



Stuknummer: AI14.08399



- 1700.21

COMMISSIE BEZWAARSCHRIFTEN ALGEMENE KAMER

Aan het college van de Burgemeester
en Wethouders van de gemeente
DEN HELDER

Betreft:

Bezwaarschrift van de heer mr. N.S. Commijs van Stein Advocaten namens de heer R. Scholte en mevrouw L. Snijder, Postbus 75, 1860 AB te Bergen, van 29 september 2014, ontvangen op 29 september 2014 (AI14.09095), tegen het besluit van het college van Burgemeester en Wethouders van 21 augustus 2014, verzonden op 21 augustus 2014 (AU14.08832), waarbij besloten is een last onder dwangsom op te leggen, omdat geconstateerd is dat bezwaarden en hun kinderen slapen in een pand op het perceel Middenweg 174 te Den Helder. Op basis van het bestemmingsplan is dit gebruik niet toegestaan. Voor 1 januari 2015 dient de strijdige situatie te zijn opgeheven.

Het bezwaarschrift is behandeld in de vergadering van donderdag 30 oktober 2014.

Ter vergadering waren aanwezig:

- van partijen:
 - de heer mr. N.S. Commijs (gemachtigde) en de heer R. Scholte (bezwaarde)
 - mevrouw mr. E.M. Veenstra van de afdeling Veiligheid, Vergunningen en Handhaving als vertegenwoordiger van het college;
- de commissieleden:
 - mevrouw mr. J. Tophoff (voorzitter)
 - de heer mr. K. Vreeker
 - de heer mr. W.S. Zorg
- de secretaris:
 - mevrouw mr. M. Frederiks

CASUS-INFORMATIE

Door tussenkomst van de afdeling Veiligheid, Vergunningen en Handhaving is de commissie een dossier ter hand gesteld, waarin zijn opgenomen: het betreffende bezwaarschrift, het primaire besluit waartegen het bezwaarschrift is ingediend, alsmede aanvullende documentatie met betrekking tot de in het geding zijnde feiten en de daarop van toepassing zijnde regelgeving.

ONTVANKELIJKHEID

Het bezwaarschrift is binnen de termijn van zes weken na bekendmaking van het besluit ingediend, en is daarmee tijdig ontvangen. Voor bezwaarden geldt dat hun belang rechtstreeks betrokken is bij het besluit. Het bezwaarschrift voldoet verder aan de eisen die artikel 6:5 van de Awb daaraan stelt. Bezwaarden zijn derhalve ontvankelijk in hun bezwaar.

BEZWAARSCHRIFT

Bezwaarde geeft – kort samengevat – de volgende gronden in het bezwaarschrift aan:

1. Het pand is door de gemeente aan bezwaarden in bruikleen gegeven met overneming van rechten en plichten van de vorige eigenaar. Uit de gesloten gebruiksovereenkomst

- volgt een verplichting om het pand 24 uur per dag te beveiligen, althans de veiligheid van het pand te garanderen;
2. De bewoning is essentieel voor de uitvoering van het Rob Scholte Museum. Bezwaarden willen door het wonen en werken in het pand in het voormalig postkantoor het nieuwe hart van de stad maken; een oriëntatiepunt voor de bewoners van Den Helder en ver daar buiten. In het (op 30 september 2014 ingediende) businessplan hebben bezwaarden ook aangegeven dat zij van het oude postkantoor een cultuurcluster willen maken. Essentieel voor dat plan is het kunnen blijven wonen in het postkantoor;
 3. De begunstigingstermijn is te kort. Bezwaarden hebben verzocht of zij tot de periode van planvorming over het museum en de bruikleenovereenkomst ongestoord in hun museum/atelier mogen wonen. Zij hebben verzocht aan het college om de begunstigingstermijn te verlengen met een periode van 9 maanden. Dit omdat de verwachting is dat de besluitvorming omtrent het businessplan in de gemeenteraad tenminste een aantal maanden in beslag neemt en al snel tot 1 september 2015 duurt. Bezwaarden zijn bereid om aan de veiligheidsvoorschriften uit het Bouwbesluit te voldoen;
 4. Bezwaarden willen een persoonsgebonden gedoogbeschikking ontvangen voor de periode dat zij samen met hun kinderen in het postkantoor werken en wonen;
 5. Het legalisatieonderzoek is onvolledig geweest en daardoor is het besluit onvoldoende zorgvuldig voorbereid:
 - a) De woonbestemming hoeft niet op het perceel gelegd te worden als een persoonsgebonden gedoogbeschikking wordt verkregen. Daarmee komen de bezwaren die onder het kopje legalisatieonderzoek zijn opgenomen te vervallen. Er komt namelijk geen nieuwe woningbouw bij;
 - b) Bezwaarden hebben verzocht of het college de mogelijkheid in het bestemmingsplan op wil nemen om specifiek voor het oude postkantoor het gebruik van een bepaald gedeelte van het gebouw als dienstwoning toe te staan;
 6. Het besluit is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bezwaarden betwijfelen of een zorgvuldige voorbereiding aan het besluit is voorafgegaan. Bij de belangenafweging dienen de materiele en immateriële belangen van bezwaarden te worden meegenomen. De gemeente stimuleert enerzijds om plannen te maken om te komen tot een museum/atelier en anderzijds dwarsboomt zij deze plannen door de inzet van bestuursrechtelijke handhaving.

VERGADERING

De voorzitter geeft een korte samenvatting van de ingediende bezwaren en de daarmee verband houdende casusinformatie. Vervolgens is gemachtigde in de gelegenheid gesteld het standpunt nader toe te lichten.

Gemachtigde leest zijn pleitnota voor. Deze is aan het advies gehecht en dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.

In aanvulling op de pleitnota geeft gemachtigde het volgende aan.

Punt 1: Hij wil dat de gemeente het plan de tijd gunt om een atelier en bewoning te realiseren.

Punt 2: Gemachtigde vraagt zich af waarom het niet gewenst is dat het pand wordt bewoond, hier gaat de gemeente niet op in. Hij vindt het besluit dan ook niet goed gemotiveerd en niet goed tot stand gekomen.

Op de alternatieven is niet ingegaan. Hij licht toe dat de BOR per 1-11 gewijzigd wordt en het hierdoor mogelijk wordt om gebouwen (tijdelijk) anders te benutten. De gemeente mag nu een tijdelijke afwijking van het bestemmingsplan verlenen. Gemachtigde vindt het postkantoor een perfect voorbeeld voor deze tijdelijke afwijking, om het bewonen van het postkantoor dus tijdelijk toe te staan. Hij voegt hieraan toe dat de gemeente dan niet bang hoeft te zijn dat bezwaarde er

permanent blijft wonen, de beëindiging zou makkelijk overeengekomen kunnen worden. Gemachtigde stelt dat dit kan worden gerealiseerd als de begunstigingstermijn wordt verlengd en dan in stappen tot afspraken wordt gekomen. Het businessplan moet bijvoorbeeld eerst worden goedgekeurd.

De voorzitter vraagt tussendoor of het bewonen van het atelier een conditio sine qua non is voor het maken van kunst. Bezwaarde antwoordt bevestigend hierop. Leven en kunst is één. Dit is juist één van de punten van het museum. De werken worden daar ook gemaakt.

De voorzitter vraagt hoe ze dit dan moet zien in verband met de openingstijden van het museum en hoe dit in het businessplan is aangegeven. Bezwaarde antwoordt hierop dat de werkruimte op gezette tijden wordt opengesteld voor publiek en het normale museum gewoon dagelijkse openingstijden heeft. Museum en atelier zijn dus niet altijd tegelijk open. Hij voegt hieraan toe dat het tevens belangrijk is om altijd aanwezig te zijn in het atelier in verband met de beveiliging. Er staan veel kostbare stukken die op deze manier bewaakt worden.

Gemachtigde vervolgt nu het toelichten van zijn pleidooi. Hij gaat in op het verweerschrift. Hij stelt dat 'nachtelijk verblijf' wordt toegestaan in de gebruiksovereenkomst. Meneer ziet het pand nu als een soort anti-kraakpand door middel van een anti-kraakovereenkomst.

Voorzitter stelt dat de vrouw en kinderen van bezwaarde hier dan niet mogen verblijven.

Bezwaarde antwoordt dat hij zijn vrouw en kinderen ook graag wil zien. Zij woonden eerst in Bergen, want zijn vrouw wilde niet in Den Helder wonen. Verschillende beweegredenen (school kinderen, vrienden kinderen, handicap bezwaarde) hebben er toch toe geleid dat zij nu in Den Helder wonen.

Er wordt ingegaan op de brandveiligheid van het pand, gesteld wordt dat het pand hieraan voldoet en dat bezwaarde er alles aan heeft gedaan en er alles voor wil doen.

De procedure voor het bestemmingsplan loopt nog, dus stelt gemachtigde dat een bedrijfswoning nog kan worden toegestaan.

Verweerder wil graag reageren op bovenstaande punten.

De gebruiksovereenkomst loopt af op 1 januari 2015. Deze overeenkomst gaat echt om een atelier, niet over bewoning. Bewonen van het pand zal nooit worden toegezegd. Om antwoord te geven op de vraag van gemachtigde waarom bewoning dan niet gewenst is, geeft verweerder aan dat de gemeente haar handen vrij wil houden en ruimte wil houden voor ontwikkeling. Daarom wordt er ook niet toegezegd dat het tijdelijk bewoond mag worden. De wijziging van de BOR per 1 november 2014 maakt deze beslissing niet anders.

Met het ' 's nachts verblijven' wordt alleen het werken aan de stukken bedoeld, er mag niet geslapen worden. In het contract staat nergens dat er gewoond mag worden. Bezwaarde merkt op dat er ook niet in staat dat het NIET mag.

Ten slotte geeft verweerder aan dat ook indien het pand brandveilig is, er dan nog niet gewoond mag worden.

De voorzitter vraagt naar het anti-kraak bewonen.

Verweerder stelt dat dit pand niet voor anti-kraak bedoeld is.

De voorzitter vraagt waarom dit dan toen niet is opgenomen in de overeenkomst. De voorzitter geeft aan dat uit de overeenkomst de bedoeling van partijen gehaald moet worden (aan de hand van het Haviltex criterium) en hieruit blijkt ook anti-kraak bewoning.

Verweerder geeft aan dat dit niet het geval is. Anti-kraak panden worden uitgeleverd aan een andere instantie die dit dan afhandelt. Zij stelt dat enkel de mogelijkheid is geboden om het pand te gebruiken voor maatschappelijke doeleinden.

Dit staat echter niet op deze manier in de overeenkomst.

Voorzitter stelt dat bezwaarde niet uit de overeenkomst kon halen dat anti-kraak bewonen verboden was. Verweerder geeft aan dat er echter in het contract opgenomen is dat er geen ingrijpende veranderingen mogen worden gedaan aan het pand.

Bezwaarde antwoordt hierop dat dit ook niet is gebeurd.

De voorzitter doet het voorstel om een tijdelijke overeenkomst te sluiten met als inhoud anti-kraak. Verweerder stelt echter wederom dat de gemeente niet wil dat het pand bewoond wordt, ook niet tijdelijk. Het plan van een museum is goed, maar wonen niet. Het pand moet echt worden gebruikt door kunstenaars, daarom mag er 's nachts wel gewerkt worden, maar mag het pand niet bewoond worden. Bezwaarde zegt hierop dat het juist een woon-museum plan is. Verweerder geeft aan dat dit plan dan niet door zal gaan. Het businessplan moet voor 15 november 2014 worden ingeleverd.

Wonen is nooit een optie geweest volgens verweerder. Uit het bestemmingsplan blijkt dat wonen niet wordt toegestaan. Gemachtigde benadrukt weer dat dit bestemmingsplan nog in procedure is.

Het laatste probleem is de verhouding tussen civielrecht en bestuursrecht. Voorzitter merkt op dat de civielrechtelijke overeenkomst, die van bruikleen, het bestuursrecht tegensprekt. Zij vraagt zich af hoe artikel 2 lid 1 zich verhoudt tot artikel 1 lid 2.

Voorzitter stelt een gesprek voor tussen gemeente en bezwaarde om de dingen op een rij te zetten. Bezwaarde meldt dat hij dit al vaker heeft voorgesteld en dit ook graag wil, maar dat er nooit op gereageerd wordt. Verweerder wil pas in gesprek na het inleveren van het businessplan.

Niets meer aan de orde zijnde sluit de voorzitter de vergadering.

OVERWEGINGEN VAN DE COMMISSIE

Op 7 november 2008 is er een bruikleenovereenkomst afgesloten tussen verweerder en bezwaarde, waarin is bepaald dat bezwaarde het pand op het perceel Middenweg 172/174 per 1 juli 2008 in bruikleen heeft en op deze manier voor leegstand behoed.

Op 19 mei 2014 is een brandmelding binnen gekomen voor het pand op het perceel Middenweg 172/174. De bevelvoerder van dienst van de brandweer is naar aanleiding van deze melding het pand binnen gegaan en heeft bezwaarden en twee kinderen in het pand aangetroffen. Een toezichthouder brandveiligheid heeft hierna van Grontmij een rapport ontvangen waaruit blijkt dat de elektrische installatie in het pand op het perceel Middenweg 172-174 te Den Helder ten tijde van de brand niet voldeed aan het Bouwbesluit 2012. Op woensdagavond 21 mei 2014 is door deze toezichthouder gecontroleerd of de elektrische installatie inderdaad niet voldeed aan het Bouwbesluit 2012. Door de toezichthouder is geconstateerd dat door bezwaarden en kinderen in het pand wordt geslapen. In de voormalige kantine van het postkantoor is een aparte ruimte gecreëerd. Deze ruimte is voorzien van een keuken, badkamer en drie slaapkamers. Al deze ruimtes zijn niet voorzien van rookmelders. Aan bezwaarden is verteld dat uitgezocht zou worden of het mogelijk is om te slapen in dit pand. Indien het mogelijk zou zijn, zouden de ruimtes vervolgens moeten beschikken over gekoppelde rookmelders.

Op 16 juni 2014 is geconstateerd dat de installatie weer voldeed aan de regels uit het Bouwbesluit 2012. Benadrukt wordt dat bij deze beoordeling is uitgegaan van het toegestane gebruik van het pand als werkruimte/atelier. Ingeval van bewoning van het pand zouden strengere veiligheidsvoorschriften van toepassing zijn, het pand voldoet hier niet aan.

In de brief van 17 juni 2014 heeft verweerder aan bezwaarden bevestigd dat de elektrische installatie weer voldeed aan de regels en is meegedeeld dat het gebruik van het pand ten behoeve van overnachting/wonen niet is toegestaan op grond van de regels uit het bestemmingsplan 'Stationslocatie 2014'. Ook heeft verweerder in die brief aan bezwaarden meegedeeld dat zij van plan was een last onder dwangsom op te leggen. Zij werden in de gelegenheid gesteld om binnen twee weken een zienswijze in te dienen.

Met de brief van 30 juli 2014 is aan bezwaarde medegedeeld dat de bruikleenovereenkomsten worden opgezegd per 1 januari 2015.

Op 7 augustus 2014 is geconstateerd dat bezwaarden en kinderen het pand nog steeds bewoonden en dat nog steeds werd geslapen in het pand.

Met het bestreden besluit is besloten een last onder dwangsom op te leggen, omdat geconstateerd is dat bezwaarden en hun kinderen slapen in een pand op het perceel Middenweg 174 te Den Helder. Op basis van het bestemmingsplan is dit gebruik niet toegestaan. Voor 1 januari 2015 dient de strijdige situatie te zijn opgeheven.

De commissie dient te beoordelen of het besluit op de juiste juridische grondslag is verleend.

Ingevolge artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo is het verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan.

Ingevolge artikel 125, eerste lid, van de Gemeentewet, is het gemeentebestuur bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang.

Ingevolge artikel 125, tweede lid, van de Gemeentewet wordt de bevoegdheid tot oplegging van een last onder bestuursdwang uitgeoefend door het college, indien de last dient tot handhaving van regels welke het gemeentebestuur uitvoert.

Ingevolge artikel 5:31d, eerste lid, van de Awb wordt onder een last onder bestuursdwang verstaan: de herstelsanctie, inhoudende:

- a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en
- b. de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.

Ingevolge artikel 5:32 Awb is een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen, in plaats daarvan ook bevoegd een last onder dwangsom op te leggen.

Niet in geschil is dat bezwaarden met het wonen in het pand op de Middenweg 174 te Den Helder het pand gebruiken in strijd met de bestemming die het perceel heeft in het bestemmingsplan "Stationslocatie 2014", waarin het perceel de bestemming maatschappelijk heeft. In zoverre was verweerder naar het oordeel van de commissie gerechtigd om tot handhaving over te gaan.

Bezwaarde stelt zich onder andere op het standpunt dat verweerder in het onderhavige geval niet handhavend mocht optreden, gelet op een door hem met verweerder gesloten overeenkomst, gedateerd 7 november 2008, waarin is bepaald dat bezwaarde het pand aan de Middenweg in bruikleen heeft om voor leegstand te behoeden. Bezwaarde stelt dat hij in het pand mag wonen op basis van deze overeenkomst. In artikel 1.2 van de overeenkomst is bepaald dat de overeenkomst is aangegaan voor de periode dat de onroerende zaak nog niet benodigd is voor de realisatie van de stadshartplannen van de gemeente Den Helder. Met andere woorden bruiklenner kan gebruik blijven maken van het postkantoor tot alle benodigde procedures zijn afgerond en de bouwvergunning voor het nieuwe plan kan worden verstrekt.

In artikel 2.1 is bepaald dat de overeenkomst kan worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden.

Verweerder is van oordeel dat uit de overeenkomst niet blijkt dat er gewoond mag worden in het pand. In artikel 4.2 is bepaald dat bruiklenner gehouden is geen noemenswaardige veranderingen aan te brengen aan de onroerende zaak gedurende de looptijd van deze overeenkomst.

Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS) moet – in geval van een overtreding van een wettelijk voorschrift – het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik maken. In dit kader heeft de AbRS overwogen dat slechts onder bijzondere omstandigheden van het bestuursorgaan mag worden geveerd niet over te gaan tot het opleggen van een last onder bestuursdwang of dwangsom, en dat zich dit kan voordoen indien concreet

zicht op legalisering bestaat dan wel indien handhaving zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

Uit het verhandelde ter zitting is de commissie gebleken dat partijen het oneens zijn over de inhoud van de overeenkomst en welke rechten en plichten voortvloeien uit deze overeenkomst.

De commissie is van oordeel dat een overeenkomst tussen de gemeente en bezwaarde wel degelijk in de weg kan staan aan een rechtmatige uitoefening van de bevoegdheid tot handhaving. De vraag of dat het geval is, hangt af van de inhoud van die overeenkomst. De inhoud van de overeenkomst moet door uitleg (aan de hand van de Haviltex-maatstaf) worden vastgesteld. Bezwaarde is van oordeel dat "de bewaring van het pand om het voor leegstand te behoeden" ook toestaat dat bezwaarde hier woont. Verweerder heeft aangegeven dat wonen niet onder "het in bewaring geven van het pand" valt. De commissie heeft in ieder geval vastgesteld dat wonen niet uitdrukkelijk wordt uitgesloten in de overeenkomst.

Verweerder heeft de overeenkomst opgezegd per 1 januari 2015. Bezwaarde is gelet op artikel 1.2 van oordeel dat deze opzegging niet rechtsgeldig is, nu alle benodigde procedures nog niet zijn afgerond en de bouwvergunning niet wordt verstrekt. De burgerlijke rechter zal zich dan ook dienen te buigen over de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst en het einde van de overeenkomst.

De commissie is van oordeel dat nu geen duidelijkheid bestaat over de inhoud van de overeenkomst en het dus mogelijk is dat de burgerlijke rechter de inhoud van de overeenkomst zo vast stelt dat de gemeente als private partij een overeenkomst heeft gesloten op grond waarvan het bezwaarde is toegestaan te wonen in het pand, verweerder onder deze omstandigheden op dit moment geen gebruik mocht maken van zijn handhavingsbevoegdheid. De commissie ziet in het bestaan van deze overeenkomst dan ook een belemmering om –op dit moment– handhavend op te treden.

Gelet op voorgaande is de commissie van oordeel dat het college niet bevoegd was een last onder dwangsom op te leggen aan bezwaarden.

CONCLUSIE

Op grond van het bovenstaande is de commissie van oordeel dat op het bezwaarschrift dient te worden beschikt naar de inhoud en de strekking van dit advies.

ADVIES

Op grond van het bovenstaande adviseert de commissie het college om het bezwaarschrift van de heer R. Scholte en mevrouw L. Snijder ontvankelijk en gegrond te verklaren en uw besluit van 21 augustus 2014 te herroepen.

DEN HELDER, 30 oktober 2014

De Commissie voor de
bezwaarschriften

mr. J. Tophoff, voorzitter

mr. M. Frederiks, secretaris