

Vergaderjaar 1996–1997

25 085

Gedogen in Nederland

Nr. 2

NOTA

INHOUDSOPGAVE

SAMENVATTING	5	6.3 Implementatie van EG-regelgeving en controle door het Europese Hof	25
DEEL I ANALYSE VAN HET VERSCHIJNSEL GEDOGEN	11	6.4 Controle door vertegenwoordigende lichamen	27
1. Inleiding: probleemstelling en doel van de nota	11	6.5 Aanvullende vormen van controle	27
2. Naleving en handhaving van wettelijke normen	12	7. Historische achtergrond en gedogen in het buitenland	28
3. Evenwichtige rechtshandhaving	14	7.1 Historische achtergronden van gedogen	28
4. Definitie en verschijningsvormen van gedogen	16	7.2 Gedogen in het buitenland	30
4.1 Definitie van gedogen	16	DEEL II GRENZEN AAN GEDOGEN	33
4.2 Verschijningsvormen van gedogen	17	8. Gedogen als rechtsstatelijk dilemma	33
5. Waarom en in welke gevallen wordt gedoogd?	18	8.1. Handhaven en gedogen in rechtsstatelijk perspectief	33
5.1 Inleiding	18	8.2. Omgaan met het rechtsstatelijk dilemma	34
5.2 Gedogen op basis van afweging van belangen	18	9. Grenzen aan gedogen	35
5.3 Gedogen voortkomend uit onvermogen of onwil tot handhaven	20	9.1 Inleiding	35
5.3.1 de regelgeving is slecht uitvoerbaar of slecht handhaafbaar/de regelgeving is	20	9.2 Gedogen slechts in uitzonderingsgevallen	35
5.3.2 de uitvoerende/handhavende instanties zijn slecht geëquipeerd en/of functioneren slecht	20	9.2.1 inleiding	35
5.3.3 onwil tot handhaven	21	9.2.2 handhaving zou leiden tot aperte onbillijkheden	35
6. Controlevormen met betrekking tot gedogen	21	9.2.3 het achterliggende belang is evident beter gediend met gedogen	36
6.1 Inleiding	21	9.2.4 zwaarder wegend belang kan gedogen soms rechtvaardigen	37
6.2 Controle door de rechter	22	9.3 Gedogen mag slechts tijdelijk	39
6.2.1 rechterlijke controle in het bestuursrecht	22	9.4 Gedogen expliciet en na zorgvuldige kenbare belangenafweging	40
6.2.2 rechterlijke controle in het strafrecht	24	9.5 Gedogen dient aan controle te zijn onderworpen	41
6.2.3 strafrechtelijke consequenties van bestuurlijk gedogen	24	9.6 Slot: het voorkómen van gedogen	41
6.2.4 civielrechtelijke consequenties van bestuurlijk gedogen	25		

SAMENVATTING

1. Inleiding; probleemstelling en doel van de nota

Deze nota beoogt, in deel I, allereerst duidelijkheid over het begrip gedogen en de diverse verschijningsvormen van gedogen te verschaffen. Zij geeft aan aan welke controlevormen gedogen onderworpen is en laat zien dat gedogen niet een uniek Nederlands en niet een typisch hedendaags verschijnsel is.

De nota geeft na deze analyses vervolgens, in deel II, antwoord op de kernvraag of en zo ja in welke gevallen, in welke mate en onder welke voorwaarden gedogen aanvaardbaar kan zijn, alsmede welke middelen worden ingezet om de oorzaken van gedoogpraktijken te voorkomen.

De nota betreft het gedogen op het gehele terrein van het bestuursrecht. Dat is een breed en divers terrein waardoor de nota een globaal karakter heeft. Het kan daarom wenselijk zijn de algemene bevindingen en conclusies van deze nota voor bepaalde onderwerpen of beleidsterreinen nader uit te werken. Gedogen op het terrein van het strafrecht wordt, in verband met de brede invalshoek van deze nota, mede in de beschouwingen betrokken.

DEEL I ANALYSE VAN HET VERSCHIJNSEL GEDOGEN

2. Naleving en handhaving van wettelijke normen

Wettelijke normen worden gesteld om belangen te beschermen, de samenleving te ordenen, gedragsverandering teweeg te brengen of ten behoeve van het bereiken van bepaalde beleidsdoelstellingen. Wetten worden ook tot stand gebracht om rechtszekerheid te verschaffen en rechtsgelijkheid te verzekeren. Zij vormen doordat zij via een democratisch proces tot stand zijn gekomen een neerslag van de rechtsnormen die de samenleving noodzakelijk acht. Wetten bevatten dan ook geen vrijblijvende normen maar behoren te worden nageleefd en gehandhaafd.

Bij het opstellen van de wet kunnen echter niet alle situaties worden voorzien. Daarom gaat ons recht ook niet van een volledige handhavingplicht uit. In talloze bijzondere wetten wordt aan bestuursorganen een handhavingstaak toegekend. De wetgever heeft daarbij doorgaans voorzien in een wettelijke bevoegdheid, niet in een plicht, tot sanctiëring. Daarmee geeft de wetgever bestuursorganen ook de bevoegdheid onder omstandigheden geen bestuursdwang uit te oefenen of geen bestuurlijke sanctie op te leggen. In het strafrecht heeft dit uitgangspunt onder meer erkenning gekregen in het opportuniteitsbeginsel: op gronden aan het algemeen belang ontleend kan onder omstandigheden van strafvervolgning worden afgezien.

De omstandigheid, dat ons recht geen volledige handhavingplicht kent, betekent niet dat het met handhaving belaste orgaan de vrijheid heeft naar eigen inzicht te beslissen tot al dan niet handhaven. De aanwezigheid van een bevoegdheid schept immers ook een plicht: te weten de plicht om zorgvuldig en verantwoord gebruik te maken van die bevoegdheid. Deze plicht vereist dat aan elke beslissing inzake handhaving een zorgvuldige belangenafweging vooraf gaat. Daarbij moeten doel en strekking van de overtreden norm het uitgangspunt vormen.

3. Evenwichtige rechtshandhaving

Rechtshandhaving is het optreden van de overheid dat is gericht op het tot gelding brengen van de regelgeving. Hieronder valt zowel toezicht en preventie – de eerste stap in de handhaving – als, verderop in de keten, de reactie op een geconstateerde overtreding, onder meer in de vorm van reparatoire of punitieve sancties.

Rechtshandhaving dient evenwichtig te zijn. Daartoe is het noodzakelijk steeds naar evenredigheid tussen doel en middel te bewerkstelligen. Dit doet zich op drie niveaus voor: op het niveau van de normstelling, op het niveau van de prioriteitstelling en op het niveau van de inzet van handhavingsmiddelen na het constateren van een normovertreding.

Een evenwichtig handhavingsbeleid houdt in, dat op systematische wijze aan alle normovertredingen die aandacht wordt besteed die nodig is om een adequaat niveau van normbevestiging en naleving te bereiken. Dit niveau van handhaving kan verschillen per beleidsterrein en per soort norm. Voor een evenwichtige rechtshandhaving is het nodig noch wenselijk dat alles op alles wordt gezet om iedere overtreding van iedere norm te achterhalen. Een evenwichtig handhavingsbeleid noopt tot een zekere prioriteitstelling. Indien dáárdor ten aanzien van bepaalde normovertredingen geen actief handhavingsbeleid wordt gevoerd, is er geen sprake van gedogen.

4. Definitie en verschijningsvormen van gedogen

Gedogen komt in de huidige praktijk in twee hoofdvormen voor. De eerste vorm is, dat de met handhaving belaste overheidsinstantie ter zake van een eenmaal geconstateerde overtreding niet handhavend optreedt. De tweede vorm die in de praktijk voorkomt is, dat de met uitvoering of handhaving belaste overheidsinstantie reeds voordat een bepaalde overtreding plaatsvindt, aangeeft dat zij daartegen niet handhavend zal optreden.

In de praktijk komt men gedogen in verdere varianten tegen:

- impliciet dan wel expliciet
- vooraf dan wel achteraf
- incidenteel dan wel categorisch
- onvoorwaardelijk dan wel onder voorwaarden.

Dit zijn aanduidingen van diverse praktijkverschijnselen, waarmee derhalve nog niet is aangegeven in hoeverre die gedoogvormen aanvaardbaar moeten worden geacht. Dat komt pas in hoofdstuk 9 aan de orde, waarin het kabinet tot uitdrukking brengt dat gedogen tot uitzonderingsgevallen beperkt dient te blijven en dat daarbij ook nog verdere grenzen en voorwaarden in acht genomen moeten worden.

5. Waarom en in welke gevallen wordt gedoogd?

Aan gedogen kunnen verschillende motieven en oorzaken ten grondslag liggen. In de eerste plaats kan de beslissing om te gedogen welbewust worden genomen na afweging van de betrokken belangen. In de tweede plaats kan gedogen voortkomen uit onvermogen tot handhaven bij de instantie die met de handhaving is belast.

Wanneer wordt gedoogd op basis van een belangenafweging, is meestal sprake van expliciet gedogen, al dan niet onder het stellen van voorwaarden. Door bestuursorganen wordt bijvoorbeeld gedoogd indien men meent met gedogen beter aan het te beschermen belang tegemoet te kunnen komen dan met strikte handhaving.

In de bestuurspraktijk wordt veel gedoogd op grond van vermeende overmachts- dan wel overgangssituaties. Vooral gedogen vooruitlopend

op een vergunning vindt in de praktijk frequent plaats. Eén van de redenen daarvan is de snelheid waarmee het bestuur meent te moeten inspelen op nieuwe situaties. Voorts wordt ook wel tijdelijk gedoogd – veelal ten aanzien van bedrijven – in geval van experimenten. Bij gedogen in tijdelijke situaties worden in de praktijk onder meer overwegingen van doelmatigheid in verhouding tot het te beschermen belang betrokken. Ook wordt onder de noemer van overgangssituaties gedoogd in afwachting van wetswijziging.

Voorzover gedogen uit onvermogen of onwil tot handhaven voortkomt, geschiedt dit meestal impliciet en daardoor weinig opvallend. Gedogen uit onvermogen kan uit verschillende oorzaken voortkomen, bijvoorbeeld:

- de regelgeving is slecht uitvoerbaar of slecht handhaafbaar, is onvoldoende toegesneden op praktijksituaties of bevat ontoereikend overgangsrecht
- de uitvoerende/handhavende instanties zijn slecht geëquipeerd en/of functioneren slecht, of er is te weinig capaciteit om het minimum aan handhaving te bereiken dat nodig is om de norm te bevestigen.

Gedogen uit onwil is per definitie onaanvaardbaar. Aan deze vorm van gedogen ligt doorgaans een verschil van inzicht met de wetgever over wat wenselijk en rechtvaardig is ten grondslag. Gedogen op deze grond is apert in strijd met het beginsel dat de afweging die de wetgever heeft gemaakt, op het niveau van de handhaving niet mag worden overgedaan.

6. Controlevormen met betrekking tot gedogen

De beginselen van de rechtsstaat brengen reeds in het algemeen mee dat de uitoefening van elke overheidsbevoegdheid aan controle is onderworpen en dat over die uitoefening verantwoording verschuldigd is. Dat geldt ook voor de bevoegdheid tot gedogen. In de nota zijn de mogelijkheden die er zijn om controle op de wijze waarop wordt gedoogd uit te oefenen beschreven.

De volgende controlevormen komen aan de orde: door de gedogende instantie zelf, door de nationale rechter en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, door de volksvertegenwoordiging, door de Nationale ombudsman en door de Algemene Rekenkamer.

Allereerst rust er een controletaak op de gedogende instantie zelf. Indien gedoogd wordt op basis van een belangenafweging moet immers steeds worden gecontroleerd of de overwegingen die hebben geleid tot de beslissing tot gedogen nog steeds actueel zijn. Als voorwaarden zijn verbonden aan de gedoogbeschikking, zal de gedogende instantie actief moeten controleren of die voorwaarden ook worden nageleefd.

Essentieel is vervolgens, dat het handelen van de gedogende instantie aan onafhankelijke rechterlijke controle is onderworpen. Bij zijn toetsing hanteert de rechter onder meer onder meer het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.

Het enkele feit dat het handhavend orgaan wel op de hoogte is van een overtreding, maar nog niet beslist heeft of het meent te moeten optreden, kan op zichzelf bij de overtreder niet de rechtens te honoreren verwachting doen ontstaan dat het de overtreding zal (blijven) gedogen. Uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeit voort dat de burger door de overheid niet in een slechtere positie wordt gebracht dan uit de wet voortvloeit. Voor degene ten aanzien van wie wordt gedoogd, is dat ook niet het geval: deze wordt juist in een voordeliger positie gebracht dan waarin de wet voorziet. Een derde echter kan door het gedogen van de zijde van de overheid onevenredig in zijn belangen worden geschaad en moet daarom tegen de gedoogbeslissing kunnen opkomen.

Indien sprake is van implementatie van EG-regelgeving, kan controle op de handhaving daarvan plaatsvinden door het Europese Hof. Het Hof neemt een strikt standpunt in. Bij de handhaving van EG-regelingen of van nationale regelingen die ter uitvoering van EG-recht gemaakt zijn is de ruimte voor gedogen zeer beperkt. Gerechtafdigde verwachtingen zijn naar de rechtspraak van het Hof niet zonder meer voldoende om gedogen te rechtvaardigen.

Voor controle op het handhavingsbeleid, waar gedogen deel van kan uitmaken, is controle door vertegenwoordigende lichamen het geëigende middel. Om de vertegenwoordigende organen tot deze controle voldoende in staat te stellen, is in een aantal bestuurlijke wetten de verplichting tot verslaglegging aan vertegenwoordigende lichamen opgenomen. De volksvertegenwoordiging kan uiteraard ook ten aanzien van concrete gedoogactiviteiten uitoefenen.

Controle op gedoogactiviteiten wordt ook door de Nationale ombudsman en de Algemene Rekenkamer uitgeoefend.

7. Historische achtergrond en gedogen in het buitenland

In de nota wordt ingegaan op enkele historische achtergronden van gedogen en op het voorkomen van gedogen in een aantal van de ons omringende landen. Hoewel in het kader van de nota geen uitputtend onderzoek naar gedogen in alle Europese en niet-Europese landen is verricht, wordt wel duidelijk dat gedogen geen typisch Nederlands verschijnsel is. Natuurlijk zijn er wel verschillen per land, maar ook in andere landen wordt maximale wetshandhaving veelal niet nagestreefd omdat dit andere belangen te zeer kan schaden of in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Voorts wordt duidelijk dat gedogen in ons land ook in vroeger tijden voorkwam.

DEEL II GRENZEN AAN GEDOGEN

8. Gedogen als rechtsstatelijk dilemma

Met betrekking tot gedogen bestaat er een rechtsstatelijk dilemma. Dit dilemma houdt het volgende in.

De beginselen van onze rechtsstaat vereisen, dat het aangewezen bestuursorgaan actief toeziet op naleving van de wet en bij overtreding passende en effectieve handhavingsmaatregelen treft. Het bestuursorgaan moet die taak uitoefenen in overeenstemming met de algemene rechtsbeginselen, zoals deze in de rechtspraak zijn ontwikkeld en in de Algemene wet bestuursrecht zijn vastgelegd.

Die rechtsbeginselen kunnen evenwel rechtvaardigen en er zelfs tonopen, dat in bepaalde gevallen géén bestuursdwang wordt uitgeoefend of géén sanctie wordt opgelegd.

Om te zorgen, dat met dit rechtsstatelijk dilemma op verantwoorde wijze wordt omgegaan, is het noodzakelijk grenzen aan het gedogen te stellen en voorwaarden om te voorkomen dat niet lichtvaardig of willekeurig wordt gedoogd.

9. Grenzen aan gedogen

Alleen in uitzonderingsgevallen kan gedogen aanvaardbaar of zelfs geboden zijn. Gewaarborgd dient te zijn, dat van de bevoegdheid tot gedogen een terughoudend, zorgvuldig en verantwoord gebruik wordt gemaakt en dat gedogen daadwerkelijk beperkt blijft tot uitzonderingsgevallen.

Naar het oordeel van het kabinet noopt dit ertoe uitdrukkelijk grenzen

aan gedogen te stellen, wil gedogen nog aanvaardbaar kunnen zijn.

Gedogen is slechts aanvaardbaar:

- a. in uitzonderingsgevallen
- b. mits tevens beperkt in omvang en/of in tijd.

Voorts dient gedogen:

- c. slechts expliciet en na zorgvuldige kenbare belangenafweging plaats te vinden, alsmede
- d. aan controle te zijn onderworpen.

Gedogen kan slechts in uitzonderingsgevallen aanvaardbaar zijn.

Daarbij geldt steeds dat de afweging die de wetgever heeft gemaakt, niet op uitvoerend en handhavend niveau mag worden overgedaan. In de volgende situaties kan gedogen evenwel gerechtvaardigd of soms zelfs geboden zijn:

- handhaving zou leiden tot aperte onbillijkheden
- het achterliggende belang is evident beter gediend met gedogen
- een zwaarderwegend belang rechtvaardigt gedogen.

Dat gedogen slechts in uitzonderingsgevallen aanvaardbaar kan worden geacht, brengt ook met zich mee dat de mate waarin wordt gedoogd zoveel mogelijk in omvang en/of tijd moet worden beperkt. Het gedogen dient niet langer te duren en niet in grotere mate plaats te vinden dan gerechtvaardigd wordt door de anders optredende onbillijkheid of door het achterliggende of zwaarderwegende belang dat het gedogen rechtvaardigt. Als het gedogen omvangrijk of structureel dreigt te worden, dient heroverweging van de norm zelf plaats te vinden. Onder omstandigheden kan gedogen voor langere tijd aanvaardbaar zijn, indien en zolang geen structurele verbetering van de norm mogelijk is.

De aldus gestelde en in de nota verder uitgewerkte grenzen aan gedogen kunnen in de praktijk aan uitvoerende en handhavende organen houvast geven voor de beantwoording van de vraag of er aanleiding is om te gedogen.

Daarnaast is het van belang om in de praktijk van het wetgevingsproces en in de uitvoerings- en handhavingspraktijk maatregelen te treffen om de oorzaken van gedoogpraktijken zoveel mogelijk te voorkómen. In de afgelopen jaren zijn hiertoe veel inspanningen verricht. Daartoe worden vier middelen, met een zekere selectiviteit en onder meer in het kader van het MDW-programma, aangewend.

Ten eerste worden tijdens het beleidsvormings- en wetgevingsproces in toenemende mate handhaafbaarheids- en uitvoerbaarheidstoetsen verricht. Ten tweede is in nieuwe wetten steeds aandacht voor het overgangsrecht noodzakelijk en soms ook voor meer flexibiliteit in de normstelling gewenst.

Ten derde kan bij invoering van de wet het opstellen van een handhavingsstrategie gewenst zijn. Ook zal verbetering van de uitvoering van vergunningstelsels plaatsvinden, door implementatie van door de Algemene Rekenkamer gedane aanbevelingen. De ministers zullen daarover voor 1 juli a.s. aan de Staten-Generaal rapporteren.

Ten vierde worden veel wetten geëvalueerd, teneinde de wet zelf of de uitvoeringspraktijk aan te passen. Er zullen onder coördinatie van de Minister van Justitie algemene aandachtspunten worden opgesteld om de doelmatigheid van de inzet van wetsevaluaties te vergroten.

Ook het aanwenden van deze vier soorten middelen is van belang om te bevorderen, dat de handhavingspraktijk zich daadwerkelijk aan de in deze nota gestelde Grenzen aan gedogen houdt.

DEEL I

ANALYSE VAN HET VERSCHIJNSEL GEDOGEN

1. Inleiding: probleemstelling en doel van de nota

Wettelijke voorschriften worden niet voor niets gemaakt. De bedoeling van de wetgever is dat ze worden nageleefd. Dat wordt ook in grote delen van de samenleving verwacht. Naleving is noodzakelijk voor de doeltreffendheid van die wetten maar ook om de in een rechtsstaat noodzakelijk geachte rechtszekerheid en rechtsgelijkheid te waarborgen. De overheid moet dan ook op de naleving van tal van publiekrechtelijke wetten toezien en die naleving zonodig afdwingen en niet-naleving sanctioneren. Op veel overheidsorganen rust hiertoe een belangrijke handhavingstaak.

Toch wordt in heel wat situaties het niet-naleven van wettelijke voorschriften door met uitvoering of handhaving belaste overheidsorganen gedoogd, veelal voor bepaalde gevallen of onder voorwaarden. Wat door de wet verboden is, wordt niettemin, op basis van een expliciete beslissing of oogluikend, door de vingers gezien. Dit roept de vraag op of dat wel aanvaardbaar en verantwoord is in onze rechtsstaat en zo ja, in welke gevallen, in welke mate en onder welke voorwaarden.

Tijdens de beraadslagingen met de Tweede Kamer over de Justitiebegroting voor 1996 heb ik, naar aanleiding van vele vragen en een motie van mevrouw Soutendijk, te kennen gegeven dat ik het wenselijk vond over het verschijnsel gedogen en over de aanvaardbaarheid daarvan een algemene, brede discussie te voeren. Ik heb in dat debat vervolgens een kabinetsbrede nota toegezegd.¹ Dat heeft tot de onderhavige nota geleid.

Het doel van deze nota is duidelijkheid te verschaffen:

1. over het begrip gedogen en
2. over de beantwoording van de vraag of en zo ja onder welke voorwaarden gedogen aanvaardbaar kan zijn.

Het vraagstuk van (bestuurlijk) gedogen heeft het afgelopen decennium gaandeweg aan politieke en wetenschappelijke belangstelling gewonnen. Zo besteedde de Nationale ombudsman in 1989 in een rapport uitgebreid aandacht aan de aanvaardbaarheid van bestuurlijk gedogen². Eveneens in 1989 organiseerden het Ministerie van Binnenlandse Zaken, het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht, de Vereniging voor Administratief Recht en de Vereniging voor Bestuurskunde een thema-middag over «gedogend bestuur».³ In 1990 wijdde de Vrije Universiteit Amsterdam een symposium aan het thema «Gedogen door de overheid». In mei 1990 zetten de ministers van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en van Verkeer en Waterstaat in een brief aan de Tweede Kamer hun standpunt ten aanzien van gedogen uiteen. Deze brief werd opgevolgd door het «Gezamenlijk beleidskader inzake het terugdringen van gedogen van milieu-overtredingen» van 10 oktober 1991.⁴ In 1995 organiseerde Justitiële verkenningen een symposium onder de naam «crisis in de gedoogcultuur?»⁵ Mede naar aanleiding van ontwikkelingen in de rechtspraak verschenen wetenschappelijke verhandelingen over gedogend besturen.⁶ De laatste jaren heeft aldus de vraag in hoeverre het bestuur de vrijheid toekomt bij normovertredingen niet handhavend op te treden, in toenemende mate aan aandacht gekregen.

Dit is verwant aan de al veel oudere vraag of het OM bij een strafbaar gestelde wetsovertreding tot strafvervolgning bevoegd of verplicht zou moeten zijn. Debatten over de vraag welk beginsel voor het OM het heersende moest zijn – het opportunititeitsbeginsel of het legaliteitsbeginsel – werden al aan het begin van de vorige eeuw gevoerd. Waar de

¹ Handelingen TK, 14–16 november 1995, 27-1995.

² Rapport Nationale ombudsman, 19 december 1989, nr. 89/989.

³ *Verslag van de thema-middag «gedogend bestuur»*, C. P. J. Goorden, NTB 1989 nr. 8, pag. 269–274.

⁴ Brieven van de ministers van VROM en V&W aan de Tweede Kamer van 28 mei 1990 (21 137, nr. 296) en van 10 oktober 1991 (22 343, nr. 2).

⁵ *Crisis in de gedoogcultuur?*, Justitiële verkenningen 1995, nr. 8.

⁶ *Gedogend besturen*, P. J. J. van Buuren, Kluwer Deventer 1988; *Gedogen gaat van AU*, mr. drs. D. van der Meijden, NJB 1988, afl. 38, pag. 1371–1376; *Gedoogrecht(spraak)*, preadviezen, Publikaties van de Vereniging voor Milieurecht, 1993-2; *Bestuurlijk gedogen*, mr. G. T. J. M. Jurgens, Zwolle 1996.

één een vervolgingsplicht voor het OM aanwezig achtte bij de strafrechtelijke rechtshandhaving, zag de ander in het belasten van het OM met de handhaving der wetten (art. 4 RO) eerder een instructie die een bevoegdheid creëerde dan een rechtsplicht.

Hoewel de aandacht voor het verschijnsel gedogen sterk is toegenomen, bestaat nog steeds onduidelijkheid over de vraag hoe het afzien van handhaving door een uitvoerend orgaan valt te rijmen met de keuze van de wetgever om bepaalde normen wettelijk te verankeren en daarvan naleving te verlangen.

Deze vraag behoeft beantwoording vanuit het perspectief van de rechtsstaat. Daarbij moet in de eerste plaats aandacht worden besteed aan de functie van wettelijke normen in de samenleving in het algemeen en aan de vraag of handhaving van die normen een bevoegdheid is of een plicht.

Voor een heldere discussie over gedogen is het nodig dat allereerst wordt vastgesteld wat onder gedogen moet worden verstaan. Vervolgens is het nodig te belichten waarom en in welke gevallen in de praktijk gedoogd wordt. Daarbij kan dan ook worden gezien of gedogen een recent en Nederlands verschijnsel is.

Daarna kan dan de kernvraag van deze nota aan de orde komen, te weten of en zo ja onder welke voorwaarden gedogen aanvaardbaar kan zijn.

In deze nota wordt op al deze vragen ingegaan.

Deze nota heeft in de eerste plaats betrekking op gedogen in het bestuursrecht. Daar waar zich – gezien vanuit de brede invalshoek van deze nota – overeenkomsten voordoen met het strafrecht, worden ook strafrechtelijke aspecten belicht. Het privaatrecht blijft buiten beschouwing aangezien het initiatief tot handhaving en dus ook het initiatief tot gedogen op dit terrein niet bij de overheid berust.

Aldus resteert toch nog een bijzonder breed en divers terrein waardoor de nota een globaal karakter heeft. Zo zijn de bevindingen niet uitgewerkt per beleidsterrein, per type norm of per sanctiemiddel.

Gelet op het globale karakter van deze nota kan het wenselijk zijn de algemene bevindingen en conclusies van deze nota voor bepaalde onderwerpen of beleidsterreinen nader uit te werken. Een zodanige uitwerking op het terrein van de milieuregelgeving is het gemeenschappelijk beleidskader van de ministeries van VROM en V&W.¹ Voor zover bij die uitwerking van de onderhavige algemene nota is afgeweken, gaat dat gemeenschappelijk beleidskader van VROM en V&W vóór.

De nota bestaat uit twee delen. Deel I, bestaande uit de hoofdstukken 1 tot en met 7, is gewijd aan een analyse van het verschijnsel gedogen en oorzaken van het gedogen. In deel II, bestaande uit de hoofdstukken 8 en 9, geeft het kabinet zijn standpunt over de grenzen die aan gedogen moeten worden gesteld en over hetgeen vereist is om gedogen te voorkomen.

2. Naleving en handhaving van wettelijke normen

Wettelijke normen worden gesteld om belangen te beschermen, de samenleving te ordenen, gedragsverandering teweeg te brengen of ten behoeve van het bereiken van bepaalde beleidsdoelstellingen. Wetten worden ook tot stand gebracht om rechtszekerheid te verschaffen en rechtsgelijkheid te verzekeren. Zij vormen doordat zij via een democratisch proces tot stand zijn gekomen een neerslag van de rechtsnormen die de samenleving noodzakelijk acht.

¹ Brief van de Ministers van VROM en V&W aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 10 oktober 1991, 22 343 nr. 2. Dit beleidskader is onderschreven door het Interprovinciaal Overleg, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en de Unie van Waterschappen.

Wetten bevatten dan ook geen vrijblijvende normen. Zij behoren te worden nageleefd en gehandhaafd. De beginselen van de rechtsstaat omvatten niet alleen een samenstel van waarborgen tegenover de overheid, maar ook een rechtsplicht voor diezelfde overheid tot rechtshandhaving.¹ Behalve dat in het algemeen van de overheid mag worden verwacht dat deze de handhavingstaak serieus neemt, kunnen ook bepaalde derden in beginsel aanspraak hebben op handhaving.² Naast de plicht voor de burger normen na te leven, staat dus de plicht voor de overheid bij niet-naleving in beginsel tot handhaving over te gaan.

De wetgever kan echter niet alle situaties tevoren voorzien. In het strafrecht heeft dat gegeven bijvoorbeeld erkenning gekregen in de wettelijke strafuitsluitingsgronden. De wetgever heeft daarbij erkend dat zich bijzondere situaties kunnen voordoen waarbij sanctie-oplegging achterwege moet blijven ook al is sprake van overtreding van de norm. Daarnaast zijn in de jurisprudentie buitenwettelijke strafuitsluitingsgronden ontwikkeld. Voorts is met de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 een wettelijke basis gegeven aan het zogenaamde opportuniteitsbeginsel: het openbaar ministerie kan afzien van vervolging op gronden aan het algemeen belang ontleend (art. 167 en 242 lid 2 WvSv).

In het bestuursrecht ontbreekt een algemeen artikel dat het bestuur hetzij belast met de plicht tot handhaving hetzij voorziet in een opportuniteitsbeginsel voor de bestuursrechtelijke handhaving. In talloze bijzondere wetten wordt aan bestuursorganen een handhavingstaak toegekend. De wetgever heeft daarbij doorgaans voorzien in een wettelijke bevoegdheid, niet in een plicht, tot sanctionering; daarbij gaat het vooral om het uitoefenen van bestuursdwang of het opleggen van bestuurlijke dwangsommen of bestuurlijke boetes.³ Daarmee laat de wetgever ook de bevoegdheid onder omstandigheden af te zien van handhaven. Hoewel de wet dus niet voorziet in een opportuniteitsbeginsel voor het bestuursrecht, is het systeem niet wezenlijk anders: op gronden aan het algemeen belang ontleend kan onder omstandigheden worden afgezien van handhaving.

In de bestuursrechtelijke jurisprudentie wordt bevestigd dat sanctionering niet in alle gevallen van normovertreding gerechtvaardigd is. De voorzitter van de afdeling voor de Geschillen van bestuur van de Raad van State heeft in vier gepubliceerde uitspraken geoordeeld dat niet voorbij kan worden gegaan aan «de maatschappelijke realiteit dat zich situaties kunnen voordoen waarbij tijdelijk in strijd met de milieuwetgeving wordt gehandeld en onmiddellijke beëindiging daarvan volstrekt onredelijk zou zijn ten opzichte van een of meer betrokkenen».⁴ Zelfs in het geval dat handhaving in de wet verplicht is voorgeschreven, heeft de afdeling Geschillen geoordeeld dat er op zichzelf «zwaarwegende omstandigheden» kunnen zijn die ertoe kunnen leiden dat toepassing ervan achterwege kan of moet blijven.⁵

Dat sprake is van een bevoegdheid in plaats van een plicht tot handhaven betekent echter niet dat het met handhaving belaste orgaan de vrijheid heeft naar eigen inzicht te beslissen al dan niet te handhaven. De aanwezigheid van een bevoegdheid schept immers ook een plicht: de plicht om zorgvuldig en verantwoord gebruik te maken van die bevoegdheid. Niet zozeer maximale en mechanische wetshandhaving behoort tot de taak van de overheid, maar rechtshandhaving, waarbij behalve de wet ook (ongeschreven) rechtsbeginselen in acht moeten worden genomen. De (ongeschreven) rechtsbeginselen kunnen meebrengen dat in bepaalde omstandigheden moet worden afgezien van handhaven.

¹ In dezelfde zin: *Rechtshandhaving*, Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid, Den Haag, 1988, pag. 19–20 en *Met vaste hand*, beleidsnota Ministerie van Justitie, pag. 8.

² Afdeling rechtspraak Raad van State 22 mei 1984, AB 1985, 153; 13 juli 1986, AB 1987, 249; 19 september 1989, AB 1990, 415.

³ Een plicht tot handhaven is wel opgenomen in de nieuwe Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid (TK 1994–1995, 23 909); de uitvoeringsorganen hebben op grond van die wet alleen nog de mogelijkheid van sanctionering af te zien «indien daarvoor dringende redenen aanwezig zijn».

⁴ Beschikkingen van de voorzitter van de afdeling geschillen dd 26 september 1991, nrs. B05.91.0561 (M en R 1992/21; AB 1992, 352), B05.91.0799 (M en R 1992/20), B05.91.0350 (M en R 1992/18) en B05.91.0664 (AB 1992/530).

⁵ Afdeling Geschillen Raad van State, 5 december 1988, AB 1989, 318, m.nt. F. C. M. A. Michiels; in het betreffende geval ging het om de handhavingplicht op grond van art. 28/28a Hinderwet (oud).

De plicht zorgvuldig en verantwoord gebruik te maken van de handhavingsbevoegdheid vereist dat aan elke beslissing om te handhaven een zorgvuldige belangenafweging vooraf gaat. Daarbij moeten doel en strekking van de overtreden norm het uitgangspunt vormen.

3. Evenwichtige rechtshandhaving

In het voorgaande is aangegeven dat op de overheid de plicht rust op de naleving van wetten toe te zien en bij niet-naleving in beginsel tot handhaving over te gaan. Om deze algemene verantwoordelijkheid voor de naleving en handhaving te kunnen waarmaken, is het noodzakelijk dat voldoende handhavingscapaciteit ter beschikking wordt gesteld. De ter beschikking staande handhavingscapaciteit dient vervolgens evenwichtig te worden benut zodat ten aanzien van alle wettelijke normen een adequaat handhavingsniveau wordt bereikt. De handhavingsinzet die benodigd is om een adequaat handhavingsniveau te bereiken, kan per norm verschillen. In dit hoofdstuk worden de aspecten die van belang zijn voor een evenwichtige rechtshandhaving nader belicht.

Onder handhaven wordt verstaan:

Het optreden van de overheid dat is gericht op het tot gelding brengen van de regelgeving. Hieronder valt zowel toezicht en preventie – de eerste stap in de handhaving – als, verderop in de keten, de reactie op een geconstateerde overtreding, onder meer in de vorm van reparatoire of punitieve sancties.

Uit de definitie volgt dat er meer vormen van handhavend optreden zijn dan alleen het toepassen van sancties. Lichter vormen van normbevestigend optreden, zoals waarschuwen en staande houden, die leiden tot beëindiging van het normovertredend gedrag, kunnen bijvoorbeeld ook vormen van handhaven zijn. Ook dan is het overheids-optreden immers gericht op het tot gelding brengen van de norm.

In het strafrecht is bijvoorbeeld niet slechts sprake van handhaving als een vervolging is ingesteld waarbij deze leidt tot een rechterlijke uitspraak en tot strafoplegging. Zo is ook het zogenaamd «rechterlijk pardon» in het strafrecht waarbij feit en dader strafbaar en de dader schuldig wordt verklaard zonder oplegging van straf (art. 9a WvSr) een vorm van handhaving. Ook afdoeningen door het openbaar ministerie in de vorm van transactie en voorwaardelijk sepot zijn vormen van handhaving. Ook bepaalde op potentiële normovertreders gerichte vormen van preventief optreden kunnen vallen onder het begrip handhaving. Hierbij kan gedacht worden aan steekproefsgewijze controle.

Meer algemene vormen van preventie, zoals publieksvoorlichting en het wegnemen van omstandigheden die de kans op overtreding vergroten, zijn weliswaar belangrijk om optimale naleving te bevorderen, maar worden in dit verband niet gezien als vormen van handhaven.

Naast het uitgangspunt dat normen dienen te worden nageleefd en gehandhaafd, is eveneens een fundamentele eis bij alle overheids-optreden, dat de overheid niet nodeloos vergaand in de samenleving ingrijpt. Er dient steeds evenredigheid te bestaan tussen doel en middel. Dat geldt ook bij handhaving. Het gewenste niveau van naleving en handhaving kan verschillen per beleidsterrein en per soort norm. De noodzaak tot het zoeken naar evenredigheid tussen doel en middel op het terrein van de rechtshandhaving doet zich voor op drie niveaus: op het niveau van de normstelling, op het niveau van de prioriteitstelling en op het niveau van de toepassing van handhavingsmiddelen bij geconstateerde normovertreding.

Op het niveau van de *normstelling* is het van belang dat de wetgever zich steeds afvraagt of de voorgenomen normstelling het juiste middel is om het doel te bereiken. Daarbij moeten de consequenties van normstelling voor de handhaving worden betrokken. Het aanvaarden van elk nieuw normencomplex, brengt de noodzaak mee daarvoor voldoende handhavingscapaciteit ter beschikking te stellen. De vraag «willen we de normen en ook de consequenties daarvan voor de handhaving» moet alvorens wordt gekozen voor normstelling uitdrukkelijk worden gesteld.

Op het niveau van de *prioriteitstelling* is van belang dat de nu eenmaal beperkte menskracht en middelen die de overheid ter beschikking staan om het recht te handhaven, zo evenwichtig mogelijk over de te handhaven normen worden verdeeld. Door middel van periodiek bij te stellen prioriteiten in het handhavingsbeleid, kan in de verdeling van mensen en middelen over de te handhaven normen worden gevarieerd. Een goede prioriteitstelling is een hulpmiddel om het juiste evenwicht aan te brengen tussen de doelstellingen van de talloze wetten en lagere regelingen en de inzet van capaciteit en middelen. Algemeen richtsnoer daarbij is de maatschappelijke betekenis van het door de wetovertreding geschonden belang. Zo is de maatschappelijke betekenis van een parkeerovertreding van een geheel andere orde dan die van aantasting van het menselijk leven. Wanneer als gevolg van prioriteitstelling minder capaciteit wordt ingezet voor handhaving van de ene categorie van wetovertredingen ten faveure van de andere, dan is geen sprake van gedogen door de overheid, maar dan komt dit voort uit een zo evenwichtig mogelijk handhavingsbeleid. Een evenwichtig handhavingsbeleid houdt in, dat op systematische wijze aan alle normovertredingen die aandacht wordt besteed die nodig is om het gewenste niveau van normbevestiging en naleving te bereiken. Een dergelijke systematische aanpak vergt voortdurende bewaking, evaluatie en bijstelling van het handhavingsbeleid. Uiteindelijk leidt dit tot een verantwoord handhavingsbeleid, gegeven de beschikbare middelen.

Bij de daadwerkelijke *toepassing* van handhavingsmiddelen speelt opnieuw het beginsel van evenredigheid een rol: het doel dat beoogd wordt met handhaving moet in redelijke verhouding staan tot de «schade» die eventueel met handhaving wordt toegebracht.¹ Ook hier geldt overigens dat de afweging die de wetgever heeft gemaakt niet op uitvoerend niveau mag worden overgedaan. In de praktijk kunnen zich evenwel gevallen voordoen die door de wetgever niet zijn voorzien en waarbij handhaving evident onrechtvaardig zou uitpakken. De uitvoerende dan wel handhavende instantie dient dan ook alvorens tegen een overtreding wordt opgetreden af te wegen of de inzet van het voorgenomen handhavingsmiddel in het specifieke geval geen strijd oplevert met het beginsel van evenredigheid.

In het bovenstaande is aangegeven dat bij de rechtshandhaving het beginsel van evenredigheid tussen doel en middel op verschillende niveaus van besluitvorming in acht moet worden genomen: bij de keuze voor normstelling, voor de verdeling van de capaciteit over de te handhaven normen en voor de daadwerkelijke toepassing van handhavingsmiddelen. Tevens is geconstateerd dat voor een evenredige en evenwichtige rechtshandhaving het nodig noch wenselijk is dat alles op alles wordt gezet om iedere normovertreding te constateren. Een evenwichtig handhavingsbeleid noopt tot een zekere *prioriteitstelling*: de handhavingscapaciteit wordt gedifferentieerd ingezet, wat tot gevolg kan hebben dat ten aanzien van een deel van alle normovertredingen niet actief gehandhaafd wordt. Deze situatie moet worden onderscheiden van het verschijnsel gedogen, dat in hoofdstuk 4 e.v. geanalyseerd wordt, alleen al omdat prioriteitstelling er niet toe behoeft te leiden dat een

¹ Bij de vraag wat een redelijke verhouding is, is behalve de ernst van de normovertreding ook relevant wat het doel is van het ter beschikking staande sanctiemiddel. Zo wordt met reparatoire sancties in de eerste plaats beoogd de rechtmatige toestand te herstellen en terwijl met punitieve sancties ook leedtoevoeging wordt beoogd.

onvoldoende handhavingsniveau wordt bereikt. In het vervolg van deze nota blijven aspecten van prioriteitstelling dan ook buiten beschouwing.

Wel een onvoldoende handhavingsniveau ontstaat, indien als gevolg van capaciteitsgebrek ten aanzien van bepaalde normen handhaving structureel achterwege gelaten wordt. Ook dat verschijnsel blijft, hoe belangrijk ook, in deze nota over gedogen buiten beschouwing. Die problematiek pakt het kabinet in ander verband reeds aan, als uitvloeisel van het rapport van de Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechtshandhaving (de Commissie Korthals Altes). Deze commissie signaleerde in haar rapport onder meer de aanwezigheid van handhavingstekorten op bestuursrechtelijk terrein en deed voorstellen ter versterking van het bestuurlijk handavingsinstrumentarium. Het kabinet heeft aangegeven een nadere analyse van de door de Commissie gesignaleerde problemen nodig te achten alvorens tot een oordeel over de voorstellen van de Commissie kan worden gekomen. Het kabinet heeft daarom besloten tot de instelling van een stuurgroep die nader onderzoek zal doen:

- op de terreinen en de punten waarop zij dat nodig acht, naar de huidige bestuurspraktijk teneinde te achterhalen wat de factoren zijn die in de weg staan aan een adequaat toezicht en aan een duidelijke en consequente handavingsreactie;
- naar de wijze waarop de bestuursrechtelijke repressieve handhaving het beste kan worden georganiseerd, in het bijzonder of een zekere scheiding tussen uitvoering en toezicht enerzijds en sanctie-oplegging anderzijds wenselijk is, en zo ja op welke wijze die scheiding gestalte moet worden gegeven, en zo nee of de organisatie van de bestuursrechtelijke handhaving op andere wijze kan worden verbeterd;
- naar de vraag of de invoering van een preventieve rechterlijke toets een bijdrage levert aan een betere hantering van de instrumenten van bestuursdwang en dwangsom, en zo ja, hoe zo'n toets is in te passen in het stelsel van bestuursrechtelijke handhaving en rechtsbescherming;
- de rol die het privaatrecht kan spelen in aanvulling op de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handavingsinstrumenten van de overheid en de vraag of daartoe nadere wettelijke voorzieningen dienen te worden getroffen en zo ja of de wet restricties moet stellen aan het privaatrechtelijke overheidsoptreden.

Op basis van de bevindingen van deze stuurgroep zal het kabinet zijn definitieve standpunt ten aanzien van de betreffende conclusies en voorstellen van de Commissie Korthals Altes bepalen.¹

4. Definitie en verschijningsvormen van gedogen

4.1 Definitie van gedogen

In paragraaf 3 is uiteengezet, dat handhaving in verschillende gradaties kan plaatsvinden, van waarschuwen tot het opleggen van sancties. Zodra sprake is van overheidsoptreden, gericht op het tot gelding brengen van de regelgeving, is geen sprake van gedogen.

Gedogen komt in de huidige praktijk in twee hoofdvormen voor. De eerste vorm is, dat de met handhaving belaste overheidsinstantie ter zake van een eenmaal geconstateerde overtreding niet handhavend optreedt. De tweede vorm die in de praktijk voorkomt is, dat de met uitvoering of handhaving belaste overheidsinstantie reeds voordat een bepaalde overtreding plaatsvindt, aangeeft dat zij daartegen niet handhavend zal optreden.

Het voorgaande is slechts een aanduiding van praktijkverschijnselen. Het kabinet beoogt hiermee niet tot uitdrukking te brengen, dat zij deze praktijkverschijnselen zonder meer aanvaardbaar acht. Integendeel: het kabinet acht het gewenst dat gedogen tot uitzonderingsgevallen beperkt

¹ *In juiste verhouding; beleidsvoornemens m.b.t. rechtshandhaving en veiligheid, juli 1996.*

blijft. In hoofdstuk 9 zijn die uitzonderingsgevallen en de daarbij in acht te nemen grenzen en voorwaarden uitgewerkt.

In het vervolg van deze nota valt de nadruk op gedogen in de bestuurspraktijk. Voor zover relevant zal ook aandacht worden besteed aan gedogen op strafrechtelijk terrein. Bestuursrecht en strafrecht bevatten immers beide publiekrechtelijke normen waarvan de handhaving tot de taak van de overheid behoort.

4.2 Verschijningsvormen van gedogen

In deze paragraaf worden de verschijningsvormen waarin gedogen voorkomt uiteengezet. Daarbij wordt, zoals aangegeven, in de eerste plaats aandacht besteed aan gedogen in het bestuurspraktijk. Vervolgens zal ook worden aangegeven op welke wijze gedogen in het strafrecht voorkomt.

In de literatuur worden de volgende verschijningsvormen van bestuurlijk gedogen onderscheiden¹.

impliciet/expliciet gedogen:

In geval van impliciet of stilzwijgend gedogen weet de overheid wel dat een normovertreding plaatsvindt, maar onderneemt zij geen actie en neemt zij hierover evenmin een voor betrokkenen kenbaar besluit. In geval van expliciet of uitdrukkelijk gedogen verklaart de overheid uitdrukkelijk – meestal door middel van een schriftelijk besluit – van handhaving te zullen afzien.

vooraf/achteraf:

Bij gedogen vooraf weet de overheid dat een illegale handeling zal worden verricht dan wel een verboden toestand zal worden gecontinueerd. Bij gedogen achteraf raakt de overheid pas na de overtreding daarvan op de hoogte en beslist zij alsnog af te zien van handhaving. Expliciet gedogen kan zowel vooraf als achteraf plaatsvinden. Op het terrein van het bestuursrecht komt expliciet gedogen vooraf veel voor in afwachting van vergunningverlening (ook wel vooruitakkoord genoemd). De overheid geeft in die gevallen een tijdelijke gedoogverklaring af, waaraan voorwaarden zijn verbonden die meestal vergelijkbaar zijn met de voorschriften die aan de vergunning zouden zijn verbonden.

onvoorwaardelijk gedogen/gedogen onder voorwaarden

Niet zelden wordt voorwaardelijk gedoogd. Dan worden aan het afzien van handhaven voor betrokkene voorwaarden verbonden. Indien hij zich niet aan de voorwaarden houdt, gaat de overheid alsnog tot handhaving over. Bij gedogen onder voorwaarden laat de overheid de normovertreding niet geheel ongemoeid maar reguleert deze door het stellen van voorwaarden. Aangezien de overheid in zo'n geval tegen de normovertreding wel optreedt, is het verschil met handhavend optreden soms klein. Toch is gedogen onder voorwaarden geen handhaven. Het stellen van voorwaarden, leidt immers niet tot het tot gelding brengen van de overtreden norm (bijvoorbeeld overtreding van het verbod te handelen zonder vergunning). Integendeel, zolang betrokkene zich aan de voorwaarden houdt, wordt het overtreden van de betreffende norm ongemoeid gelaten. Slechts indien de voorwaarden niet in acht worden genomen, worden terzake van de normovertreding alsnog handhavingsmiddelen ingezet, bijvoorbeeld in de vorm van bestuursdwang.

Gedogen onder voorwaarden komt in het strafrecht in beperkte mate voor. In een enkel geval wordt in dergelijke vervolgingsrichtlijnen aangegeven dat een beperkt deel van de normovertredingen, al dan niet onder voorwaarden, bij wijze van uitzondering niet zal worden vervolgd.

¹ *Gedogend besturen*, P. J. J. van Buuren, Deventer 1988, pag. 22–26; *Gedogend besturen in het milieurecht*, P. J. J. van Buuren, Milieu en recht, 1991/2, pag. 66–68; *Bestuurlijk gedogen*, G. T. J. M. Jurgens, Zwolle 1996, pag. 12–13.

Een voorbeeld daarvan is het onder voorwaarden gedogen van het gebruik en voorhanden hebben van beperkte hoeveelheden softdrugs.

incidenteel/categorisch

Een ander onderscheid dat gemaakt kan worden, is het onderscheid tussen gedogen in incidentele gevallen en categorisch gedogen. Bij incidenteel gedogen wordt gelet op de bijzonderheden van het concrete geval besloten af te zien van handhaven. Bij categorisch gedogen wordt terzake een bepaalde categorie van normovertredingen van handhaven afgezien. Uitdrukkelijk gedogen in incidentele gevallen uit zich veelal in zogenaamde gedoogbeschikkingen; in de praktijk wordt echter ook wel gebruik gemaakt van convenanten waarin de wederzijdse afspraken worden neergelegd. Uitdrukkelijk categorisch gedogen wordt veelal neergelegd in beleidsregels en nota's. Het gemeenschappelijk beleidskader van de ministeries van VROM en V&W is een voorbeeld van gedoogbeleid ten aanzien van milieu-overtredingen in het bestuursrecht.

5. Waarom en in welke gevallen wordt gedoogd?

5.1 Inleiding

Tal van bestuursorganen zijn belast met de zorg voor de handhaving van wetten. Zoals aangegeven, gedogen zij in allerlei situaties overtreding van de wet, al dan niet onder voorwaarden. Aan (bestuurlijk) gedogen kunnen verschillende motieven en oorzaken ten grondslag liggen. In dit hoofdstuk wordt beschreven op basis van welke afwegingen in de praktijk wel wordt afgezien van handhaving. Daarbij zij benadrukt dat hier slechts een globale schets wordt gegeven van gedoogsituaties die zich in de praktijk van de uitvoering en handhaving zoal voordoen.¹

In de eerste plaats kan de beslissing om te gedogen welbewust worden genomen na afweging van de betrokken belangen (par. 5.2). In de tweede plaats kan gedogen voortkomen uit onvermogen tot handhaven bij de instantie die met de handhaving is belast (par. 5.3). Op de vraag of en onder welke voorwaarden gedogen aanvaardbaar is, wordt in hoofdstuk 8 ingegaan.

5.2 Gedogen op basis van afweging van belangen

Wanneer wordt gedoogd op basis van een afweging belangen, is meestal sprake van expliciet gedogen, al dan niet onder het stellen van voorwaarden.

Door bestuursorganen wordt regelmatig gedoogd indien men meent met gedogen beter aan het te beschermen belang tegemoet te kunnen komen dan met strikte handhaving. Vaak wordt dan via het bieden van een overgangsperiode beoogd te bewerkstelligen, dat het gedrag van de normovertreder na afloop van die periode volledig normconform zal zijn. Gedurende een beperkte periode wordt bijvoorbeeld een bedrijf de gelegenheid gegeven de voorzieningen te treffen die nodig zijn om zich na afloop van die periode volledig aan de normen te kunnen houden. Gelet op de investeringen en aanpassingen die een bedrijf vaak moet plegen om alsnog aan de normen te voldoen, acht men een dergelijke aanpak redelijk. Vaak worden de ter beschikking staande handhavingsmiddelen, zoals sluiting van het bedrijf, door het met de handhaving belaste orgaan te ingrijpend gevonden.

¹ Voor een volledig inzicht in de motieven die ten grondslag liggen aan het gedogen van bepaalde normovertredingen en in de mate waarin dat gebeurt, is onderzoek per beleids-terrein vereist.

Voorts wordt ook wel tijdelijk gedoogd – veelal ten aanzien van bedrijven – in geval van experimenten. Van de uitkomsten van het experiment hangt vaak af welke vergunningvoorwaarden moeten worden

gesteld. Het vooraf formuleren van de voorwaarden stuit dan op problemen. Indien het bedrijf vooraf met het bestuur in overleg treedt, en het bestuur verwacht dat de resultaten van het experiment uiteindelijk beter aan het te dienen belang tegemoet komen, wordt de overtreding (veelal het handelen zonder vergunning) voor de duur van het experiment gedoogd.

Vooraf gedogen vooruitlopend op een vergunning vindt in de praktijk frequent plaats. Eén van de redenen daarvan is de snelheid waarmee het bestuur meent te moeten inspelen op nieuwe situaties. Grote bedrijven veranderen bijvoorbeeld veelvuldig hun bedrijfsvoering; vergunningen moeten daaraan steeds worden aangepast. Van een (bestaand) bedrijf kan soms, in de ogen van het bestuur, niet worden verlangd dat het met de wijzigingen in de bedrijfsvoering wacht tot de vergunningen zijn aangepast. Als het bedrijf bereid is vooruitlopend daarop al aan de in grote lijnen te stellen voorwaarden te voldoen, wordt een gedoogbeschikking afgegeven. Het nemen van een gedoogbeslissing gaat, zo is de veronderstelling, sneller en gemakkelijker dan het afgeven van een vergunning. Volstaan wordt dan met de korte voorbereidingsprocedure op grond van de Algemene wet bestuursrecht en met het stellen van globaler voorwaarden.

In de meeste gevallen wordt in geval van gedogen vooruitlopend op een vergunning een uitdrukkelijke gedoogbeschikking afgegeven. Soms blijft dit achterwege; er wordt dan impliciet gedoogd. Een gedoogbeschikking wordt in die gevallen alleen afgegeven als de gedoogde daar vervolgens om vraagt of wanneer door een belanghebbende een verzoek om handhaving wordt ingediend. Ook de eis dat een ontvankelijke vergunningaanvraag is ingediend wordt in de praktijk niet altijd gesteld.

De Algemene Rekenkamer constateert in haar rapport «Vergunningen» dat (de onderzochte) vergunningverlenende instanties vooral de volgende redenen noemen om te gedogen:

- de gedoogsituatie is van tijdelijke aard doordat het handelen binnen afzienbare tijd ophoudt dan wel doordat waarschijnlijk binnenkort een vergunning wordt verleend
- de situatie wordt relatief onschadelijk geacht
- de regelgeving wordt als problematisch ervaren, en/of zal in de toekomst worden versoepeld¹

Bij gedogen in tijdelijke situaties worden in de praktijk ook wel overwegingen van doelmatigheid in verhouding tot het te beschermen belang betrokken. Zo wordt wel bestuurlijk gedoogd als bedrijven van plan zijn te vertrekken. Als een verklaring wordt ondertekend dat het bedrijf zal vertrekken, wordt het vaak doelmatig gevonden het bedrijf voor die korte tijd te gedogen. Hetzelfde geldt bij zaken met een gering belang waarbij een vergunning slechts tijdelijk vereist zou zijn: in de ogen van het bestuur vraagt vergunningverlening dan onevenredig veel capaciteit van het bestuur in vergelijking tot het met handhaving te behalen milieurendement. Hierbij speelt doorgaans, behalve het aspect van de doelmatigheid, in de ogen van het bestuur ook een rol dat handhavend optreden gezien de omstandigheden van het geval een onevenredig zwaar middel zou vormen met als mogelijk gevolg het optreden van ongewenste neveneffecten zoals verontwaardiging bij de overtreder en diens omgeving. In de praktijk wordt in zulke gevallen wel een soort meldingen-procedure gehanteerd: formeel blijft de vergunningplicht bestaan maar na een melding van de vergunningplichtige wordt een gedoogbeschikking afgegeven.

¹ Rapport *Vergunningen* van de Algemene Rekenkamer, 11 maart 1996, brief aan de Tweede Kamer 29 maart 1996, TK 1995–1996, 24 656, nrs. 1 en 2.

Ook wordt onder de noemer van overgangssituaties wel gedoogd in afwachting van wetswijziging.

In het nieuwe Lozingenbesluit WVO «conserveringswerkzaamheden vaste objecten» worden regels gesteld voor het direct lozen op oppervlaktewateren van stoffen die vrijkomen bij reinigings- en conserveringswerkzaamheden aan vaste objecten. Het gaat daarbij om regels die ten aanzien van deze lozingen de vergunningplicht opheffen. Bij brief van 10 januari 1996 (kenmerk HIMH/IL/PZ 291195008) heeft de minister van VROM laten weten dat in afwachting van de inwerkingtreding van dit besluit mag worden gedoogd. Dit gedogen heeft overigens uitsluitend betrekking op het niet voldoen aan de vergunningplicht, en niet op de (ook onder de algemene regels geldende) inhoudelijke voorschriften.

Daarnaast kan een overmachts- of noodsituatie aanleiding geven tot (tijdelijk) gedogen. In de bestuurspraktijk wordt veel gedoogd op grond van vermeende overmachts- dan wel overgangssituaties.

Bij gedogen op basis van een belangenafweging moet ook gewezen worden op het volgende: overal waar sprake is van beleidsruimte of beleidsvrijheid bestaat ook immer het gevaar dat minder integere motieven bij de besluitvorming een rol spelen. Dat gevaar wordt groter naarmate (bestuurs)organen nauwer betrokken zijn bij het (bedrijfs)leven dat zij geacht worden nader te reguleren en naarmate de uitoefening van de betreffende bevoegdheid minder is onderworpen aan effectieve controlemechanismen. In hoofdstuk 6 wordt aangegeven aan welke mogelijkheden van controle gedogen thans is onderworpen.

5.3 Gedogen voortkomend uit onvermogen of onwil tot handhaven

Voorzover gedogen voortkomt uit onvermogen of onwil tot handhaven, geschiedt dit meestal impliciet. Verschillende oorzaken kunnen ten grondslag liggen aan onvermogen tot handhaven. Hier worden er drie genoemd.

5.3.1 de regelgeving is slecht uitvoerbaar of slecht handhaafbaar/de regelgeving is onvoldoende toegesneden op praktijksituaties

Gebreken in de normstelling kunnen er toe leiden dat situaties die feitelijk in strijd met de regels zijn, worden gedoogd omdat handhaving niet goed mogelijk is. Normen kunnen bijvoorbeeld onvoldoende bepaald zijn om normschending te kunnen vaststellen. De voorschriften schieten dan tekort omdat een serieuze inspectie, controle, opsporing en/of sanctionering niet goed mogelijk is.

Gedogen is voorts niet zelden het gevolg van de omstandigheid, dat directe toepassing van nieuwe wetgeving reeds bestaande situaties onnodig zwaar in de knel worden gebracht, doordat het overgangsrecht daarop onvoldoende toegesneden is.

5.3.2 de uitvoerende/handhavende instanties zijn slecht geëquipeerd en/of functioneren slecht

Indien het bestuur gering belang toekent aan de activiteit waarvoor een vergunning vereist is dan wel indien er een spoedeisend belang is bij het uitoefenen van de activiteit, wil het bestuur uit doelmatigheids-overwegingen gedogen onder voorwaarden nog wel eens gebruiken als alternatieve procedure voor de vergunningverlening. Daarbij speelt mee dat veel instanties die met handhavingstaken zijn belast (zoals veel kleinere gemeenten) te weinig capaciteit lijken te hebben om alle vergunningaanvragen tijdig te behandelen. Het doelmatigheidsargument heeft door dat capaciteitsgebrek aan belang gewonnen. Indien dit structurele vormen aanneemt, stelt het bestuur feitelijk zijn afweging in de

plaats van die van de wetgever. De wetgever heeft immers met betrekking tot de bedoelde gevallen gekozen voor het instrument van de vergunning.

In haar rapport «Vergunningen» komt de Algemene Rekenkamer tot de conclusie dat het bij het zware beleidsinstrument van vergunning-verlening passende beheersinstrumentarium in veel gevallen ontbreekt:

«Zo bleek dat de controle op de gegevens van de aanvragers voor meer dan 70% van de vergunningstelsels niet gebaseerd is op schriftelijke richtlijnen. In de praktijk bleek dat voor 35% van de vergunningstelsels de controle slechts betrekking had op een deel van de aanvraaggegevens of in het geheel niet plaatsvond. De toegang tot het mogen verrichten van handelingen die voor niet-vergunninghouders verboden zijn, is hiermee onvoldoende bewaakt. Op grond van meer dan de helft van de vergunningstelsels werden (deels) vergunningen met een onbeperkte geldigheidsduur afgegeven. Zowel bij de verlening als bij de handhaving bleek een aanzienlijke mate van beleidsvrijheid voor de overheid aanwezig te zijn. Dit terwijl slechts voor 43% van de stelsels beleidsregels waren geformuleerd waarin de toekenningscriteria of de aan de vergunning te verbinden nadere voorschriften nader werden uitgewerkt. Inzicht in de realisatie van de doelstellingen ontbreekt in een aantal gevallen door een gebrek aan prestatiegegevens (voor 30% van de stelsels waarvoor meer dan 25 aanvragen per jaar worden ingediend zijn geen prestatiegegevens aanwezig) en door een gebrek aan evaluatie-onderzoeken (voor slechts 21% van de stelsels is een ex post evaluatie-onderzoek verricht). Voor een derde deel van de grotere stelsels was geen vergunningbestand aanwezig. Bij een aantal vergunningstelsels bleek in de praktijk geen handhaving plaats te vinden en bij één op de vier stelsels worden bepaalde overtredingen gedoogd. Van stringente handhaving lijkt dus geen sprake te zijn. De Rekenkamer concludeert hieruit dat de uitvoering van de verlening en handhaving van vergunningen op een aantal belangrijke onderdelen tekort schoot. Het onderzoek geeft een beeld van een middelmatig presterende overheid waar het de verlening en handhaving van vergunningen betreft, die voor de toepassing van een zwaar instrument een relatief licht beheer voert.»¹

Meer in het algemeen bestaat de indruk dat de deskundigheid van uitvoerende en handhavende diensten nogal eens tekort schiet. Vooral bij de implementatie van nieuwe regelgevingscomplexen wordt nog niet altijd voldoende voorbereiding getroffen om de uitvoeringspraktijk op de nieuwe regelgeving voor te bereiden.

5.3.3 onwil tot handhaven

Tot slot moet nog een andere oorzaak van gedogen worden genoemd, die niet zozeer is terug te voeren op onvermogen maar op onwil bij de handhavende instantie tot handhaven. Er wordt dan door de handhavende instantie zelf bewust geen of onvoldoende capaciteit beschikbaar gesteld voor handhaving van een bepaalde normovertreding. Aan die onwil ligt doorgaans een verschil van inzicht over wat wenselijk en rechtvaardig is ten grondslag. Het behoeft geen betoog, dat vooral het op deze grond gedogen apert in strijd is met het beginsel dat de afweging die de wetgever heeft gemaakt, op het niveau van de handhaving niet mag worden overgedaan.

6. Controlevormen met betrekking tot gedogen

6.1 Inleiding

Zoals in hoofdstuk 2 naar voren kwam, bestaat er voor de overheidsinstanties die met de handhaving belast zijn, meestal niet een verplichting maar een bevoegdheid tot handhaving. Natuurlijk is de overheid verplicht een verantwoord en zorgvuldig gebruik van die bevoegdheid te maken. Klakkeloos gedogen is zeker niet aanvaardbaar. Daarom is het uitermate belangrijk om er voor te zorgen, dat dit laatste voorkomen wordt en dat daartoe het gedogen aan voldoende controles is onderworpen.

¹ Rapport *Vergunningen* van de Algemene Rekenkamer, 11 maart 1996, aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 29 maart 1996 (24 656, nr. 1).

De beginselen van de rechtsstaat brengen reeds in het algemeen mee dat de uitoefening van elke overheidsbevoegdheid aan controle is onderworpen en dat over die uitoefening verantwoording verschuldigd is. Dat geldt zeker ook voor de bevoegdheid tot gedogen. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet aan welke controles het gedogen thans is onderworpen.

In hoofdstuk 9 wordt vervolgens onder meer aangegeven hoe deze mogelijkheden zouden kunnen worden versterkt.

In de eerste plaats vindt veelal door de gedogende instantie zelf controle plaats op de gedoogde overtreding. Zeker indien gedoogd wordt op basis van een belangenafweging, moet immers steeds worden gecontroleerd of de overwegingen die hebben geleid tot de beslissing tot gedogen nog steeds actueel zijn. Als voorwaarden zijn verbonden aan de gedoogbeschikking, zal actief gecontroleerd moeten worden of die voorwaarden ook worden nageleefd.

6.2 Controle door de rechter

Uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeit voort dat de burger door de overheid niet in een slechtere positie wordt gebracht dan uit de wet voortvloeit. Voor degene ten aanzien van wie wordt gedoogd, is dat ook niet het geval: deze wordt juist in een voordeliger positie gebracht dan waarin de wet voorziet. Een derde echter kan door het gedogen van de zijde van de overheid onevenredig in zijn belangen worden geschaad en moet daarom tegen de gedoogbeslissing op kunnen komen. Zowel het bestuursrecht als het strafrecht bieden hiertoe mogelijkheden.

6.2.1 rechterlijke controle in het bestuursrecht¹

In het bestuursrecht wordt de bevoegdheid tot gedogen afgeleid uit de omstandigheid dat het bestuur bevoegd, niet verplicht, is tot handhaven, bijvoorbeeld in de vorm van het uitoefenen van bestuursdwang en het opleggen van bestuurlijke dwangsommen. De wetgever heeft ter zake meestal voor een bevoegdheid, niet voor een verplichting, gekozen.

Doordat gedoogbeslissingen als besluiten en voor afzonderlijke gevallen tevens als beschikkingen zijn aan te merken, zijn onder meer hoofdstuk 3 en titel 4.1. van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) daarop van toepassing.

In geval van impliciet gedogen is (nog) geen sprake van een beschikking in de zin van de Awb. Derde-belanghebbenden kunnen een verzoek doen om bestuursdwang toe te passen c.q. een dwangsom op te leggen. Een afwijzende beslissing op een verzoek om handhavend op te treden is een beschikking in de zin van de Awb zodat daartegen bezwaar en beroep mogelijk is. Tussentijds kan betrokkene op grond van art. 8:81 Awb een voorlopige voorziening vragen aan de rechter. De Afdeling rechtspraak heeft in een aantal zogenaamde «beginsel-uitspraken» bepaald dat een (bepaalde) derde-belanghebbende in beginsel aanspraak kan hebben op handhaving.²

Voor het oordeel van de rechter zijn vooral van belang het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Voor de mate waarin deze beginselen kunnen leiden tot instandlating van de gedoogbeslissing, is het onderscheid tussen impliciet en expliciet gedogen van belang.

Het enkele feit dat het bestuursorgaan wel op de hoogte is van een overtreding, maar over het al dan niet daartegen optreden nog geen standpunt heeft ingenomen, kan op zichzelf bij de overtreder niet de rechtens te honoreren verwachting doen ontstaan dat het bestuursorgaan de overtreding zal (blijven) gedogen. Dat een overtreding lange tijd

¹ Zie voor een uitgebreider bespreking van de rechtsbescherming tegen en de juridische gevolgen van bestuurlijk gedogen Jurgens, a.w. pag. 86–110 en 111 e.v.

² Zie noot 2, pagina 13.

impliciet is gedoogd, kan wel van invloed zijn op de termijn waarbinnen van de overtreder in redelijkheid kan worden verlangd dat deze alsnog een einde maakt aan de overtreding.

Expliciete gedoogtoestemmingen wekken bij de overtreder in beginsel de gerechtvaardigde verwachting dat het bestuursorgaan niet alsnog tegen de overtreding zal optreden. Zolang de gedoog-beslissing van kracht is en de gedoogde zich houdt aan de voorwaarden, mag het bestuursorgaan dan ook niet optreden. Dit is bijvoorbeeld het geval als wordt gedoogd in afwachting van vergunningverlening waarbij aan de materiële vereisten voor een vergunning is voldaan. Door aan de gedoogbeschikking vrijwel gelijklopende voorschriften te verbinden als aan de te verlenen vergunning, kan vaak worden bereikt dat aan de materiële vereisten van de wet wordt voldaan. In die gevallen kan alleen worden gehandhaafd als de vergunning vervolgens toch geweigerd wordt of betrokkene zich niet aan de gestelde voorwaarden houdt. Dat ligt ook in de rede: immer als wordt gedoogd terwijl (ook) materieel in strijd met de wet wordt gehandeld, komt de overtreder minder bescherming toe omdat voor hem zowel als voor het bestuursorgaan duidelijk moet zijn dat de situatie, behalve met de letter, ook in strijd is met de bedoeling van de wet.

Als een derde na een gedoogverklaring een verzoek doet om handhaving, is een hernieuwde belangenafweging noodzakelijk, waarbij de belangen van die derde uitdrukkelijk worden meegewogen. De bij de overtreder gewekte verwachtingen moeten daarbij worden betrokken, maar mogen niet zonder meer doorslaggevend zijn. Op grond van (ongeschreven) rechtsbeginselen moeten volgens de rechter derden van wie klachten omtrent de verrichte activiteiten bij het bevoegd gezag bekend zijn, van een gedoogbeschikking in kennis worden gesteld. Een standaardclausule in een gedoogbeschikking dat de gedoogde op eigen risico handelt moet voorkomen dat de overheid aansprakelijk is als naderhand zou blijken dat het verlenen van een vergunning niet of onverwacht slechts op geheel andere wijze mogelijk is dan ten tijde van de gedoogbeslissing werd verwacht (wat bijvoorbeeld het geval kan zijn als gevolg van gerechtvaardigde klachten van derden). De beslissing om te gedogen moet onder omstandigheden gepaard gaan met onderzoek of derden-belanghebbenden voor nadeelcompensatie door de overheid in aanmerking komen.¹

Bij gedogen achteraf is de overheid vaak voor een voldongen feit geplaatst, waardoor de belangenafweging bij de beslissing al dan niet af te zien van handhaven kan worden beïnvloed. De (sociaal-economische) belangen van de overtreder bij voortduren van de overtreding spelen dan immers ook een rol bij de belangenafweging. Als bijvoorbeeld zonder vergunning wordt gebouwd, zal de economische schade die wordt aangebracht met bestuursdwang groter zijn naarmate de bouw vordert. Bij de afweging van het belang dat met handhaving is gediend en het individueel belang bij voortduren van de overtreding is echter ook relevant in hoeverre betrokkene te verwijten valt dat deze in strijd met de wet handelt.

Als na afgifte van een gedoogbeschikking wordt besloten tot handhaving dan moet overigens, alvorens daadwerkelijk tot handhaving kan worden overgegaan, eerst de gedoogbeschikking worden ingetrokken.

Aangezien de rechter alleen kan worden ingeschakeld naar aanleiding van individuele gevallen, kan beleid niet rechtstreeks aan de rechter ter toetsing worden voorgelegd. Voor effectieve controle op handavings-

¹ ABRvS 16 juni 1995, AB 1996, nr. 85; pres. Rb. Roermond, 12 april 1996, JB 1996, 164.

beleid, waar gedogen deel van kan uitmaken, is controle door vertegenwoordigende lichamen dan ook een geschikter middel. Zie voor een bespreking hiervan paragraaf 6.4.

6.2.2 rechterlijke controle in het strafrecht

In het strafrecht toetst de rechter het optreden van het OM ook aan beginselen van ongeschreven recht, zoals het vertrouwensbeginsel. Ook in het strafrecht geldt dat aan het enkele feit dat tegen een bepaalde normovertreding eerder niet werd opgetreden, geen gerechtvaardigd vertrouwen kan worden ontleend dat de normovertreding (opnieuw) zal worden gedoogd. Wanneer een verdachte zich wel kan beroepen op een toezegging waaraan het gerechtvaardigd vertrouwen kan worden ontleend dat een verdachte niet (verder) wordt vervolgd, volgt doorgaans de uitspraak niet-ontvankelijkheid van het OM.

De beklagprocedure van art. 12 Sv biedt voor de rechtstreeks belanghebbende de mogelijkheid bij de rechter op te komen tegen de beslissing van het OM tot niet-handhaven. Formeel heeft het beklag het karakter van een vol beroep. Voor het oordeel van de rechter spelen zowel de haalbaarheid van de zaak als de opportuniteit een rol. Doordat de vervolgingsrichtlijnen voor de rechter belangrijke richtsnoeren vormen, toetst de rechter met betrekking tot de opportuniteit in de praktijk doorgaans slechts marginaal.

Art. 12 lid 2 Sv biedt de mogelijkheid dat organisaties voor belangen die ieder aangaan, opkomen (collectief actierecht). Er moet dan sprake zijn van een reeds bestaande organisatie die krachtens haar doelstellingen en blijkens haar feitelijke werkzaamheden het belang behartigt dat de overtreden strafbepaling beoogt te beschermen. Om de benadeelde partij in de gelegenheid te stellen van het beklagrecht daadwerkelijk gebruik te maken, is het OM verplicht de benadeelde partij schriftelijk in kennis te stellen van zijn beslissing te seponeren (art. 51f lid 3 Sv). Op grond van richtlijnen past het OM die handelwijze toe bij alle hem bekende rechtstreeks belanghebbenden. Ook van een voorgenomen transactie terzake van een misdrijf moet het OM de rechtstreeks belanghebbende in kennis stellen (art. 74 lid 3 Sr).

Als door een sepotbeslissing bij de verdachte het op zichzelf gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat niet wordt vervolgd en een belanghebbende dient beklag in op grond van art. 12 Sv, moet de rechter de belangen van de verdachte bij niet-vervolgen afwegen tegen de belangen van de benadeelde bij wel vervolgen. In geval van een voorwaardelijk sepot, waarbij de verdachte voldaan heeft aan de aan hem gestelde voorwaarden, zal het belang van de verdachte al snel zwaarder wegen dan het belang van de benadeelde.

Ook voor het strafrecht geldt dat de rechter alleen kan worden ingeschakeld naar aanleiding van individuele gevallen en het handhavingsbeleid derhalve niet rechtstreeks aan de rechter ter toetsing kan worden voorgelegd. Terzake van het handhavingsbeleid van het OM is controle door het parlement dan ook een geschikter middel. Zie voor een bespreking hiervan paragraaf 6.4.

6.2.3 strafrechtelijke consequenties van bestuurlijk gedogen

Toezeggingen door een niet voor het vervolgingsbeleid verantwoordelijk overheidsorgaan kunnen echter in beginsel geen gerechtvaardigde verwachtingen wekken. Het OM is dus in de vervolgingsbeslissing niet gebonden aan een gedoogbeslissing van het bestuur.¹ Om die reden wordt in gedoogbeslissingen van het bestuur veelal vermeld dat het

¹ HR 17 december 1985, NJ 1986, 591 m.nt. ThWvV (DSM-beschikking); HR 20 juni 1989, NJ 1990, 120; tevens Rb Amsterdam in de recente zaak Westpoint, 5 maart 1996, nr. 232, AB 1996, nr. 232.

gedogen de verantwoordelijkheid van het OM strafvervolgning in te stellen onverlet laat.¹

Gedoogbeschikkingen met betrekking tot milieu-overtredingen worden door het bestuur doorgaans vooraf ter kennis van het OM gebracht. Bij het uitblijven van reactie mag door het bestuur dan worden aangenomen dat het OM het voorgenomen gedoogbesluit verenigbaar acht met het gemeenschappelijk beleidskader van VROM en V&W, in welk geval het OM zich terughoudend opstelt ten aanzien van het instellen van vervolging. Indien zou blijken dat een bedrijf zich niet houdt aan één of meer van de gedoogvoorwaarden, zal hierop in beginsel steeds een strafrechtelijke reactie volgen.

6.2.4 civielrechtelijke consequenties van bestuurlijk gedogen

Een gedoogverklaring achteraf is niet van invloed op de civielrechtelijke consequenties van een eenmaal gepleegde overtreding.

De onrechtmatigheid van handelen zonder vergunning jegens een derde kan in beginsel ook niet worden weggenomen door de aanwezigheid van een gedoogtoestemming vooraf. Het enkele feit dat een bestuursorgaan verklaart af te zien van een sanctionering, is onvoldoende om het handelen in strijd met de wet niet meer als onrechtmatig te beschouwen. Er zijn echter omstandigheden, waarin het oordeel van de rechter anders kan uitvallen.²

Dat een gedoogbeschikking de onrechtmatigheid van een handeling jegens derden niet kan wegnemen, betekent uiteraard niet dat gedogen doorgaans jegens derden een onrechtmatige daad oplevert. Ook wanneer sprake is van onrechtmatig gedogen, behoeft het gedoogde handelen daarmee nog niet onrechtmatig te zijn jegens derden.

voorbeeld

Het dorpshuis te Haaften, gemeente Neerijnen, was al jaren zonder milieuvergunning in werking. De gemeente gedoogde de exploitatie van het gebouw in afwachting van de voltooiing van een nieuw verenigingsgebouw. Een vergunning was voor het oude gebouw weliswaar aangevraagd, maar kon gezien de bouwkundige staat niet worden verleend. De gemeente gaf toestemming voor het organiseren van drie feesten in het dorpshuis, onder bepaalde voorwaarden.

De burens spanden echter een Kort Geding aan tegen de vereniging die de feesten organiseerde en tegen het dorpshuis. De president van de rechtbank Arnhem vond dat het exploiteren van het dorpshuis zonder milieuvergunning in beginsel onrechtmatig was. Maar niet alle activiteiten waren onrechtmatig tegenover eisers. Van de activiteiten die geen luide muziek met zich meebrachten, hadden zij namelijk niet of nauwelijks last. Een rechterlijk verbod van de geplande feestavonden vond hij niet op zijn plaats omdat het recente beleid had geleid tot sterke vermindering van de overlast doordat de burens nog slechts geringe en incidentele overlast ondervonden. In dit geval diende het belang van de gedaagden om op feestdagen iets te organiseren, te prevaleren boven dat van eisers.
(President Rechtbank Arnhem, 24 mei 1996, KG 1996, nr. 264, KG 1996, nr. 195)

6.3 Implementatie van EG-regelgeving en controle door het Europese Hof

Ook uit het EG-recht vloeien voor de lidstaten handhavingstaken voort. Deze kunnen zowel betrekking hebben op de handhaving van EG-verordeningen (deze werken immers rechtstreeks) als de handhaving van nationale wetten die ter omzetting van EG-richtlijnen in nationaal recht zijn opgesteld.

Van groot belang is de algemene verplichting die in art. 5 EG-verdrag is neergelegd. Dit artikel bevat het beginsel van gemeenschapstrouw; het is

¹ Soms blijkt een gedoogbeslissing van het bestuur, ook als het OM daarmee niet heeft ingestemd, toch invloed te hebben op het oordeel van de strafrechter over de strafbaarheid: Hof Den Bosch, 25 juni 1992 (nr. 92), M en R 1992, nr. 116. Zie over de mogelijke gevolgen van de «administratieve afhankelijkheid» van het milieustrafrecht dr. M. G. Faure in *Zorgen van heden: opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, pag. 91–150 en mr. C. Waling, *Bestuurlijk gedogen en de strafrechter, Gedoogrecht(spraak) preadviezen*, Zwolle 1993, pag. 51–66.

² Pres. Rb Arnhem, 11 jan. 1989, AB 1990, 321.

gericht tot *alle* met openbaar gezag beklede nationale instanties (ook bestuursorganen en rechters). Het artikel luidt:

«De lidstaten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak. Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit Verdrag in gevaar kunnen brengen.»

Als een lidstaat tekort schiet bij het handhaven van naar oorsprong EG-recht, kan door de Europese Commissie een verdragsinbreukprocedure worden gestart op grond van art. 169 EG. Het Europese Hof toetst aan het zojuist vermelde beginsel van gemeenschapstrouw.

Wat dit concreet voor de lidstaten betekent is af te leiden uit de jurisprudentie van het Hof. Om te beginnen moet de lidstaat uitvoeringsmaatregelen treffen. Aanwijzing van de bevoegde instanties en realisering van een adequate handhavingsstructuur zijn in dit verband noodzakelijk. Hierbij zijn het te hanteren handhavingsinstrumentarium (privaatrechtelijk, strafrechtelijk en/of bestuursrechtelijk), toezicht, controle en sanctiëring zaken waarin de lidstaat weliswaar in beginsel vrij is. Er is hier echter sprake van doelgebonden vrijheid. De lidstaten moeten namelijk de volledige toepassing van hetgeen de richtlijn of verordening voorschrijft verzekeren. Het rechtens of formeel, d.w.z. «op papier», nakomen volstaat hiertoe niet; het betreffende EG-recht dient óók feitelijk (materieel) te worden nagekomen.

Steeds vaker vormt deze materiële nakoming door een lidstaat voorwerp van een verdragsinbreukprocedure. Het Hof neemt hierbij onveranderd een strikt standpunt in; telkens wordt benadrukt dat de taak van de lidstaten, om de effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht te bewerkstelligen, niet alleen een formele, maar ook een materiële component omvat. Dit vereist dat de lidstaat effectieve handhaving moet waarborgen. Dat brengt blijkens de rechtspraak van het Hof tevens met zich mee, dat de sancties voldoende afschrikwekkend zijn, zij het dat bij de handhaving ook het evenredigheidsbeginsel in acht genomen moet worden. Essentieel is dat de lidstaten geen volledig vrije keuze hebben ten aanzien van de vraag *of* er gehandhaafd zal worden en *hoe* dat zal gebeuren.

Particulieren die willen ageren tegen een concrete, met het EG-recht strijdige gedoogsituatie kunnen niet zelf naar het Hof stappen. Ze kunnen wel een klacht indienen bij de Commissie, die de klacht onderzoekt en eventueel aan het Hof voorlegt.

Het is voor particulieren ook mogelijk zich voor de nationale rechter tegen een met het EG-recht strijdige gedoogsituatie te verzetten. Dit kan zonder meer als het gaat om de handhaving van een EG-verordening, aangezien deze rechtstreeks werkt, of om de handhaving van een nationale wet die ter uitvoering van een EG-verordening of EG-richtlijn is gemaakt. Indien de lidstaat een EG-richtlijn niet of niet goed heeft omgezet, biedt dit geen soelaas omdat particulieren zich in beginsel niet op richtlijnen kunnen beroepen. Ze kunnen dat weer wel indien de richtlijn de lidstaat maar weinig ruimte bij het omzetten in nationaal recht laat.¹

De conclusie die uit het bovenstaande getrokken moet worden, is dat bij de handhaving van EG-regelingen of van nationale regelingen die ter uitvoering van EG-recht gemaakt zijn, de ruimte voor gedogen belangrijk ingeperkt is. Gerechtaardigde verwachtingen zijn naar de rechtspraak van het Hof niet zonder meer voldoende om gedogen te rechtvaardigen; maar mogelijk noopt het evenredigheidsbeginsel onder omstandigheden wel om van al te strikte handhaving af te zien.

¹ Immers een richtlijnnorm heeft slechts zg. rechtstreekse werking wanneer a) sprake is van een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling en b) bij de uitvoering ervan aan de lidstaten geen of slechts beperkte beleidsvrijheid is gelaten.

6.4 Controle door vertegenwoordigende lichamen

De besturende overheid is in de uitoefening van haar bevoegdheden gebonden aan de wet. Wetten komen niet tot stand dan met instemming van de volksvertegenwoordiging. Op de invulling van de beleidsvrijheid binnen de wet, wordt de democratische controle in de praktijk niet op structurele wijze uitgeoefend. Toch kan het bestuur door het bestaan van die beleidsvrijheid de rechtspositie van de burger in belangrijke mate bepalen. Democratische controle kan uiteraard ook ten aanzien van gedoogactiviteiten plaatsvinden doordat de volksvertegenwoordiging het bestuur ter verantwoording roept. Het is echter de vraag of de vertegenwoordigende organen daartoe in de praktijk voldoende in staat zijn als zij niet actief op de hoogte worden gehouden van het te voeren en gevoerde handhavings- en gedoogbeleid. Daarom is in een aantal bestuurlijke wetten de verplichting tot verslaglegging aan vertegenwoordigende lichamen opgenomen.

In art. 21.1 Wet Milieubeheer is een verplichting tot verslaglegging opgenomen. Deze verplichting houdt in dat burgemeester en wethouders, gedeputeerde staten en de betrokken ministers jaarlijks verslag moeten doen aan onderscheidenlijk de gemeenteraad, provinciale staten en de Staten-Generaal over onder meer het gevoerde beleid t.a.v. de handhaving. Burgemeester en wethouders en gedeputeerde staten zijn verplicht afschrift van dit verslag aan de regionale milieu-inspecties te zenden. Dat biedt de Minister van VROM inzicht in de gemeentelijke en provinciale handhavingsactiviteiten en ook de mogelijkheid daarover de Staten-Generaal te informeren. Een overeenkomstige verplichting zal in art. 7, vierde lid, Wet verontreiniging oppervlaktewater worden opgenomen voor de waterschappen.

In deze verslagen zal ook moeten worden ingegaan op de uitvoering van het gedoogbeleid, aangezien dit onlosmakelijk verbonden is met het handhavingsbeleid. Het verslag is openbaar, zodat ook voor derden de uitvoering van het gedoogbeleid controleerbaar is.

De ministeriële verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie voor het OM biedt het parlement de mogelijkheid controle uit op de wijze waarop het OM zijn rechtshandhavende taak uitoefent. Deze controle kan aan de hand van de beleidsplannen, jaarverslagen en de vervolgingsrichtlijnen van het OM worden uitgeoefend.

6.5 Aanvullende vormen van controle

Aanvullende vormen van controle worden verricht door de Nationale ombudsman en de Algemene Rekenkamer.

De Nationale ombudsman beoordeelt op verzoek of op eigen initiatief of de overheid zich behoorlijk heeft gedragen. Dat kan ook op het handavingsgedrag van de overheid betrekking hebben. Hij kan daarbij ook knelpunten van meer structurele aard onderzoeken. Een geanonimiseerde versie van zijn rapport van bevindingen is openbaar en wordt onder meer aan de Tweede Kamer toegezonden. De No is voorts verplicht jaarlijks aan de Tweede Kamer verslag uit te brengen.

In zijn rapport 98/989 heeft de No uitgebreid aandacht aan de aanvaardbaarheid van gedogen besteed. De (procedurele) criteria voor gedogen die de No in dat rapport heeft ontwikkeld zijn grotendeels in het gemeenschappelijk beleidskader van VROM en V&W overgenomen.

De Algemene Rekenkamer is in de eerste plaats belast met het onderzoek van de ontvangsten en uitgaven van het Rijk. Dat onderzoek kan ook op de handhavingsinspanningen van de overheid betrekking hebben. Immers in het kader van de zg. doelmatigheidscontrole gaat de Rekenkamer na of:

- a. de doelstelling van de wetgever is verwezenlijkt en in hoeverre dat is toe te schrijven aan de ingezette middelen zoals geld, materieel en middelen (effectiviteit)
- b. de middelen om het doel te bereiken economisch zijn gebruikt (efficiency).

Daarbij besteedt de Rekenkamer in toenemende mate aandacht aan onderwerpen die samenhangen met integriteitsrisico's, zoals vergunningverlening, rechtshandhaving, informatiebeheer en certificering. Zij is voornemens voorafgaand aan elk van haar onderzoeken te toetsen of er reden is het aspect integriteit in het onderzoek mee te nemen.¹

7. Historische achtergrond en gedogen in het buitenland²

Gedogen is, anders dan wel wordt verondersteld, zeker geen recent verschijnsel en ook niet typisch Nederlands. Om dit te belichten, zal in dit hoofdstuk eerst worden ingegaan op enkele historische achtergronden van gedogen en vervolgens op het voorkomen van gedogen in een aantal van de ons omringende landen. Bij de schets van de historische achtergronden ligt, anders dan in de rest van deze nota, meer accent op strafrechtelijk gedogen; dit is evenwel onvermijdelijk omdat de bestuursrechtelijke regelgeving pas in de laatste decennia tot stand is gekomen.

7.1 Historische achtergronden van gedogen

Volgens het Woordenboek der Nederlandse Taal van 1889 betekent het werkwoord «gedoogen» onder andere het vergunnen, veroorloven, dulden, verdragen, toelaten of door de vingers zien van handelingen of gedragingen. Het woordenboek geeft een aantal voorbeelden van het gebruik van het woord «gedoogen» uit de Nederlandse literatuur waaruit blijkt dat dit woord zeker al in de 17e eeuw werd gebruikt.³

Uit de tijd van de Republiek worden in de literatuur voorbeelden aangehaald van concrete gedoogpraktijken. Bijvoorbeeld het gedogen van prostitutie. Dit was in de Nederlandse samenleving wijdverspreid maar, in tegenstelling tot andere Europese landen, niet zichtbaar op straat of in duidelijk herkenbare bordelen. Zo was er in Amsterdam geen sprake van een «rosse buurt», maar waren de bordelen verspreid over de stad en gecamoufleerd als plaatsen waar muziek ten gehore werd gebracht. Zolang ze onopvallend bleven en geen overlast veroorzaakten werden ze meestal stilzwijgend gedoogd.⁴ Hoewel prostitutie een strafbaar feit was, kende Amsterdam diverse bordelen en speelhuizen of musiko's.⁵ Slechts incidenteel werd hiertegen opgetreden, om nog enigszins tegemoet te komen aan de bezwaren die in sommige kringen tegen de prostitutie bestonden. Totale uitbanning van de prostitutie wilde het Amsterdamse bestuur echter niet, omdat dit een veel groter kwaad met zich mee zou brengen. De vele zeelieden in de stad zouden zich dan wel eens aan de Amsterdamse eerbare vrouwen en dochters kunnen gaan vergripen. De prostitutie werd daarom maar stilzwijgend gedoogd.⁶

Een ander voorbeeld van gedogen om erger kwaad te voorkomen was eveneens te vinden in Amsterdam. Er werden in Amsterdam regelmatig kinderen te vondeling gelegd. Hoewel dit strafbaar was, leidde dit voor 1770 nauwelijks tot een strafzaak. Terwijl na 1770 het aantal te vondeling gelegde kinderen per jaar toenam, is er vanaf dat jaar zelfs geen enkele strafzaak meer geweest. Volgens Faber bevestigt dit «dat de Amsterdamse overheid zich op dit terrein van ingrijpen onthield in de – ijdel gebleken – hoop aldus het doden van pasgeboren ongewenste kinderen te voorkomen, althans te doen verminderen».⁷

Er waren ook andere argumenten om te gedogen, bijvoorbeeld ten aanzien van bedelaars. Bedelaars waren in de zeventiende, achttiende en

¹ Jaarverslag Algemene Rekenkamer 1995, TK 1995–1996, 24 658, nrs. 1–2, pag. 5.

² Dit hoofdstuk is gebaseerd op het onderzoeksrapport «*Gedogen: een verschijnsel van alle tijden en alle plaatsen?*» van mr. W. Huisman, Vrije Universiteit Amsterdam, november 1996.

³ *Woordenboek der Nederlandse Taal*, vierde deel, De Vries e.a., pag. 612–616, M. Nijhoff en A. W. Sijthoff, 's-Gravenhage, 1889.

⁴ *The Dutch Republic*, Israel, Clarendon Press, Oxford 1995, p. 683.

⁵ *De bemoeienissen van stad en kerk met overspel in het achttiende eeuwse-Amsterdam*, Verhaar en Van den Brink, p. 69, Coutinho, Muiderberg, 1989.

⁶ *Strafrechtspleging en criminaliteit te Amsterdam, 1680–1811; De nieuwe menslievendheid*, Faber, p. 78, Gouda Quint, Arnhem, 1983; zie ook *Gedogen als zelfkant van de rechtshandhaving?*, Justitiële Verkenningen, jrg. 21, nr. 8, Van de Bunt en Leuw, p. 65, Gouda Quint, Arnhem, 1995.

⁷ *Strafrechtspleging en criminaliteit te Amsterdam, 1680–1811; De nieuwe menslievendheid*, Faber, p. 72, Gouda Quint, Arnhem, 1983.

negentiende eeuw een bekend verschijnsel in Amsterdam. Bedelaars konden worden opgepakt en tot geseling, verbanning of het werkhuis veroordeeld worden. Veelal liet men bedelaars ongemoeid. Voor dit gedogen konden verschillende redenen zijn. Zo werd het vragen van aalmoezen door invaliden uitdrukkelijk toegestaan. Daarnaast trad men in tijden van oorlog, koude winters of economische crisis uit humanitaire redenen niet op tegen bedelaars. Tenslotte speelde waarschijnlijk een belangrijke rol dat het werkhuis vaak vol zat en men dan uit capaciteits-overwegingen bedelarij wel moest gedogen.¹ Alleen bedelaars die zich misdroegen door potentiële gevers lastig te vallen of door lichamelijke gebreken voor te wenden, kwamen voor de Schepenen te staan.

Sinds de Franse bezetting van Nederland was er één orgaan belast met de vervolging van strafbare feiten: het openbaar ministerie. De Franse strafwetgeving werd gekenmerkt door centralisme en legalisme. Het legaliteitsbeginsel werd echter niet als zodanig in de wetgeving vastgelegd.

Het karakter van het Franse Wetboek van Strafrecht, de Code Penal, bleek na 1813 niet goed te passen in de strafrechtspleging in Nederland. Er zijn dan ook verschillende wegen bewandeld om de strengheid van dit wetboek in de toepassing te omzeilen. Zo werd er, om onder de verplichte doodstraf bij geringe feiten uit te komen, vaak gratie verleend en werd de interpretatie van «favorabele omstandigheden» sterk opgerekt om tot lagere straffen uit te komen.²

In 1838 werd een nieuw Nederlands Wetboek van Strafvordering ingevoerd, dat grote gelijkenissen vertoonde met de oude Code d'Instruction Criminelle. Ook al betekende dit nieuwe wetboek een zekere liberalisering ten opzichte van het absolute en legalistische karakter van de Franse wetgeving, in de praktijk bleek het door de vele dwingende regels slecht werkbaar.³ Het opportunititeitsbeginsel werd tot 1870 evenwel nog niet algemeen aanvaard. Na 1870 werd echter nauwelijks meer betwist dat in Nederland het opportunititeitsbeginsel gelding had.⁴

Kenmerkend voor de invulling van het opportunititeitsbeginsel is dat al sedert de jaren tien van de negentiende eeuw richtlijnen gehanteerd werden die voorzagen in het vieren van de teugels in het geval van overtredingen van nieuwe ordeningswetgeving, bijvoorbeeld inzake uniformisme en centralisatie van maten en gewichten. «De soep van de nieuwe eenheidsstaat kon nu eenmaal niet zonder meer zo heet worden gegeten als zij in de wet werd opgediend, maar het uiteindelijke doel was toch steeds dat de betreffende wetsovertredingen zonder enige verdere oogluiking zouden worden vervolgd.» In 1893 stelde de minister van Justitie in een circulaire de leden van het Openbaar Ministerie in kennis van zijn «verwachting, dat zij, meer dan door sommigen in den laatste tijd pleegt te geschieden, zullen te rade gaan met de wenschelijkheid om in sommige gevallen, vooral waar het nietigheden, meer eene persoonlijke gevoeligheid dan een algemeen belang, veeleer eene verschoonbare daad dan een strafwaardig feit betreft, niet strafrechtelijk te vervolgen».⁵ In 1926 werd het opportunititeitsbeginsel uiteindelijk in het Wetboek van Strafvordering opgenomen in de artikelen 167 en 242 lid 2 Sv.

Uit het voorgaande blijkt dat gedogen – van commune strafbare feiten en in mindere mate ook van ordeningswetgeving – in ons land geen recent verschijnsel is. De grotere omvang van het gedogen in het bestuursrecht is wel van recenter datum doordat de omvangrijke bestuursrechtelijke regelgeving pas in de laatste decennia tot stand is gekomen.

¹ *Strafrechtspleging en criminaliteit te Amsterdam, 1680–1811; De nieuwe menslievendheid*, Faber, p. 74, Gouda Quint, Arnhem, 1983.

² *Afdoening van strafzaken in Nederland sinds 1813, Ontwikkelingen in wetgeving, beleid en praktijk*, Van Ruller en Faber, p. 44, VU Uitgeverij, Amsterdam, 1995.

³ *Afdoening van strafzaken in Nederland sinds 1813, Ontwikkelingen in wetgeving, beleid en praktijk*, Van Ruller en Faber, p. 40, VU Uitgeverij, Amsterdam, 1995.

⁴ *Afdoening van strafzaken in Nederland sinds 1813, Ontwikkelingen in wetgeving, beleid en praktijk*, Van Ruller en Faber, pag. 52 en 61, VU Uitgeverij, Amsterdam, 1995; *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, Corstens, pag. 15, IJmuiden, 1974.

⁵ *Afdoening van strafzaken in Nederland sinds 1813, Ontwikkelingen in wetgeving, beleid en praktijk*, Van Ruller en Faber, pag. 78–80, VU Uitgeverij, Amsterdam, 1995.

7.2 Gedogen in het buitenland

In zowel binnen- als buitenland heerst veelal de opvatting dat de Nederlandse overheden meer dan de overheden in andere landen bereid zijn normovertredingen te gedogen. Deze veronderstelling wordt echter niet door feiten ondersteund.

Duitsland

In het Duitse bestuursrecht is gedogen bijvoorbeeld een veel voorkomend verschijnsel, dat bekend staat als «Behördliche Duldung». Het komt op vrijwel alle beleidsterreinen voor, waarvan het bouwrecht en het milieurecht de belangrijkste zijn. In de Duitse bestuursrechtelijke vakliteratuur wordt over het verschijnsel gedogen, «Duldung», al langer en meer geschreven dan in Nederland. De aard en omvang van gedogen en het beleid daaromtrent verschilt per deelstaat. Regelgeving op bondsniveau is veelal raamwetgeving die nader door de deelstaten moet worden ingevuld, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van volksgezondheid en milieu. Voor zover de wetgeving wel centraal is vastgesteld, ligt de verantwoordelijkheid voor de uitvoering en handhaving bij de deelstaten.

Anders dan in het strafrecht, wordt in het Duitse bestuursrecht het opportuniteitsbeginsel gehanteerd. Dit opportuniteitsbeginsel geldt zowel in de fase van de regulering en vergunningverlening, als in de fase van uitvoering en handhaving. De bestuurlijke overheid is dus niet verplicht tegen een onrechtmatige handeling op te treden. Bestuurlijk gedogen wordt gezien als een instrument van «informales Verwaltungshandeln» en heeft een soort semi-juridische status. Gedogen in de vorm van het willens en wetens afzien van handhaving door het bestuur wordt zowel in de literatuur als in de Duitse jurisprudentie onder een aantal voorwaarden toelaatbaar geacht. Zo moet de overheid kennis hebben van een onrechtmatige situatie en bewust besluiten hier niet tegen op te treden, moet de beslissing om te gedogen vallen binnen de discretionaire beslissingsruimte die de betreffende wet geeft om al of niet op te treden en mag het gedogen niet ingaan tegen andere wettelijke bepalingen. Gedogen wordt met name toelaatbaar geacht, als de onrechtmatige toestand een overgangperiode betreft en gedoogd wordt totdat de rechtmatige toestand weer is hersteld. In enkele gevallen kan de beslissingsruimte van het bestuur zich zo zeer hebben vernauwd, dat het afgeven van een gedoogverklaring vanuit het proportionaliteitsbeginsel het enige rechtmatige bestuursoptreden is.¹

In het Duitse strafrecht geldt formeel het legaliteitsbeginsel. De Duitse officier van justitie (Staatsanwalt) is in beginsel verplicht alle hem ter kennis gekomen strafbare feiten te vervolgen. Het legaliteitsbeginsel is al sinds 1877 vastgelegd in het wetboek van Strafprozeßordnung (StPO). In de loop der jaren zijn er echter diverse wettelijke uitzonderingen op gemaakt. Eén van de belangrijkste daarvan is art. 153 StPO, inhoudende dat de officier van justitie zonder voorafgaande toestemming van de rechter kan afzien van vervolging van een strafbaar feit wanneer hij van oordeel is dat het om een zeer gering feit gaat. De uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel hebben in de rechtspraak zo'n ruime toepassing gekregen, dat men kan stellen dat in de praktijk eigenlijk een gemengd systeem is ontstaan, waarbij het legaliteitsbeginsel alleen geldt voor zware delicten en het opportuniteitsbeginsel geldt voor lichtere delicten.² Doordat het openbaar ministerie (Staatsanwaltschaft) van een deelstaat eigen vervolgingsrichtlijnen kan opstellen en de rechtscultuur van de deelstaten verschilt, vertoont het handavingsbeleid nogal wat verschillen per deelstaat. Zeer algemeen kan worden gesteld dat de noordelijke deelstaten een ruimere toepassing van de uitzonderingen van het

¹ *Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens*, zie o.a. Hermes en Wieland, p. 41, Heidelberg, 1988 en *Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, Eine verwaltungs- und strafrechts-dogmatische untersuchung am Beispiel der behördlichen Duldung im Wasserrecht*, Gentzke, p. 115, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 1990; Malitz bestrijdt daarentegen dat het vertrouwensbeginsel als grondslag voor gedogen kan gelden; *Zur behördlichen Duldung im Strafrecht; Grenzen informellen Verwaltungshandelns*, Kölner Kriminalwissenschaftlicher Schriften, nr. 18, Malitz, p. 51, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.

² *Public prosecutors and discretion. A comparative study*, Fionda, p. 167, Clarendon Press, Oxford, 1995; *The legal scope on non-prosecution in Europe*, Tak, p. 27, Helsinki, 1986.

legaliteitsbeginsel kennen en de zuidelijke deelstaten een legalistischer inslag hebben en daardoor een strakker vervolgingsbeleid.

Verenigd Koninkrijk

In het Verenigd Koninkrijk hebben Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland elk hun eigen rechtssysteem. Gedogen heeft in het Verenigd Koninkrijk minder dan in Nederland en Duitsland een plaats gekregen in de beleidsvorming en de rechtspraktijk, maar speelt wel een belangrijke rol in de dagelijkse handhavingspraktijk.

Ten aanzien van de vervolging van strafbare feiten geldt in het gehele Verenigd Koninkrijk, hoewel dit niet in de wet is vastgelegd, het opportuniteitsbeginsel. Vooral de laatste jaren is de aandacht voor alternatieven voor strafrechtelijke vervolging toegenomen en heeft het geven van waarschuwingen een grote vlucht genomen. In Engeland en Wales kan de politie een formele waarschuwing (*caution*) geven, waarna niet tot vervolging wordt overgegaan. In Schotland heeft de *procurator fiscal* een zelfde mogelijkheid. Bij minder ernstige delicten als openbare dronkenschap, prostitutie, verkeersovertredingen en bezit van drugs voor eigen gebruik wordt van deze mogelijkheid veelvuldig gebruik gemaakt.

Gedogen komt in het Verenigd Koninkrijk ook voor bij de handhaving van bestuursrechtelijke regelgeving, zoals op het terrein van het milieurecht, de arbeidsveiligheid en het consumentenrecht. De Britse handhavende ambtenaar heeft een grote discretionaire bevoegdheid om zelf te beslissen om al of niet tot handhaving over te gaan (*discretion*). Het bij de invulling van deze discretion afzien van handhaving staat bekend als *forbearance*. Forbearance wordt niet gezien als iets verwerpelijks maar als een belangrijk deel van het handhavingsproces. Het wordt bijvoorbeeld gebruikt in het onderhandelingsproces om bedrijven tot naleving te brengen: op korte termijn wordt een overtreding gedoogd als men belooft voor de lange termijn structurele maatregelen te nemen. Ook wordt het (tijdelijk) gedogen van overtredingen gebruikt om een goede relatie met een bedrijf te scheppen als basis voor toekomstige handhavingsspanningen.

Verenigde Staten van Amerika

Overigens wordt op vergelijkbare wijze als in het Verenigd Koninkrijk, «forbearance» ook toegepast in het handhavingsbeleid van de Verenigde Staten. Sommige Amerikaanse handhavingsinstanties hebben deze vormen van gedogen zelfs vastgelegd in hun beleid. Voor de beslissing om milieurechtelijke overtredingen te vervolgen, heeft het ministerie van justitie van de Verenigde Staten in 1991 bijvoorbeeld een richtlijn vastgesteld die beoogt averechtse effecten van strikte handhaving te voorkomen. De factoren die op grond van de richtlijn moeten worden meegewogen bij de beslissing tot al dan niet handhavend optreden zijn: de vrijwillige verstrekking van informatie, de medewerking bij controles, het treffen van preventieve maatregelen en «compliance programs» door de overtreder.¹

Frankrijk

Ook in Frankrijk geldt ten aanzien van de vervolging van strafbare feiten het opportuniteitsbeginsel. Hoewel de Franse jurisprudentie dit principe erkent sinds 8 december 1826, is het pas in 1958 opgenomen in het wetboek van strafvordering (*Code de procédure pénale; CPP*) in de vorm van art. 40 par. 1 CPP: «De officier van justitie ontvangt alle klachten en aangiften en beslist over hun gevolgen». Bij de beslissing over al dan niet vervolgen betreft de officier van justitie zowel technisch-juridische aspecten (de vraag naar de legaliteit) als de vraag naar de opportuniteit. Wanneer tot niet-vervolgen wordt besloten spreekt men van «*classement*

¹ *Factors in Decisions on Criminal Prosecutions for Environmental Violations in the Context of Significant Voluntary Compliance or Disclosure Efforts by the Violator*, U.S. Department of Justice, p. 1, Washington D.C., 1991.

sans suite», wat letterlijk «zonder gevolgen archiveren» betekent. Het Franse strafrecht kent van oudsher een driedeling in strafbare feiten: *crimes* (ernstige misdrijven), *délits* (misdrijven) en *contraventions* (overtredingen). De formele wet bepaalt welke strafbare feiten als crimes en délits worden gezien en stelt daarop een straf voor; contraventions worden door lagere wetgeving (*reglement*) bepaald. Statistische wordt grofweg de helft van de ter kennis van de officier van justitie gebrachte délits uiteindelijk geseponneerd. Het percentage geseponneerde contraventions is groter.¹ De literatuur biedt geen duidelijkheid over de vraag welk percentage van de septs is ingegeven door aspecten van legaliteit en welke door aspecten van opportuniteit.

De uitdrukking «administratief strafrecht» wordt in de Franse doctrine gebruikt voor het rechtsgebied dat betrekking heeft op de normering, uitvoering en controle die gedelegeerd is aan publieke en semi-publieke instanties. De handhaving van de administratieve regelgeving is opgedragen aan bijzondere ambtenaren die slechts opsporingsbevoegdheid hebben voor de in de bijzondere wet genoemde feiten. Het administratief strafrecht kent niet het fenomeen van de «classement sans suite». Over de vraag of gedogen ten aanzien van overtredingen van bestuursrechtelijke regelgeving voorkomt is in Frankrijk nauwelijks geschreven.

Het verschijnsel gedogen is in Frankrijk duidelijk minder geëxpliciteerd in literatuur en rechtspraak dan in Nederland en Duitsland. Over de mate waarin het wordt toegepast is daardoor weinig bekend. Dit verschil tussen Duitsland en Nederland enerzijds en Frankrijk anderzijds zou te verklaren kunnen zijn vanuit het door sommigen aangenomen verschil in bestuurscultuur tussen Germaanse en Romaanse landen. In Romaanse landen zou van oudsher een sterkere behoefte bestaan aan wetten en regels waardoor afwijkingen van de letter van de wet minder snel zouden worden erkend.²

Conclusie

Hoewel in het kader van deze nota geen uitputtend onderzoek naar het gedogen in alle Europes en niet-Europese landen is verricht, wordt uit het voorgaande wel duidelijk dat gedogen geen typisch Nederlands verschijnsel is. Natuurlijk zijn er wel verschillen per land, maar ook in andere landen maximale wetshandhaving veelal niet nagestreefd omdat dit andere belangen te zeer kan schaden of in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.

¹ Stefani, G., G. Levasseur & B. Bouloc, Précis Dalloz, Paris, 1993, p. 151; Pradel, J., *Le rôle du poursuivant en droit français*, vol. 63, 1992, p. 1217-1230; Aubusson de Cavalry, B. en R. Lévy, *L'abandon des poursuites par le parquet*, Bulletin d'information du C.E.S.D.I.P., Ministère de la justice, mei 1990 III.2; Ruller, S. van en S. Faber, *Afdoening van strafzaken in Nederland sinds 1813, Ontwikkelingen in wetgeving, beleid en praktijk*, VU Uitgeverij, Amsterdam, 1995.

² *Allemaal andersdenkenden; Omgaan met cultuurverschillen*, Hofstede, Contact Amsterdam, 1991, *Zuiver handelen in een vuile context*, Van Vugt en Boet, Gouda Quint, Arnhem, 1994.

DEEL II

GRENZEN AAN GEDOGEN

8. Gedogen als rechtsstatelijk dilemma

8.1 Handhaven en gedogen in rechtsstatelijk perspectief

In de voorafgaande hoofdstukken is allereerst ingegaan op de handhavingstaak van de overheid en vervolgens op de redenen waarom en de gevallen waarin bestuursorganen in de praktijk gedogen, alsmede op de vraag aan welke controles het gedogen in onze rechtsstaat is onderworpen.

In het volgende hoofdstuk worden de grenzen aangegeven die naar het oordeel van het kabinet aan het gedogen moeten worden gesteld. Daaraan voorafgaand wordt eerst in dit hoofdstuk het rechtsstatelijk dilemma met betrekking tot het gedogen geschetst.

Wettelijke voorschriften worden uitgevaardigd om belangen te beschermen, om de samenleving te ordenen, gedragsveranderingen te weeg te brengen of anderszins beleidsdoelstellingen te bereiken. Ze worden ook tot stand gebracht om rechtszekerheid te verschaffen of en rechtsgelijkheid te verzekeren. Voor het bereiken van beide doeleinden is het noodzakelijk en ook het uitgangspunt van de wetgever, dat de uitgevaardigde wet wordt nageleefd; alsmede dat die naleving zonodig door het daartoe bevoegde bestuursorgaan wordt afgedwongen.

Tallose wetten belasten daartoe bestuursorganen, die in die wetten of in algemene wetten zoals de Gemeentewet zijn aangewezen, met een handhavingstaak.

Uiteraard moet die handhavingstaak zorgvuldig en in overeenstemming met de beginselen van onze rechtsstaat worden uitgeoefend. Maar daarbij doet zich een rechtsstatelijk dilemma voor.

Aan de ene kant brengen de beginselen van onze rechtsstaat met zich mee, dat het aangewezen bestuursorgaan toeziet op naleving van de wet en bij overtreding passende en effectieve handhavingsmaatregelen treft. Het bestuursorgaan moet die taak serieus uitoefenen. Dat vloeit niet alleen uit die rechtsbeginselen voort, maar is ook noodzakelijk voor de doelbereiking van onze wetten en voor de geloofwaardigheid van wet en overheid en daarmee ook essentieel voor onze rechtsstaat.

Aan de andere kant moeten ook bij de uitoefening van die handhavingsstaak de algemene rechtsbeginselen in acht genomen worden, zoals deze in rechtspraak worden ontwikkeld en in de Algemene wet bestuursrecht zijn vastgelegd. Dit vloeit niet alleen uit die rechtsbeginselen zelf voort, maar ook uit de wettelijke opzet van de handhavingstaak. Deze taak is in de wetgeving zo geformuleerd, dat de overheid niet verplicht maar bevoegd is tot handhaven. Deze bevoegdheid moet uiteraard in overeenstemming met de beginselen van behoorlijk bestuur worden uitgeoefend, zoals ook uit vaste rechtspraak inzake bijvoorbeeld bestuursdwang blijkt.

Deze beginselen kunnen in bijzondere gevallen zelfs met zich meebrengen, dat de wetsovertreding mag of zelfs moet worden gedoogd: dat tijdelijk of onder voorwaarden bijvoorbeeld nog geen bestuursdwang mag worden uitgeoefend omdat dat voor de overtreder onnodig schadelijk zou zijn. Soms kan in het concrete geval met gedogen evident beter aan doel en strekking van wet of de rechtsbeginselen tegemoet worden gekomen dan met handhaven. Met andere woorden: in zo'n bijzonder geval is gedogen rechtens aanvaardbaar, kan gedogen zelfs rechtsplicht zijn.

Het voorgaande rechtsstatelijk dilemma houdt in, dat de beginselen van onze rechtsstaat enerzijds vereisen, dat het bestuur toeziet op de naleving van wetten en bij gebreke daarvan passende en effectieve handhavingsmaatregelen treft. Anderzijds kunnen diezelfde rechtsstaatsbeginselen met zich meebrengen dat in bepaalde gevallen juist geen handhavingsmaatregelen worden getroffen.

8.2 Omgaan met het rechtsstatelijk dilemma

Om te zorgen dat met dit rechtsstatelijk dilemma, dat bekend is uit de praktijk van bestuur en rechtspraak, op verantwoorde wijze wordt omgegaan, is het noodzakelijk grenzen aan het gedogen te stellen en te waarborgen dat niet lichtvaardig of willekeurig wordt gedoogd.

Grenzen aan het gedogen stellen is noodzakelijk. Gedogen dient alleen in uitzonderingsgevallen plaats te vinden.

Als overtreding van een bepaalde norm in tal van incidentele gevallen wordt gedoogd, bestaat het gevaar dat de betreffende wettelijke normen hun normerende werking verliezen: het gezag van de wet én haar effectiviteit zullen dan, al dan niet geleidelijk, verdwijnen.

Ook indien ingevolge vast beleid categorisch wordt gedoogd, bestaat hetzelfde gevaar dat schaduwnormen in de plaats worden gesteld van de wettelijke norm waarbij de democratische legitimatie van die nieuwe (schaduw) normen ontbreekt en de wettelijke norm feitelijk buiten werking wordt gesteld.

Met gedogen kan schade worden toegebracht zowel aan de waarden die de wetgever met de norm beoogde te beschermen als aan de belangen van derden-belanghebbenden, die met de normovertreding geen rekening behoeven te houden. Daarbij moet ook worden gedacht aan het concurrentievervalsend effect wanneer bepaalde bedrijven, instellingen of particulieren zich wel en andere zich niet aan de regels houden en deze laatsten door de overheid bewust ongemoeid worden gelaten.

Het is noodzakelijk, dat ook bij het gedogen de algemene rechtsbeginselen in acht worden genomen.

Deze vereisen onder meer, dat aan de beslissing om te handhaven een zorgvuldige belangenafweging vooraf gaat. Daarbij dienen doel en strekking van de overtreden norm het uitgangspunt te vormen.

Voorts moet de overheid ook bij gedogen consequent handelen. Het rechtszekerheidsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel vereisen dat. Vooral bij incidenteel gedogen bestaat het gevaar dat inconsequent wordt gedoogd: als ten aanzien van de ene overtreder wel wordt gedoogd en ten aanzien van een andere overtreder in een zelfde geval niet. Er kan dan sprake zijn van willekeur.

Willekeur kan worden voorkomen door een vast gedoogbeleid te voeren; maar naarmate dat meer gevallen omvat en verder van de wettelijke norm afwijkt, zullen de grenzen van het aanvaardbaar gedogen, zoals die in hoofdstuk worden uitgewerkt, eerder worden overschreden.

Conclusies

Het bovenstaande leidt tot drie conclusies.

1. Allereerst dient de overheid vanuit haar handhavingstaak zorg te dragen voor passende en effectieve handhavingsmaatregelen.
2. In bijzondere gevallen kan gedogen gerechtvaardigd zijn, soms zelfs geboden, omdat mechanische wetshandhaving kan leiden tot schending van rechtsbeginselen. Maar gedogen moet tot uitzonderingsgevallen beperkt blijven. De democratisch gelegitimeerde wettelijke norm en het toezien op de naleving daarvan dienen het

uitgangspunt te zijn van de handhavingsinspanningen van de overheid.

3. Voor zover gedoogd wordt, dient dit met een aantal waarborgen te zijn omgeven om te voorkomen dat van de bevoegdheid tot gedogen lichtvaardig, onzorgvuldig en onverantwoord wordt gemaakt.

In hoofdstuk 9 worden de grenzen en voorwaarden aan gedogen verder uitgewerkt.

9. Grenzen aan gedogen

9.1 Inleiding

Naast de plicht voor de burger normen na te leven, staat de plicht voor de overheid bij niet-naleving van wettelijke normen handhavingsmiddelen in te zetten. Alleen in uitzonderingsgevallen kan gedogen aanvaardbaar of zelfs geboden zijn. Gewaarborgd dient te zijn, dat van de bevoegdheid tot gedogen een terughoudend, zorgvuldig en verantwoord gebruik wordt gemaakt en daadwerkelijk tot uitzonderingsgevallen beperkt blijft.

Naar het oordeel van het kabinet noopt dit ertoe de volgende grenzen aan en voorwaarden voor gedogen te stellen.

Gedogen is slechts in de volgende mate aanvaardbaar:

- a. slechts in uitzonderingsgevallen (par. 9.2),
- b. mits tevens beperkt in omvang en/of tijd (par. 9.3).

Voorts dient gedogen:

- c. expliciet en na zorgvuldige kenbare belangenafweging plaats te vinden (par. 9.4), alsmede
- d. aan controle te zijn onderworpen (par. 9.5).

Daarnaast is het nodig middelen aan te wenden om de oorzaken van gedoogpraktijken te voorkomen (par. 9.6).

9.2 Gedogen slechts in uitzonderingsgevallen

9.2.1 inleiding

In ons rechtsstelsel is de handhavingstaak als een bevoegdheid vormgegeven. Dat geeft mogelijkheden tot differentiatie, maar betekent niet dat bestuursorganen vrij zijn van handhaving af te zien. Afzien van handhaving, gedogen, is zoals in hoofdstuk 8 is toegelicht, slechts in uitzonderingsgevallen aanvaardbaar. De afweging die de wetgever reeds heeft gemaakt, mag op uitvoerend of handhavend niveau niet worden overgedaan.

Gedogen kan in uitzonderingsgevallen wel in het verlengde liggen van de afweging die door de wetgever is gemaakt en dan door de bij het handhaven in acht te nemen rechtsbeginselen gelegitimeerd of zelfs gevorderd worden. In drie situaties kan zich dat voordoen; zie par. 9.2.2, 9.2.3 en 9.2.4.

9.2.2 handhaving zou leiden tot aperte onbillijkheden

Als handhaving, bijvoorbeeld de uitoefening van bestuursdwang, tot aperte onbillijkheden zou leiden, kan gedogen aanvaardbaar of zelfs geboden zijn, mits de andere betrokken belangen door het gedogen niet onevenredig worden geschaad.

Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn in overmachtssituaties en soms ook in overgangssituaties.

Van overmacht is bijvoorbeeld sprake in geval toeleveranciers van afval, als gevolg van een tijdelijke storing bij een afvalverwerkingsbedrijf, in de onmogelijkheid verkeren zich te

houden aan de maximum omvang en maximum duur van opslag die hun bij wettelijk of vergunningvoorschrift is toegestaan.

Kenmerk van overmachts- en noodsituaties is dat de afweging van belangen weinig ruimte biedt voor verschillende uitkomsten. De situatie dwingt tot het laten prevaleren van een bepaald belang boven de andere betrokken belangen. In de bestuurspraktijk bestaat evenwel soms de neiging, zij het ten onrechte, om het begrip ruimer uit te leggen.

In een overgangssituatie kan gedogen aanvaardbaar zijn, indien de consequenties van handhaving niet in een redelijke verhouding staan tot de belangen die met (onmiddellijke) handhaving zouden zijn gediend.

Dat kan het geval zijn bij nieuwe wetgeving die uiterst ingrijpend is voor bestaande bedrijven. Dan kan tijdelijk en eventueel voorwaardelijk gedogen geboden zijn.

Soms kan het ook aanvaardbaar zijn om vooruitlopend op een wetswijziging waarmee het parlement reeds heeft ingestemd, en waarbij de regelgeving wordt afgeschaft of versoepeld, te gedogen. Maar dat geldt zeker niet in algemene zin.

Dit moge duidelijk maken dat gedogen in overgangssituaties zeker niet zonder meer aanvaardbaar is. De aanleiding om in dergelijke gevallen te gedogen moet zoveel mogelijk worden voorkomen door in de regelgeving te voorzien in goede overgangsregelingen en waar nodig in vrijstellings- en ontheffingsmogelijkheden. Dat dient tijdig tijdens het wetgevingsproces onder ogen te worden gezien. Als dat is nagelaten, zijn het vervolgens de uitvoerende en handhavende instanties die genoodzaakt zijn in concrete situaties uit het in hoofdstuk 8 bedoelde rechtsstatelijke dilemma te komen.

Toch kunnen en moeten ook de uitvoerende en handhavende instanties maatregelen treffen om te voorkomen dat op deze gronden teveel moet worden gedoogd.

Zo kan soms worden voorzien in een bij aanvang meer globale vergunning die na enige tijd met behulp van nadere voorwaarden wordt geconcretiseerd. Door het voeren van een actief handhavingsbeleid waarbij tijdig wordt voorzien in de vereiste vergunning of in wijziging van de vergunningvoorschriften, kan en moet worden voorkomen dat vooruitlopend daarop moet worden gedoogd.

Andere malen is het wel mogelijk een vergunning te verlenen, indien door het bevoegde gezag tevens gebruik wordt gemaakt van beschikbare ontheffings- of vrijstellingsmogelijkheden of van de mogelijkheid door bijvoorbeeld door wijziging van een bestemmingsplan het beletsel voor de verlening van een bouwvergunning weg te nemen.

Telkens moet worden bedacht dat de wetgever voor de betreffende gevallen voor het beoordelen en toelaten van de voorgenomen activiteiten van bijvoorbeeld bedrijven voor het instrument van bijvoorbeeld de vergunning heeft gekozen. Die keuze van de wetgever dient uitgangspunt te vormen voor de handhavingsactiviteiten van de overheid. Met het gedogen van activiteiten zonder vergunning of in afwijking van de vergunningvoorschriften moet derhalve zeer terughoudend worden omgegaan. Voorts moet worden bedacht dat gedogen slechts aanvaardbaar kan zijn zolang en voor zover zich de bedoelde uitzonderingssituatie voordoet. Zodra gedogen niet langer aangewezen is, moet alsnog tot handhaving worden overgegaan.

9.2.3 het achterliggende belang is evident beter gediend met gedogen

Het belang, dat de norm primair beoogt te beschermen, is doorgaans

gediend met een grote mate van naleving en zonodig daartoe strekkende handhaving.

Echter in uitzonderingsgevallen, die de wetgever niet heeft voorzien, kan het voorkomen dat dit achterliggende belang evident beter is gediend met (tijdelijk) en al dan niet onder voorwaarden afzien van handhaven. Gedogen op deze grond kan uiteraard alleen aanvaardbaar zijn zolang en voor zover het achterliggende belang evident beter is gediend met afzien van handhaving.

Met afspraken over de termijn waarbinnen en de wijze waarop naleving zal plaatsvinden kan soms meer worden bereikt ten behoeve van het door de wettelijke norm te beschermen belang dan met strikte handhaving. Dergelijke afspraken kunnen inhouden dat een deel van de normovertredingen (tijdelijk) zal worden gedoogd onder de voorwaarde dat op een bij de gedoogtoestemming bepaalde termijn volledige naleving wordt bereikt. Wel verdient het, wanneer in dit soort gevallen hetzelfde kan worden bereikt door geleidelijke aanscherping van de vergunningvoorwaarden, uiteraard altijd de voorkeur voor die laatste weg te kiezen.

Voorts moet ook bij deze vorm van gedogen uiteraard steeds de mogelijke schade aan de belangen van derden in de afweging worden betrokken.

voorbeeld

Er vond een proefproject voor het breken van puin m.b.v. een selectieve sloopmethode plaats. Dit project was enerzijds in strijd met de inhoud van de toepasselijke wettelijke voorschriften, maar anderzijds juist dienstbaar aan de doelstelling van die voorschriften, te weten het bevorderen van een doelmatige verwerking van afvalstoffen in het belang van bescherming van het milieu. Daarom werd door het bevoegde gezag wel een gedoogtoestemming verleend, maar werd daaraan de voorwaarde verbonden, dat na afloop van een proefperiode een rapportage inzake de resultaten van het experiment aan het bevoegde gezag diende te worden overgelegd. Doordat het een proefproject betrof dat slechts een beperkte periode besloeg, konden de nadelige gevolgen voor derden beperkt worden gehouden (Afd. rechtspraak RvSt, 19 september 1989, AB 1990, 415).

Ook bij normen waarop een strafsancie staat, kan het achterliggende belang van de norm soms beter gediend worden door het achterwege laten van handhaving in bepaalde gevallen.

voorbeeld

Het gedoogbeleid inzake softdrugs. Ingevolge dat beleid wordt, binnen strikte criteria, strafrechtelijk niet tegen kleinschalige verkoop van softdrugs bij bepaalde coffeshops opgetreden. Door deze vorm van gedeeltelijk en voorwaardelijk gedogen wordt de volksgezondheid, het belang waarop de Opiumwet zich richt, beter behartigd dan bij volledige handhaving.

9.2.4 zwaarder wegend belang kan gedogen soms rechtvaardigen

Rechtsbeginselen kunnen er toe leiden dat ook andere belangen dan het door de norm te beschermen belang moeten worden meegenomen in de afweging.

Als bijvoorbeeld van overheidswege inlichtingen of toezeggingen zijn verstrekt, die bij betrokkene de verwachting wekten dat niet zou worden gehandhaafd, kan onder omstandigheden het vertrouwensbeginsel zwaarder wegen dan het belang dat met handhaving is gediend.

Ook in andere gevallen kan bij uitzondering uit onze rechtsbeginselen voortvloeien, dat andere belangen dan de belangen die de overtreden norm beoogt te beschermen moeten worden afgewogen tegen de belangen die met (onmiddellijke) handhaving zijn gediend, kunnen rechtvaardigen dat een wetsovertreding (tijdelijk) gedoogd wordt. Wel kan

de overheid in zo'n geval gehouden zijn op andere wijze aan de belangen van derden tegemoet te komen, bijvoorbeeld in de vorm van nadeelcompensatie.

Door de jurisprudentie wordt bevestigd dat enerzijds telkens moet worden gezien of er andere betrokken belangen zijn die zouden zijn gediend bij afzien van handhaving en of deze belangen zwaarder dienen te wegen dan de belangen die met handhaving zijn gediend. Anderzijds blijkt uit de jurisprudentie tevens, dat de uitkomst van die belangenafweging er slechts in uitzonderlijke gevallen toe noopt om te gedogen. Twee voorbeelden mogen dit verduidelijken: in het eerste geval werd gedogen wel passend geacht, in het tweede geval niet.

eerste voorbeeld:

B&W van Midwolde legden een dwangsom op aan een melkveehouder om af te dwingen dat deze zijn mestbassin zou afdekken overeenkomstig het Besluit mestbassins milieubeheer. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State hadden B&W ten onrechte van hun dwangsombevoegdheid gebruik gemaakt. Uit hun beschikking bleek namelijk niet of voldoende rekening was gehouden met de individuele situatie van het bedrijf. Zo zou het bedrijf binnen afzienbare tijd in overleg met de gemeente worden verplaatst, nadat een gedeelte eerder door brand was verwoest. *Voorts was onduidelijk of een afweging was gemaakt tussen het belang van de bescherming van het milieu en het economisch belang van het bedrijf, dat nog slechts tot de verplaatsing in werking zou zijn* (Afdeling bestuursrechtspraak 27 november 1995, G05.93 1762).

tweede voorbeeld:

Ook B&W van Abcoude legden een dwangsom op om af te dwingen dat een mestbassin zou worden afgedekt overeenkomstig het Besluit mestbassins milieubeheer. Betrokkene verzette zich daartegen: gezien de onzekerheid of hij zijn bedrijf nog zou kunnen voortzetten in verband met de plannen voor verbreding van de Rijksweg A2, kon z.i. van hem niet kon worden gevergd de investeringen te plegen die vereist waren voor het overeenkomstig de regels afdekken van zijn mestbassin.

De Afdeling bestuursrechtspraak verwierp het beroep evenwel, op de volgende gronden: – op het moment van het opleggen van de dwangsom was nog onduidelijk op welke termijn de plannen voor verbreding van de rijksweg zouden worden gerealiseerd; – het was bovendien allerm minst zeker dat door de verbreding van de rijksweg de exploitatie van het bedrijf daadwerkelijk zou moeten worden beëindigd; – als B&W zouden afzien van handhaving zou dat er in dit geval toe leiden dat een uit milieuhygiënisch oogpunt onaanvaardbare situatie gedurende tenminste een relatief lange periode zou blijven voortbestaan.¹

Ook hier zij echter benadrukt dat de afweging die de wetgever heeft gemaakt niet op uitvoerend niveau mag worden overgedaan en dat doel en strekking van de overtreden norm steeds het uitgangspunt dient te vormen van de handhavingsactiviteiten, zodat slechts in uitzonderingsgevallen andere belangen dienen te prevaleren boven de belangen die met handhaving zijn gediend. Daarbij moet in de eerste plaats worden gedacht aan gevallen die de wetgever niet heeft (kunnen) voorzien. Voorts moet worden bedacht dat gedogen ook in de hier bedoelde uitzonderings-situatie slechts gerechtvaardigd kan zijn zolang en voor zover het zwaarderwegend belang zich in de betreffende gevallen tegen handhaving verzet (zie par. 9.3).

Omdat de afweging die de wetgever heeft gemaakt niet op uitvoerend niveau mag worden overgedaan, kunnen ook gewekte verwachtingen niet zonder meer rechtvaardigen dat handelen zonder of in afwijking van de vereiste vergunning wordt gedoogd. Dat geldt des te sterker als door het gedogen precedentwerking zou ontstaan, die tot steeds op ruimer schaal gedogen kan leiden. Dit alles kan vereisen, dat het handhavend orgaan niet gedooft – of althans niet blijvend gedooft –; zij het dat de gewekte

¹ Mr. drs. A. H. M. Smits, *Dwangsom ondanks onzekere toekomstige bedrijfssituatie*, Staatscourant 144, dinsdag 30 juli 1996.

verwachtingen er het handhavend orgaan dan wel toe kunnen verplichten aan de betrokkene (financiële) compensatie aan te bieden voor de schade die deze door het niet gedogen leidt.¹

9.3 Gedogen moet zoveel mogelijk in omvang en/of tijd worden beperkt

Dat gedogen slechts in uitzonderingsgevallen aanvaardbaar kan worden geacht, brengt ook mee dat de mate waarin wordt gedoogd zoveel mogelijk in omvang en/of tijdsduur moet worden beperkt.

Indien zich één van de in de vorige paragraaf omschreven uitzonderingsgevallen voordoet waarbij gedogen aangewezen is, is dit gedogen uiteraard slechts aanvaardbaar zolang en voor zover zich de betreffende uitzonderingssituatie voordoet. Zodra gedogen niet langer aangewezen is, moet alsnog tot handhaving worden overgegaan. Voorts kan de noodzaak om te gedogen in bepaalde gevallen worden weggenomen door de gedoogde overtreding alsnog te legaliseren zoals via vergunningverlening, het verlenen van ontheffing of door aanpassing van de regelgeving indien daar aanleiding toe bestaat. Waar (tijdelijk) legalisering van de overtreding mogelijk is verdient dit altijd de voorkeur boven gedogen.

Beperking van de tijdsduur van gedogen is ook van belang om precedentwerking en daarmee een opwaartse druk tot verder gedogen te voorkomen.

voorbeeld

In Venlo had een caféhouder, vooruitlopend op een door hem aangevraagde terrasvergunning en vertrouwend op een ambtelijke toezegging, terrasschermen geplaatst. B&W weigerden de vergunning echter en bepaalden onder aanzegging van bestuursdwang dat betrokkenen de terrasschermen moest verwijderen. De rechter sprak uit, dat handhaving van de wettelijke voorschriften een aan B&W toevertrouwd belang is, dat zeer zwaar mag wegen, terwijl B&W tevens een aanzienlijk belang hebben bij het voorkomen van precedentwerking. Ondanks het belang van de caféhouder bij het laten staan van de terrasschermen, kon naar het oordeel van de rechter niet in redelijkheid van B&W worden gevegd dat zij een illegale situatie als de onderhavige blijvend zouden gedogen. Wel waren B&W gehouden bij hun aanzegging van bestuursdwang tevens (financiële) compensatie aan de caféhouder aan te bieden.²

Als onder omstandigheden gedogen van een bepaald soort normovertreding langdurig nodig wordt geacht, dan noopt dit de wetgever tot herbezinning op de norm. Immers zodra de handhavingspraktijk teveel van de wet gaat afwijken, moet de wetgever opnieuw afwegen of het volledig in stand laten van de norm aangewezen is en zo ja of op andere wijze een betere naleving en/of handhaving kan worden bereikt.

Toch kan onder omstandigheden gedogen wel voor langere tijd aanvaardbaar zijn, indien en zolang geen structurele verbetering van de wettelijk norm mogelijk is; uiteraard slechts voorzover ook de overige grenzen aan het gedogen in acht worden genomen.

voorbeeld

Het exploiteren van een bordeel is strafbaar gesteld. Tegen houders van bordelen wordt ingevolge vast beleid evenwel geen strafvervolg ingesteld, tenzij in het bordeel prostitutie onder dwang plaatsvindt of daarbij minderjarigen zijn betrokken. Om deze afstand tussen wet en praktijk op te heffen, is thans bij de Raad van State een wetsvoorstel aanhangig, dat ertoe strekt het bordeelverbod te beperken tot de zojuist gememoreerde gevallen waarin thans wel vervolging plaatsvindt.

¹ Bijvoorbeeld Pres. Rechtbank Roermond 12 april 1996, JB 1996/164.

² Pres. Rechtbank Roermond 12 april 1996, JB 1996/164.

Gedogen wordt problematischer naarmate door het gedogen de discrepantie tussen de democratische gelegitimeerde norm en de realiteit

groter wordt. Uiteraard dient, indien eenmaal op een van de in par. 9.2 vermelde gronden gedogen gerechtvaardigd is, het gedogen *beperkt te blijven tot hooguit de mate waarin* het achterliggende of zwaarder wegende belang door het gedogen gediend wordt.

Voorts dient zeker grootschalig gedogen zoveel mogelijk te worden voorkomen. Dat leidt immers het meest tot uitholling van de norm en kan daarmee de geloofwaardigheid van wet en overheid het meest aantasten.

Daar komt bij dat ook het Europees recht weinig ruimte laat voor niet-handhaven van communautaire regelgeving en nationale regelgeving die voorkomt uit implementatie van EG-regelgeving. De Europese gemeenschap kan de betreffende lidstaat op het achterwege laten van handhavingsinspanningen aanspreken, al dan niet naar aanleiding van een verdragsinbreuk-procedure.

Zodra de discrepantie tussen norm en praktijk te groot wordt, dan dient hetzij de handhaving te worden geïntensiveerd hetzij opnieuw te worden overwogen of het ongewijzigd in stand laten van de norm aangewezen is en zo ja, of langs andere weg betere naleving en/of handhaving kan worden bereikt. Een voorbeeld daarvan biedt de voorgenomen beperking van het bordeelverbod (zie par. 9.3).

Behalve aan het bijstellen van normen, kan worden gedacht aan het opnemen van bevoegdheden tot het verlenen van al dan niet tijdelijke en voorwaardelijke ontheffingen. Voorts kan aanleiding bestaan tot aanpassing van het handhavingsinstrumentarium en/of voor maatregelen ter versterking van de uitvoering en handhaving.

De noodzakelijke beperking aan het gedogen vereist niet alleen het inachtnemen van de in par. 9.2 uiteengezette grenzen, maar ook het voorkomen van grootschalig gedogen. Voorts is het gewenst aan de gedoogtoestemming zodanige voorwaarden te verbinden, dat het primair door de wet te beschermen belang ook bij gedogen zoveel mogelijk beschermd wordt.

Een uitzondering op het vereiste dat gedogen slechts in beperkte mate mag, is denkbaar ingeval een wetswijziging nabij is en door allen, ook door het parlement, handhaving van de nog bestaande wet geacht moet worden geen enkel redelijk doel meer te dienen. In zo'n geval kan grootschalig gedogen vooruitlopend op de wetswijziging wel aanvaardbaar zijn.

9.4 Gedogen expliciet en na zorgvuldige kenbare belangenafweging

Elk gedoogbesluit dient expliciet en na zorgvuldige kenbare belangenafweging te worden genomen. Het gedoogbesluit dient uiteraard ook te voldoen aan de andere eisen die de Algemene wet bestuursrecht aan besluiten stelt, zoals de motiveringseisen.

Alleen dan kan voor betrokkene(n) duidelijk zijn waar deze aan toe is/zijn en kunnen eventuele derde-belanghebbenden in staat worden gesteld daartegen rechtsmiddelen aan te wenden. Door gedoogbesluiten expliciet en derhalve ook schriftelijk te nemen en van een zorgvuldige en kenbare motivering te voorzien, zijn deze ook daadwerkelijk onderworpen aan de mogelijkheid van controle door de rechter en vertegenwoordigende organen.

Voorts zal het gedoogbesluit volstrekt duidelijk moeten zijn over de gedragingen die gedoogd worden, de termijn gedurende welke dat het geval zal zijn en zo mogelijk voorwaarden moeten bevatten die aan het gedogen worden gesteld. Dit alles teneinde de afwijking van de wet zo beperkt mogelijk te houden.

De zorgvuldigheid zowel ten aanzien van de gedoogde als de door de wet te beschermen belangen vereist, dat in de gedoogbeschikking een voorbehoud wordt gemaakt met verwijzing naar de mogelijkheid dat derden alsnog tegen de toestemming bezwaar maken. Zo is het ook noodzakelijk dat in een bestuurlijk gedoogbesluit wordt vermeld dat dit de verantwoordelijkheid van het OM voor de strafrechtelijke rechts-handhaving onverlet laat.

9.5 Gedogen dient aan controle te zijn onderworpen

Allereerst is voor een geloofwaardig overheidshandelen van belang dat de gedogende instantie zelf controle uitoefent op de gedoogde activiteiten. Een actieve houding van de overheid is daarvoor vereist.

Regelmatig moet worden gecontroleerd of de overwegingen die hebben geleid tot de beslissing af te zien van handhaving, nog actueel zijn. Indien aan de gedoogbeslissing voorwaarden zijn verbonden, dient te worden gecontroleerd of deze worden nageleefd. Zo niet, dan moet onmiddellijk tot handhaving worden overgegaan. Een actieve houding van de overheid kan ook het ontstaan van gedoogsituaties voorkomen. Zo zullen beginnende bedrijven telkens moeten worden gewezen op de voor hen geldende vergunningplichten.

Voorts moet de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de handhavingsbevoegdheid onderworpen zijn aan effectieve controle-mechanismen. Zoals opgemerkt in hoofdstuk 5 bestaat overal waar sprake is van beleidsruimte of beleidsvrijheid het gevaar dat ook minder integere motieven bij de besluitvorming een rol spelen. Het voorkomen en tegengaan van belangenverstrengeling vereist preventieve maatregelen maar ook de aanwezigheid van voldoende controlemechanismen.

Door het vereiste dat elk gedoogbesluit uitdrukkelijk en schriftelijk moet plaatsvinden is dit in beginsel onderworpen aan controle; bij incidenteel gedogen gaat het om controle door de rechter; bij categorisch gedogen gaat het om controle door de vertegenwoordigende organen.

Een belangrijk bezwaar tegen gedogen als gevolg van de oorzaken als genoemd in paragraaf 5.3 (uit onvermogen of onwil tot handhaven), welke vorm van gedogen veelal impliciet plaatsvindt, is dan ook dat controle op het overheidshandelen en rechtsbescherming voor de belanghebbende worden bemoeilijkt doordat een expliciete belangenafweging ontbreekt. Deze vormen van gedogen moeten worden tegengegaan door de achterliggende oorzaken zoveel mogelijk weg te nemen.

Gevallen van categorisch gedogen lenen zich door hun algemeen karakter vaak minder voor beoordeling door de rechter. Van deze vormen van gedogen is het daarom belangrijk dat zij aan controle door vertegenwoordigende lichamen zijn onderworpen. Om controle door een vertegenwoordigend lichaam mogelijk te maken, is het wenselijk dat vertegenwoordigende lichamen zoveel mogelijk over het gevoerde of het te voeren gedoogbeleid worden geïnformeerd.

De aanwezigheid van beleidsregels vergroot de kenbaarheid van het beleid en kan daardoor de controle op het beleid vergemakkelijken. Alleen al daarom kan ook met betrekking tot het handhavingsbeleid en het gedoogbeleid het opstellen van beleidsregels zeer gewenst zijn.

9.6 Slot: het voorkómen van gedogen

In hoofdstuk 8 is het rechtsstatelijk dilemma aangegeven, dat zich bij het handhaven van wetten kan voordoen. De beginselen van onze rechtsstaat brengen alleerst met zich mee, dat onze wetten onverkort moeten worden gehandhaafd. Maar bij de concrete toepassing blijkt

soms, dat zwaarwegende belangen zich tegen onverkorte toepassing verzetten. Dat kan er toe leiden dat het in bepaalde gevallen zelfs gerechtvaardigd is de wetsovertreding te gedogen. In par. 9.1–9.5 is uiteengezet, dat dit naar het oordeel van het kabinet alleen in een aantal uitzonderingsgevallen gerechtvaardigd kan zijn, mits dan tevens aan een aantal voorwaarden voor zorgvuldigheid, kenbaarheid en controleerbaarheid is voldaan.

De uitwerking en explicitering van deze uitzonderingsgevallen en voorwaarden in par. 9.1–9.5 is niet alleen van belang voor het algemene oordeel over de aanvaardbaarheid van gedogen, maar kan ook in de praktijk aan uitvoerende en handhavende organen houvast bieden voor de beantwoording van de vraag of er aanleiding is om te gedogen.

Dat is niet altijd voldoende om gedogen binnen aanvaardbare grenzen te houden. Het is ook noodzakelijk om de oorzaken van gedoogpraktijken te voorkomen. In par. 5.3 zijn als dergelijke oorzaken onder meer genoemd:

- tekortschietende wetgeving, bijvoorbeeld ontoereikend overgangsrecht en gebrekkige handhaafbaarheid
- onvoldoende toerusting en slecht functioneren van uitvoerende en handhavende instanties.

Deze oorzaken worden aangepakt. Er zijn de afgelopen jaren in ons land diverse maatregelen getroffen en veel inspanningen verricht om hierin op vier wijzen verbetering te brengen.

Op diverse terreinen zijn voor *nieuwe regelgeving* handhaafbaarheids- en uitvoerbaarheidstoetsen ontwikkeld, die tijdens het beleidsvormings- en wetgevingsproces worden toegepast. Dit gebeurt ook in algemeen kader, ter uitvoering van het MDW-programma dat onder meer het project Voorgenomen regelgeving omvat: in interdepartementaal verband wordt een selectie van de nieuwe regelgeving aan een uitgebreide effectenanalyse onderworpen, waarin bijzondere aandacht wordt gegeven aan de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. De resultaten worden in de memories en nota's van toelichting opgenomen.

Voorts is het van belang bij nieuwe wetten steeds zorg te dragen voor passend *overgangsrecht* en soms wat meer *flexibiliteit* in de normstelling aan te brengen. Daarnaast is het gewenst bij de invoering van vergunningenstelsels te overwegen of het niet nodig is tevens te voorzien in tijdelijke vergunningen of tijdelijke ontheffingen voor activiteiten, waarvoor niet of nog niet terstond een meer langdurige vergunning in de rede ligt.

Ook de *uitvoerings- en de handhavingspraktijk* behoeven voortdurende aandacht om het ontstaan van gedoogpraktijken te voorkomen. Bij de invoering van wetten waarvan de handhaafbaarheid kwetsbaar is, wordt in toenemende mate via een plan van aanpak een handhavingsstrategie opgesteld, teneinde met de beschikbare middelen de gewenste mate van naleving te bewerkstelligen. De kwaliteit van de bestuurlijke uitvoering via bijvoorbeeld vergunningenstelsels, die mede van belang is voor een doeltreffende handhaving, zal worden verbeterd door uitvoering van de meeste aanbevelingen van het rapport van de Algemene Rekenkamer over vergunningen.¹ De ministers zullen daarover voor 1 juli a.s. aan de Staten-Generaal rapporteren.² Voorts wordt binnenkort, als uitvloeisel van het kabinetsstandpunt inzake het rapport van de Commissie Korthals-Altes, een Stuurgroep ingesteld, die verder onderzoek zal doen om te achterhalen welke factoren in de weg staan aan een adequaat bestuurlijk toezicht en aan een duidelijke en consequente handhavingsreactie.

¹ Rapport *Vergunningen* van de Algemene Rekenkamer, 11 maart 1996, aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 29 maart 1996 (24 656, nr. 1).

² Zie de brief van de Ministers van Justitie en van Financiën van 29 oktober 1996 aan de Tweede Kamer.

Naast het voorgaande wordt ook *bestaande regelgeving*, selectief, doorgelicht om deze tot het meest noodzakelijke te beperken en de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid daarvan te verbeteren, bijvoorbeeld door vervanging van vergunningstelsels door algemene regels. In MDW-verband betreft dit onder meer de vereenvoudiging van de regelgeving inzake arbeidsomstandigheden, bouw en levensmiddelen en beperking van de vergunningstelsels die uit de Wet milieubeheer en de Wet verontreiniging oppervlaktewateren voortvloeien. Ook daarbuiten worden veel wetsevaluaties uitgevoerd, die zonodig tot bijstelling van die wetten zelf of van de uitvoeringspraktijk leiden. Deze wetsevaluaties zijn mede belangrijk, omdat veel wetten na een zekere tijd verouderen. Om de doelmatigheid van de inzet van wetsevaluaties te vergroten, zullen daarvoor onder coördinatie van de Minister van Justitie algemene aandachtspunten worden opgesteld.

Naast het inachtnemen van de grenzen en het naleven van de voorwaarden, die in par. 9.2–9.5 uiteengezet zijn, is ook de inzet van de in deze paragraaf aangeduide middelen van belang om te bevorderen, dat de handhavingspraktijk zich daadwerkelijk houdt aan de in deze nota gestelde Grenzen aan gedogen.