de beschikking is ingetrokken of is komen te vervallen, of
- c. als de beschikking gaat om de oplegging van een last onder dwangsom:
 - 1°. de last volledig is uitgevoerd,
 - 2°. de dwangsom volledig is verbeurd en betaald, of
 - 3°. de last is opgeheven.

2. Afdeling 4.1 is in die gevallen niet van toepassing.

Bijlage 2: uitslag conceptverzoek en toezichthoudersrapportage d.d. 12 juli 2024