MEMO – Duidelijkheid over een overtreding

Artikel 1:3 lid 1 Awb:
Onder een besluit wordt verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

**Status bouwwerk**
Aan de achterzijde van het pand aan de Herengracht 171 is het lichthof overdekt. Voor zover bij ons bekend is voor de bouwwerkzaamheden geen (omgevings)vergunning verleend. Het pand is op 26 mei 1970 aangewezen als Rijksmonument (nr 1566). Een (omgevings)verguning voor het wijzigen van een monument is ons evenmin bekend.
De laatste bij ons bekende vergunde situatie is te zien op de revisietekening van 8 oktober 1978. Hierop is geen sprake van een overkapping van het lichthof (of anderszins sprake van het dichtbouwen daarvan). [redacted] (althans zijn stichting) heeft in 1996 de betreffende appartementsrechten verkregen. In 1997 is (door [redacted]) een splitsingsvergunning aangevraagd. De spiltsingsvergunning heeft op zichzelf geen betrekking op het uitvoeren van bouwwerkzaamheden. Op de bij de splitsing behorende tekening is evenwel de huidige overkapping ook niet zonder enige vorm van twijfel aanwezig.
Gelet op het voorgaande zijn wij genoodzaakt de huidige feitelijke situatie aan te merken als niet vergund en daarom illegaal.

**Legalisatie mogelijkheden**
[uitkomst toets legalisatie]

**Verzoek om handhaving**
In het laatste kwartaal van 2018 hebben wij een handhavingsverzoek ontvangen tegen de hiervoor beschreven situatie. Na een eerste bezoek ter plaatse van de bouwinspecteur hebben de verzoekers hun verzoek ingetrokken. De bouwinspecteur heeft het bouwwerk geconstateerd. Uit archief onderzoek bleek, zoals hierboven beschreven, dat dit niet de laatst vergunde situatie is. Het verzoek om handhaving is ingetrokken. Naar aanleiding van het intrekken van het handhavingsverzoek, is het onderzoek verder afgebroken. De eigenaar is per brief d.d. 5 maart 2019 gewezen op de strijdige situatie en de mogelijke gevolgen daarvan. De brief is te lezen als een gedoogmededeling. De brief bevat immers een mededeling waaruit blijkt dat de gemeente bekend is met een strijdige situatie en een mededeling dat de gemeente vooralsnog niet handhavend optreedt. (In de brief wordt nog geen overtreder aangemerkt.)

**De status van een gedoogbrief**
Op 16 januari 2019 heeft de Advocaat-Generaal een conclusie geschreven over de juridische status van gedoogbeslissingen. In haar uitspraak van 24 april 2019 neemt de Raad van State onder verwijzing naar deze conclusie een oordeel over de vraag of een gedoog beslissing een besluit is.[1] In rechtsoverweging 13 en 14 wordt opgemerkt dat de oude lijn onduidelijkheden oplevert en de nieuwe lijn wordt aangekondigd. *Voortaan worden gedoogbeslissingen niet meer aangemerkt als besluit.*

Vanaf rechtsoverweging 15 worden de gevolgen van de nieuwe lijn uitgewerkt. Kort samengevat zijn de gevolgen dat tegen een gedoogbeslissing geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. De rechten van derde belanghebbende zijn evenwel gewaarborgd in het feit dat een verzoek om handhaving gedaan kan worden. De reactie op dit verzoek is een besluit in de

[1] ABRvS 24 april 2019, 201801734/1/A1 (ECLI:NL:RVS:2019:1356).

CONCEPT

zin van de Awb. De Raad van State noemt dit een niet-bezwarende weg om duidelijkheid te krijgen.
In rechtsoverweging 16 bespreekt de Raad van State de mogelijkheid om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of sprake is van een overtreding met een verzoek om informatie. De reactie op een verzoek om informatie is echter (doorgaans) ook geen besluit.

Omdat de uitspraak van de Raad van State betrekking heeft op een zaak waarin een gedoogde duidelijkheid wilt over de legaliteit van een bouwwerk, gaat de Raad van State ook in op de volgende vraag. Hoe kan een betrokkene die een reactie op een verzoek om informatie te weinig zekerheid vindt bieden, of het niet eens is met het standpunt van het bestuursorgaan, duidelijkheid krijgen?
Het is vanwege de helderheid van het oordeel de moeite om dit deel van de betreffende rechtsoverweging integraal op te nemen.

> "De informatie die het bestuursorgaan geeft, kan ook inhouden dat volgens het bestuursorgaan sprake is van een overtreding, maar dat het bestuursorgaan (vooralsnog) niet tot handhaving zal overgaan zolang de betrokkene zich aan bepaalde voorwaarden houdt of anderszins bepaalde voorwaarden niet zijn vervuld. *Indien die betrokkene vindt dat een dergelijke mededeling te weinig zekerheid biedt, of indien hij het niet eens is met het standpunt van het bestuursorgaan dat in strijd met de wet of met andere regelgeving wordt gehandeld, dan is het aan hem om een aanvraag om een vergunning in te dienen of om anderszins de rechtens noodzakelijke toestemming te verkrijgen, dan wel een besluit omtrent handhaving uit te lokken of af te wachten. Tegen de weigering van een vergunning of het besluit om tot handhaving over te gaan kan de (vermeende) overtreder bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden.* Andersom kan ook een derde tegen de verlening van een vergunning of de afwijzing van een aanvraag om tot handhaving over te gaan of een genomen sanctiebesluit dat volgens die derde niet ver genoeg gaat, bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden."[2] (cursief en onderstreping MM)

**Gevolgen uitspraak in casu**
De uitspraak van de Raad van State van 24 april 2019 is gedaan naar aanleiding van een hoger beroep van een gedoogde die duidelijkheid wilde over zijn al dan niet illegale bouwwerken. Daarom weten we niet alleen wat een derde kan doen om duidelijkheid te krijgen over een situatie, maar ook wat een gedoogde kan doen. De situatie aan de Herengracht 171 onderscheidt zich op dat punt niet van de hiervoor besproken uitspraak.
Als in geen van de brieven een verzoek om handhaving te lezen is, ligt het voor de hand te beoordelen of we dat niet alsnog moeten doen. We kunnen dan een besluit nemen over de handhaving. Middels bezwaar en beroep kan dit besluit op juistheid getoetst worden.
Deze lijn wordt door de uitvoeringsafdeling ook in andere gevallen gevolgd. Zo is in één geval een verzoek van twee eigenaars om handhavend op te treden tegen hun eigen overtreding. In een ander geval hebben eigenaars verzocht om informatie. Toen ze zich niet konden verenigen met dit oordeel, is ook gezegd dat een handhavingsverzoek inhoudelijk hetzelfde oordeel op zou leveren, maar wel de mogelijkheid tot het aanwenden van rechtsmiddelen geeft. Gedoogden hebben geen verzoek ingediend.

**Conlusie**
[Uit te werken als de legalisatie mogelijkheden zijn getoetst]

[2] ABRvS 24 april 2019, 201801734/1/A1 (ECLI:NL:RVS:2019:1356), r.o. 16.

CONCEPT