

50. De gedoogverklaring: wel of geen besluit?

MR. R.E. WANNINK EN MR. R.J. BOOGERS

Gedoogbeschikkingen houden de gemoederen al langer bezig. Het is inmiddels vaste rechtspraak dat een gedoogbeschikking géén besluit is in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dat laat onverlet dat een verklaring om wel te gedogen onder omstandigheden wel kan worden aangevochten bij de bestuursrechter. Dat volgt onder meer uit de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven van 16 januari 2019.¹ In dit artikel staat deze conclusie centraal en zullen wij de problematiek rond de gedoogbeschikking verder toelichten en afsluiten met de relevante gevolgen van deze conclusie voor de rechtspraktijk.

1. Inleiding

Aanleiding voor de conclusie van Widdershoven is een zaak die speelde bij Rechtbank Oost-Brabant. De rechtbank had een beroep tegen de beslissing op bezwaar van het gemeentebestuur van Bladel ongegrond verklaard. Er was geweigerd handhavend op te treden tegen illegale bebouwing op een perceel in Hoogeloon, waarvan appellant eigenaar is, mits zou worden voldaan aan een viertal voorwaarden:

1. De persoonsgebonden beschikking is persoonsgebonden en niet overdraagbaar.
2. De persoonsgebonden beschikking vervalt in ieder geval als appellant het perceel verkoopt of overlijdt.
3. Na afloop van de gedoogbeschikking, bijvoorbeeld bij verkoop of overlijden, dient het bouwwerk binnen zes maanden te worden verwijderd.
4. Het bouwwerk mag niet worden vergroot of vernieuwd, slechts gedeeltelijke vernieuwing is toegestaan.

Het door appellant ingestelde beroep is door de rechtbank niet-ontvankelijk verklaard voor zover gericht tegen de aan de beschikking verbonden voorwaarden. De rechtbank motiveert dat er geen sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. In hoger beroep heeft appellant onder meer aangevoerd dat de rechtbank hiermee heeft miskend dat met de gedoogverklaring een besluit omtrent handhaving wordt genomen. De voorzitter van de Afdeling heeft op grond van artikel 8:12a Awb aan Widdershoven verzocht een conclusie te nemen over de vraag of de aan appellant verleende ‘persoonsgebonden gedoogbeschikking’ met de daaraan verbonden voorwaarden al dan niet als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb moet worden aangemerkt.

2. Het besluitbegrip

Widdershoven concludeert allereerst dat het begrip ‘besluit’ een juridisch-dogmatisch begrip is, dat ondanks zijn lange geschiedenis, aan de randen nog steeds tot veel discussie leidt. Volgens de definitie is een besluit ‘*een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een bestuursrechtelijke rechtshandeling*’. Om te kunnen worden aangemerkt als rechtshandeling, is het noodzakelijk dat de beslissing ‘*is gericht op enig rechtsgevolg*’. Dat rechtsgevolg moet vervolgens ook extern zijn. Daarvan is sprake als zij ‘*erop is gericht een bevoegdheid, recht of verplichting voor één of meer anderen te doen ontstaan of teniet te doen, dan wel de juridische status van een persoon of zaak vast te stellen*’.

Het is op voorhand niet vanzelfsprekend om een gedoogverklaring als een dergelijk besluit te kwalificeren

Het is niet vanzelfsprekend om een gedoogverklaring als besluit te kwalificeren. Het is immers niet zonder meer duidelijk dat zij een verandering in de wereld van het recht beoogt en, als dat wel het geval is, welke verandering. Andere beslissingen over gedogen worden door bestuursrechters in beginsel niet als Awb-besluit aangemerkt. Dat geldt voor de weigering om te gedogen, die voor de overtreder – bijzondere gevallen daargelaten – geen Awb-besluit is omdat zij geen zelfstandige betekenis zou hebben, maar slechts de mogelijkheid biedt om handhavend op te treden, een mogelijkheid die zich pas concretiseert als een voor hem appellabel handhavingsbesluit wordt genomen.

¹ ABRvS 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:86.

De andere invalshoek is die van de individuele rechtsbescherming. Het komt voor dat een overheidshandeling op grond van de dogmatiek niet kan worden aangemerkt als een besluit, terwijl er *om redenen van individuele rechtsbescherming* wel behoefte bestaat om die handeling te kunnen aanvechten. De bestuursrechters lossen deze spanning soms op door het hanteren van een strategisch besluitbegrip, waarbij een beslissing die dogmatisch geen besluit is, toch als zodanig wordt aangemerkt, dan wel door die handeling voor de rechtsbescherming met een Awb-besluit gelijk te stellen. In beide gevallen is de bestuursrechter bevoegd om over de rechtmatigheid van die beslissing te oordelen. Er is dan vaak sprake van een bestuurlijk rechtsoordeel.

De bestuursrechters lossen deze spanning soms op door het hanteren van een strategisch besluitbegrip, waarbij een beslissing die dogmatisch geen besluit is, toch als zodanig wordt aangemerkt

Tussen de gedoogrechtspraak en die over bestuurlijke rechtsoordelen bestaan de nodige verwantschap en overlap. Dat is volgens Widdershoven ook niet zo vreemd: beide zijn ingegeven door de strategische wens van de rechter om rechtsbescherming te bieden tegen beslissingen die dogmatisch geen besluit zijn. Voor gedoogbeslissingen die niet-appellabel zijn bij de bestuursrechter, kan uiteraard wel een vordering worden ingesteld bij de burgerlijke rechter.

3. De rechtspraak

Lange tijd werd een gedoogverklaring door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State aangemerkt als een appellabele beschikking, omdat een op voorhand gegeven beslissing impliceert dat tegen het voorgenomen gebruik niet met toepassing van bestuursdwang zal worden opgetreden. In de uitspraken uit die periode ging het steeds om een positieve gedoogverklaring, waartegen door derden werd opgekomen. Tot begin jaren negentig merkte de Afdeling ook de weigering om te gedogen als beschikking aan. Bij uitspraak van de Afdeling van 15 april 1994 gaat de Afdeling echter om en acht zij de *gedoogweigering* niet langer een Awb-besluit. De Afdeling overwoog daartoe:

‘In het licht van het voorgaande dient beantwoord te worden de vraag of het besluit van verweerders om appellant van deelname aan de piekopvangregeling voor het jaar 1991 uit te sluiten [en dus een overschrijding van het aantal wettelijk toegestane kampeerplaatsen niet te gedogen; RW] is aan te merken als een beschikking als bedoeld in art. 2 eerste lid Wet Arob. De Afdeling bestuursrechtspraak stelt in dat verband vast dat van bedoeld besluit weliswaar een dreigende werking uitgaat, doch dat het besluit niet kan worden beschouwd als een waarschuwing dat verweerders

bij overschrijding van het aantal toegestane kampeermiddelen (...) de kampeerplaats op kosten van appellant zullen doen ontruimen. De enkele verklaring dat ten aanzien van appellant gedurende een nader bepaalde periode de mogelijkheid bestaat dat van de wettelijke bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang gebruik wordt gemaakt, is niet als een op enig rechtsgevolg gericht besluit aan te merken nu daarmee niet is gezegd dat daadwerkelijk tot bestuursdwang zal worden overgegaan. Het besluit van 6 nov. 1990 vormt mitsdien geen beschikking als bedoeld in art. 2 eerste lid Wet Arob.’²

In de uitspraak van 12 juni 1997³ concretiseert de Afdeling haar rechtspraak in die zin dat zij de mogelijkheid creëert dat een gedoogweigering in een bijzonder geval toch als besluit moet worden aangemerkt. Bovendien stelt de Afdeling voorop dat een *gedoogverklaring* wel een Awb-besluit is.

‘De schriftelijke verklaring inhoudende dat (al dan niet onder voorwaarden) wordt afgezien van het nemen van handhavingsmaatregelen wordt aangemerkt als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. De schriftelijke verklaring dat niet wordt gedoogd heeft betrekking op de aanwending van een discretionaire handhavingsbevoegdheid. Indien die bevoegdheid daadwerkelijk wordt aangewend zal een besluit tot handhaving worden genomen, waartegen bezwaar en beroep open staat. Indien een dergelijk handhavingsbesluit wordt genomen kan aan de weigering om te gedogen geen zelfstandige betekenis worden toegekend. Een mededeling als de onderhavige kan in de regel niet als een beschikking in de zin van art. 1:3 tweede lid Awb of als een besluit in de zin van art. 1:3 eerste lid van deze wet worden aangemerkt. Dit laatste zou slechts anders kunnen zijn in een bijzonder geval; zulk een geval doet zich hier voor. In dit geval had voortzetting van de bouw alleen zin als burgemeester en wethouders zouden gedogen. Weigering om te gedogen stond aldus qua effect gelijk met toepassing van bestuursdwang. Derhalve is in dit geval de mededeling dat niet wordt gedoogd een besluit.’

In de jaren daarna blijft dit uitgangspunt overeind. Wel merkt de Afdeling een gedoogweigering als Awb-besluit aan als zij moet worden opgevat als een weigering om een gedoogbeleidsregel en de daarbij geldende inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb op de situatie van appellant/verzoeker toe te passen.

Daarnaast – en dat is tot op heden een relevant gegeven – heeft de Afdeling in haar uitspraak van 14 januari 2004⁴ overwogen dat de weigering om te gedogen *behoudens bijzondere omstandigheden* niet als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb kan worden aangemerkt. Dat is niet anders wanneer het gaat om de weigering om in ruimere mate of

2 ABRvS 15 april 1994, ECLI:NL:RVS:1994:AN3908.

3 ABRvS 12 juni 1997, ECLI:NL:RVS:1997:ZF2830.

4 ABRvS 14 januari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO1644.

voor een langere periode te gedogen dan in de gedoogverklaring is toegezegd, en die weigering is vervat in hetzelfde stuk als een – *met het oog op de rechtsbescherming van derden* – als besluit aan te merken gedoogverklaring. Op grond van deze toevoeging wordt de gedoogverklaring voor de rechtsbescherming van derden als een besluit aangemerkt. De Afdeling kiest dus voor een strategisch besluitbegrip.

Gelet op de rechtspraak concludeert Widdershoven dat de gedoogverklaring met voorwaarden een *hybride karakter* heeft. Vanuit het perspectief van de overtreder wordt zij aangemerkt als een weigering om in ruimere mate of voor een langere periode te gedogen dan in de gedoogverklaring is toegezegd, en is zij evenals de ‘kale’ gedoogweigering geen besluit, behoudens bijzondere omstandigheden. Met deze weigering staat immers niet vast dat en hoe het bestuur in geval van overtreding van voorwaarden handhavend zal optreden. Komt het tot een dergelijk optreden, dan kan de overtreder daartegen in rechte opkomen. Van de andere kant wordt de gedoogverklaring onder voorwaarden met het oog op rechtsbescherming van derden wel als een Awb-besluit aangemerkt. Daarom kunnen derden die verklaring en/of de daaraan verbonden voorwaarden in rechte bestrijden.

In de praktijk doen derden dat overigens ook. Uit de rechtspraak blijkt dat de aan een gedoogverklaring verbonden voorwaarden door de rechter terughoudender moeten worden getoetst dan aan een vergunning verbonden voorschriften. Een gedoogbesluit kan immers niet in de plaats treden van een voor – bijvoorbeeld – bouw vereiste vergunning noch daarmee op één lijn worden gesteld.

4. Bijzondere gevallen

Een gedoogweigering is dus geen besluit, behoudens bijzondere gevallen. Van een bijzonder geval is sprake in het geval aan een verzoek om te gedogen ‘*zeer klemmende, concrete gronden voor het aannemen van een rechtsplicht tot gedogen ten grondslag liggen*.’ Uit de rechtspraak blijkt niet één geval waarin een grond zodanig klemmend en concreet werd geacht, dat een gedoogweigering als besluit moet worden aangemerkt. Uit de rechtspraak blijkt bijvoorbeeld dat een beroep op het motiverings- of gelijkheidsbeginsel geen bijzondere omstandigheid kan zijn.⁵ Voor aanzienlijke investeringen geldt hetzelfde.⁶

Ten aanzien van een gedoogverklaring geldt hetzelfde criterium: ook dat is geen besluit, behoudens bijzondere omstandigheden. Zoals reeds aangegeven, kan er wel sprake zijn van een besluit in het geval van een bestuurlijk rechtsoordeel. Maar wanneer het criterium van een bijzonder geval wordt toegepast, wordt in de rechtspraak in beginsel aansluiting gezocht bij hetzelfde criterium als

bij de gedoogweigering. Dat wil zeggen dat er enkel sprake is van een bijzonder geval indien aan het verzoek ‘*zeer klemmende, concrete gronden voor het aannemen van een rechtsplicht tot gedogen ten grondslag liggen*’.

5. De opvatting van Widdershoven

Na het uiteenzetten van wetgeving, rechtspraak en literatuur concludeert Widdershoven dat het gedoogterrein het enige is waar een hybride figuur bestaat, te weten de gedoogverklaring. Deze gedoogverklaring wordt voor sommige belanghebbenden (derden) aangemerkt als een Awb-besluit, maar voor andere belanghebbenden (overtreders) niet. Dat is volgens Widdershoven in ieder geval opmerkelijk. Wat betreft de bijzondere gevallen hanteert de Afdeling bovendien twee criteria: het criterium van de ‘*zeer klemmende, concrete gronden voor het aannemen van een rechtsplicht tot gedogen*’, en het bestuurlijke rechtsoordeel-criterium omdat de alternatieve route om een oordeel over die beslissing te krijgen ‘*onevenredig bezwarend*’ is.

De gedoogverklaring met voorwaarden heeft een hybride karakter

Widdershoven concludeert dat gedoogbeslissingen inclusief de gedoogverklaring, juridisch-dogmatisch als zodanig geen Awb-besluit of beschikking zijn. Daarvoor zijn twee redeneringen te geven:

1. De gedoogverklaring wordt opgevat als een beslissing op voorhand, toezeggen dat tegen een overtreding niet handhavend kan of zal worden opgetreden. Het komt erop neer dat de gedoogverklaring geen recht of aanspraak op niet-handhaving verleent, maar niet meer is dan een factor die het bestuursorgaan als het alsnog handhavend wenst op te treden moet meewegen.
2. De gedoogverklaring moet worden opgevat als een weigering op voorhand om een sanctiebesluit te nemen, ofwel handhavend op te treden. Dit is niet op rechtsgevolg gericht. Zij beoogt namelijk geen verandering in de wereld van het recht.

Widdershoven concludeert dat een gedoogverklaring die is verleend *op aanvraag om handhaving* van een derde-belanghebbende op grond van artikel 1:3 lid 2 Awb uitsluitend voor wat betreft de daarin geïmpliceerde afwijzing een Awb-beschikking is. De derde kan tegen die afwijzing beroep instellen, maar de overtreder vanwege het ontbreken van procesbelang niet. Als zodanig is de gedoogverklaring namelijk geen beschikking. De redenering daarachter is dat hij het met die afwijzing eens is en hij voor wat betreft die afwijzing geen gunstiger resultaat kan bereiken. Een eventueel door hem ingesteld beroep is dan ook niet-ontvankelijk.

Het grootste deel van de gedoogverklaringen wordt echter niet verleend naar aanleiding van een aanvraag van derden, maar ambtshalve of op verzoek van de overtreder. Deze

⁵ ABRvS 24 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX4404.

⁶ ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:500.

gedoogverklaringen zijn op grond van artikel 1:3 lid 2 Awb volgens Widdershoven nooit een Awb-beschikking. Daartoe zou men deze moeten aanmerken als het bij voorbaat afwijken van een aanvraag om een handhavingsbeschikking, zo deze zou worden gedaan. Deze constructie is vanwege de fictie ('zo deze zou worden gedaan') inhoudelijk niet overtuigend en is bovendien in strijd met artikel 1:3 lid 2 Awb. Dit artikel gaat er namelijk vanuit dat er een aanvraag tot handhaving van een derde-belanghebbende ligt, hetgeen nu juist niet het geval is. Omdat deze gedoogverklaringen geen Awb-beschikkingen zijn, geldt hetzelfde voor de weigering en intrekking ervan.

Daarmee stelt Widdershoven ook de vraag van de voorzitter van de Afdeling te hebben beantwoord. De ambtshalve aan appellant verleende persoonsgebonden gedoogverklaring is geen Awb-besluit of beschikking. Wel moet nog worden beoordeeld of er redenen zijn om die gedoogverklaring voor de rechtsbescherming met een besluit gelijk te stellen. Widdershoven verwijst naar de eerder aangehaalde uitspraak van de Afdeling van 14 januari 2004. Die uitspraak moet zo worden uitgelegd dat de Afdeling van mening was dat de gedoogverklaring geen Awb-besluit is, en dat zij de verklaring uitsluitend om strategische redenen, het verlenen van rechtsbescherming aan derden, toch als Awb-besluit betitelde. Daarvan is sprake indien er voor derden of de overtreder een reële behoefte aan rechtsbescherming bestaat. Alleen in dat geval zou de gedoogbeslissing voor die rechtsbescherming met een Awb-besluit gelijk moeten worden gesteld.

Zo veel als mogelijk moet worden voorkomen dat belanghebbenden voor de rechtsbescherming tegen een gedoogbeslissing zijn aangevozen op de burgerlijke rechter

Interessant is dat Widdershoven meent dat zo veel mogelijk moet worden voorkomen dat de belanghebbenden voor de rechtsbescherming tegen een gedoogbeslissing zijn aangevozen op de burgerlijke rechter.

Widdershoven gaat vervolgens in op verschillende criteria die zouden moeten of kunnen bepalen of een gedoogbeschikking met het oog op de reële behoefte aan rechtsbescherming met een Awb-besluit moet worden gelijkgesteld. Widdershoven is geen voorstander van het criterium van de 'zeer klemmende, concrete gronden voor het aannemen van een rechtsplicht tot gedogen'. Wel geschikt acht Widdershoven het criterium dat de alternatieve route waarlangs een belanghebbende een oordeel over de beslissing kan krijgen 'onevenredig bezwarend' is. Toepassing van dit criterium heeft vanuit de optiek van de rechtseenheid als voordeel dat voor het omwille van de rechtsbescherming gelijkstellen van niet-besluiten met (appellabele) besluiten, één criterium zal gelden voor zowel rechtsoordelen als gedoogbeschik-

kingen. Widdershoven is er een voorstander van om dit criterium in te voeren althans voor wat betreft de rechtsbescherming van de overtreder tegen gedoogbeslissingen.

Wat betreft de derde-belanghebbende heeft Widdershoven twijfels. De gedoogverklaring wordt door de Afdeling met het oog op rechtsbescherming van derden generiek als Awb-besluit aangemerkt. Toepassing van het criterium van de 'onevenredig bezwarende alternatieve route' zou voor de rechtsbescherming een forse achteruitgang betekenen. Er bestaat voor de derde immers altijd een alternatieve rechtsweg. De derde kan bij het bestuursorgaan dat de gedoogverklaring heeft afgegeven een aanvraag indienen om de gedoogde overtreding alsnog te handhaven en kan vervolgens in de beroepszaak tegen de beslissing van het bestuursorgaan ook de gedoogverklaring aan de orde stellen. Deze extra procedurestap wordt in de rechtsoordelen-rechtspraak niet als 'onevenredig bezwarend' aangemerkt. In dit verband wijst Widdershoven ook op artikel 6:2 Awb. Deze bepaling biedt een grondslag voor rechtsbescherming van in het bijzonder derden tegen gedoogverklaringen. Volgens artikel 6:2 onder a Awb wordt een schriftelijke weigering een besluit te nemen voor de toepassing van de wettelijke voorschriften over bezwaar en beroep met een Awb-besluit gelijkgesteld. De gedoogverklaring wordt beschouwd als een weigering om een besluit te nemen, omdat ze impliceert dat het bestuur weigert om door toepassing van een bestuurlijke sanctie een verandering in de wereld van het recht teweeg te brengen. Omdat gedoogverklaringen, genomen naar aanleiding van een handhavingsaanvraag van de derde op grond van artikel 1:3 lid 2 Awb beschikkingen zijn, staat daarmee tegen alle gedoogverklaringen beroep open.

6. Conclusie

De conclusies van Widdershoven zijn duidelijk.

1. Een gedoogverklaring is uitsluitend, voor zover zij een afwijzing van een handhavingsaanvraag van een derde-belanghebbende impliceert, een appellabele beschikking op grond van artikel 1:3 lid 2, Awb. Als zodanig is de verklaring geen beschikking. De afwijzing kan door de derde bij de bestuursrechter worden aangevochten en in die procedure staat (indirect) ook de gedoogverklaring ter discussie. De overtreder heeft bij een rechterlijk oordeel over die afwijzing geen procesbelang. Hij kan hiertegen geen beroep instellen.
2. Een ambtshalve of op verzoek van de overtreder verleende gedoogverklaring betreft, voor zover zij de weigering impliceert een bestuurlijke sanctie toe te passen, een schriftelijke weigering een besluit te nemen en wordt in zoverre op grond van artikel 6:2 onder a Awb, voor de rechtsbescherming met een besluit gelijkgesteld. De gelijkstelling betreft niet deze gedoogverklaring als zodanig. Tegen de weigering kan de derde beroep instellen bij de bestuursrechter en in die procedure staat (indirect) ook de gedoogverklaring ter discussie. De

overtreder heeft bij een rechterlijk oordeel over de weigering, geen procesbelang.

3. De gedoogverklaring als zodanig en de weigering en intrekking van zo'n verklaring zijn geen besluiten of beschikkingen. Zij moeten voor de rechtsbescherming van de overtreder wel met een appellebaal besluit worden gelijkgesteld als de alternatieve rechtsweg waarlangs hij een oordeel van de bestuursrechter over deze beslissingen kan krijgen 'onevenredig bezwarend' is.

In de uitvoerig gemotiveerde conclusie legt Widdershoven goed bloot dat het systeem van de gedoogbeschikking niet alleen vrij ingewikkeld maar ook uniek is. Het hybride systeem is vanuit de dogmatiek en de behoefte aan rechtsbescherming voor derden begrijpelijk, maar niettemin vrij ingewikkeld. Het is wat ons betreft toch grotendeels een theoretisch probleem, met name voor de overtreder. Immers, indien een handhavingstraject wordt ingezet komt de gedoogbeschikking in die procedure toch wel aan de orde. Toch is het snel een technisch-juridische discussie waarvan het de vraag is of de rechtspraak niet meer gebaat is bij een wettelijke regeling over gedoogbeschikkingen. Zeker wanneer een rechtszoekende zich uiteindelijk tot de burgerlijke rechter zou moeten wenden om dit soort zuiver bestuursrechtelijke kwesties aan te vechten.

sie waarvan het de vraag is of de rechtspraak niet meer gebaat is bij een wettelijke regeling over gedoogbeschikkingen. Zeker wanneer een rechtszoekende zich uiteindelijk tot de burgerlijke rechter zou moeten wenden om dit soort zuiver bestuursrechtelijke kwesties aan te vechten.

Over de auteurs



Mr. R.E. Wannink

Advocaat/partner bij Wannink Advocatuur B.V. en tevens redacteur van dit blad.



Mr. R.J. Boogers

Advocaat bij Bogaerts & Groenen advocaten en tevens vaste medewerker van dit blad.