

BIJLAGE 3. GRENZEN AAN GEDOGEN EN JURISPRUDENTIE

Grenzen aan gedogen

In de rijksnotitie "Gedogen in Nederland" (Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, 25 085, nrs 1-2) is aangegeven welke grenzen en voorwaarden de rijksoverheid aan gedogen stelt. Gedogen wordt in het landelijke beleid alleen aanvaardbaar geacht als het gestelde onder *a. tot en met d.* van toepassing is op de situatie:

- a. het moet één van de volgende uitzonderingsgevallen zijn (zie hoofdstuk 2):
 - overgangperiode;
 - experiment;
 - vooruitlopende op een vergunning;
 - overweging van doelmatigheid;
 - overgangssituatie;
 - overmacht- of noodsituatie;
 - voortkomend uit onvermogen.
- b. de situatie en de gevolgen moeten beperkt zijn in omvang en/of tijd. Zodra gedogen niet langer aangewezen is omdat de uitzonderingssituatie zich niet meer voordoet, moet alsnog tot handhaving worden overgegaan. Voorts kan de noodzaak om te gedogen worden weggenomen door de gedoogde overtreding alsnog te legaliseren zoals via vergunningverlening, het verstrekken van ontheffingen of aanpassing van de regelgeving. Beperking van de tijdsduur van gedogen is mede van belang om precedentwerking te voorkomen en daarmee de opwaartse druk tot verder gedogen te voorkomen;
- c. elk gedoogbesluit dient expliciet en na zorgvuldige kenbare belangenafweging genomen te worden. Het besluit dient daarnaast ook te voldoen aan de andere eisen die de Algemene wet bestuursrecht daaraan stelt, bijvoorbeeld de motiveringseisen. Alleen dan kan het voor de betrokkene(n) duidelijk zijn waar deze aan toe zijn. Tevens kunnen eventuele derde belanghebbenden daartegen rechtsmiddelen aanwenden (bedenkingen) en is controle door de rechter mogelijk. Voorts zal het gedoogbesluit volstrekt duidelijk moeten zijn over de gedragingen die gedoogd worden, de termijn gedurende welke dat het geval is en zo nodig voorwaarden moeten bevatten die aan het gedogen gesteld worden. Het gedoogbesluit laat onverlet de eventuele strafrechtelijke rechtshandhaving door het OM (het standpunt van het OM in Zwolle wordt aan de orde gesteld in bijlage 4);
- d. gedogen dient aan controle te worden onderworpen. In verband met de geloofwaardigheid is het van belang dat de gedoogde instantie zelf controle uitoefent op de gedoogde activiteiten. Van belang hierbij is of de overwegingen die hebben geleid tot de beslissing om te gedogen nog actueel zijn en/of de voorwaarden waaronder gedoogd wordt nog wel nageleefd worden. Als dit laatste niet het geval is, zal direct tot handhaving moeten worden overgegaan. Gedogen van categorieën van overtredingen middels een beleidsnota of -regels (categorisch gedogen) leent zich, door het algemene karakter, minder goed voor beoordeling door een rechter. Schriftelijk gedoogbeleid dient dan onderworpen te zijn aan controle door de vertegenwoordigende lichamen.

Jurisprudentie

In de jurisprudentie zijn vele uitspraken terug te vinden betreffende de toepassing van bestuursdwang en het gedogen van overtredingen van wettelijke voorschriften. De jurisprudentie ligt in dezelfde lijn als het eerder geschetste landelijk beleid.

Opgemerkt wordt dat in het onderstaande een algemeen beeld is geschetst van diverse uitspraken. Hierbij is niet gestreefd naar uitputtendheid. Feiten en omstandigheden van concrete situaties kunnen immers van elkaar verschillen. Anders luidende uitspraken zijn soms mogelijk in zaken die op het eerste gezicht op elkaar lijken.

Overgangsrecht

In overgangsrechtelijke situaties kan niet tegen activiteiten strijdig met voorschriften van het bestemmingsplan worden opgetreden indien dit strijdige gebruik niet is gewraakt. Omgekeerd kan wel worden opgetreden als in de overgangsbepalingen is opgenomen dat het bestemmingsplan niet geldt voor het gebruik dat al strijdig was met het "oude" bestemmingsplan. Aan het feit dat de illegale situatie al langere tijd bekend is, kunnen niet zonder meer aanspraken worden ontleend. (zie bijvoorbeeld VZ ARRS 14 december 1990, GST 6926, 439; ABRvS 15 april 1996, GST 7060-527, ARRS 1 november 1991, GST 6959-11).

Gedoogbeschikking

Een gedoogbeschikking houdt een toezegging van het bevoegde gezag in dat niet handhavend zal worden opgetreden tegen een overtreding van een wettelijk voorschrift. Toetsingskader bij het gedogen kunnen de volgende criteria zijn:

- de mogelijke resultaten van een experiment;
- legalisatiemogelijkheden door middel van een vergunning, melding, ontheffing e.d.;
- dienstbaarheid aan de geest van de wet;
- de tijdsduur van de overtreding, deze moet zo kort mogelijk zijn;
- eventuele nadelige gevolgen voor omwonenden en concurrerende bedrijven.

Doorslaggevend is dat het een tijdelijke inbreuk op de wet moet zijn waarbij niet gevreesd hoeft te worden voor onaanvaardbare schade of overlast bij derden.

Een gedoogbeschikking hoeft niet op dezelfde wijze als een vergunning te worden gepubliceerd. Het is immers geen vergunning maar moet gezien worden als een mededeling dat geen toepassing wordt gegeven aan de sanctiemiddelen. Voor publicatie van een gedoogbeschikking gelden daarom de (aan de regelgeving en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ontleende) eisen van publicatie van een sanctiebeschikking. Slechts degenen die om toepassing van sancties hebben verzocht en degenen van wie klachten over de te gedogen activiteiten bij het bevoegde gezag bekend zijn, moeten van de gedoogbeschikking in kennis worden gesteld. (zie bijvoorbeeld ABRvS 19 september 1989, AB 1990-415; ARRS 4 augustus 1994, AB 1995-447; ARRS 23 maart 1998, M en R 1998, nr. 78).

Handhaving bij gedogen

Indien een gedoogbeschikking wordt afgegeven kan het bevoegde gezag hierop terugkomen. Bijvoorbeeld als de strijdige activiteiten worden geïntensiveerd en er hierdoor klachten zijn ontstaan. Tevens is handhavend optreden op zijn plaats als men zich niet houdt aan de voorschriften die in de gedoogbeschikking zijn opgenomen.

Bij overtreding van voorschriften van een gedoogbeschikking kan hiertegen echter **geen** dwangsom worden opgelegd. Een gedoogbeschikking houdt immers een toezegging in, dat niet handhavend opgetreden wordt, als de overtreder zich houdt aan de voorschriften die verbonden zijn aan het gedogen.

Bij niet-naleving dient de gedoogbeschikking daarom ingetrokken te worden. Omdat dit te beschouwen is als een herhaling van dezelfde overtreding, vloeit uit de Kadernota voort dat overgegaan wordt tot onmiddellijke inzet van handhavingsinstrumenten.

De intrekking zal dan gepaard dienen te gaan met een aanschrijving bestuursdwang of het opleggen van een dwangsom. Hierbij wordt teruggevallen op overtreding die in eerste instantie gedoogd werd

(zie bijvoorbeeld Vz ARRS 14 december 1990, GST 6926, 439). Met deze handelwijze wordt daarnaast voorkomen dat een 'passieve'