

Stop het toppunt van juridisering

Een gedoogbeslissing moet appellabel zijn bij de bestuursrechter

Jan Reinier van Angeren, Tom Barkhuysen & Niels Jak¹

De benadering in een recente conclusie van de staatsraad A-G om te bepalen wanneer een gedoogbeslissing nu wel of niet bij de bestuursrechter appellabel is, heeft een veelkoppig en lastig te doorgronden monster opgeleverd. De staatsraad A-G kan daar niet veel aan doen nu hij gebonden is aan de voorgelegde adviesvraag en het bestaande recht. De conclusie illustreert echter wel dat het de hoogste tijd is om de ketenen los te breken als het gaat om de rechtsbescherming tegen gedoogbeslissingen. Stel een gedoogbeslissing voortaan in algemene zin gelijk met een Awb-besluit zodat daartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.

Onlangs heeft staatsraad A-G Widdershoven een conclusie genomen over het besluitkarakter en de mogelijkheden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen gedoogbeslissingen.² De conclusie is niet gemakkelijk te doorgronden. Om de conclusie meer toegankelijk te maken, hebben we haar eerder in een blogbericht visueel weergegeven in een schema.³ Na verspreiding van ons blogbericht via *social media*, zoals LinkedIn, kwamen daarop reacties binnen met de strekking: veel respect voor het analytisch vermogen van de staatsraad A-G, maar dit is toch wel het toppunt van juridisering! Daar zit wat in, dachten wij onmiddellijk: moet en kan het niet eenvoudiger en beter? Toch kan de staatsraad A-G hier niet zoveel aan doen. Hij is gegeven de aan hem voorgelegde adviesvraag gebonden aan het bestaande recht en heeft daarbinnen getracht te zoeken naar de meest passende oplossing. In die zin blijkt de conclusie als instrument voor rechtsontwikkeling dan ook beperkt. Wat ons betreft is het echter toch tijd om de ketenen los te breken als het gaat om de rechtsbescherming tegen gedoogbeslissingen. Dat lichten wij hierna toe.

Wat speelt er? Kort gezegd is de staatsraad A-G van opvatting dat een gedoogverklaring uitsluitend een bij de bestuursrechter appellabele beschikking is op grond van artikel 1:3 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (Awb) voor zover zij een afwijzing van een handhavingsaanvraag van een derde-belanghebbende impliceert. Alleen de derde kan daartegen opkomen. Een ambtshalve of op verzoek van de overtreder verleende gedoogverklaring is volgens de staatsraad A-G niet een dergelijke Awb-beschikking, maar kan op grond van artikel 6:2 aanhef en onder a Awb voor de rechtsbescherming wel met een

Awb-besluit worden gelijkgesteld, zodat de derde daartegen ook bij de bestuursrechter kan opkomen. De weigering of intrekking van een gedoogverklaring moeten voor de rechtsbescherming van de overtreder eveneens met een appellabel besluit worden gelijkgesteld als de alternatieve rechtsweg waarlangs hij een rechterlijk oordeel kan krijgen onevenredig bezwarend is. Zo kan het uitlokken van een wel appellabel handhavingsbesluit onevenredig bezwarend zijn wanneer er voor de overtreder een reëel risico bestaat op een vrijheidsbenemende maatregel. Iets vergelijkbaars geldt voor gedoogverklaringen met zaaksgebonden dan wel persoonsgebonden voorwaarden. Volgt u het nog? Om met de staatsraad A-G zelf te spreken: we kunnen ons 'voorstellen dat het de lezer inmiddels enigszins duizelt'.⁴ En dat terwijl het mede de bedoeling was deze notoir lastige materie inzichtelijker te maken.

Dat neemt niet weg dat de conclusie op zich positief kan worden gewaardeerd. De meerwaarde ervan is namelijk dat de toegang tot de bestuursrechter voor derde-belanghebbenden, anders dan in de huidige rechtspraak het geval is, (dogmatisch) wordt gefundeerd in een wettelijke basis (artikel 1:3 lid 2 Awb of artikel 6:2 aanhef en onder a Awb). Daarbij komt dat de staatsraad A-G benadrukt dat hij scherper dan in de rechtspraak aanduidt dat het beroepsrecht niet de gedoogverklaring als zodanig betreft, maar de daarin geïmpliceerde afwijzing of weigering een sanctie op te leggen. Daarmee wordt volgens de staatsraad A-G inzichtelijk waarom aan de derde wel rechtsbescherming wordt verleend, maar aan de overtreder als regel niet (vanwege het ontbreken van procesbelang), terwijl dat in de huidige rechtspraak impliciet blijft. Bovendien is de keuze voor het

criterium van de 'onevenredig bezwarende alternatieve rechtsweg' aantrekkelijk, omdat die keuze is ingegeven door het oogmerk van rechtseenheid. Het criterium sluit immers aan bij de rechtspraak over bestuurlijke rechtsoordelen. Het gaat bij dit laatste eveneens om de vraag in hoeverre een door een bestuursorgaan gegeven visie op de gevolgen van rechtsregels voor een bepaalde situatie een Awb-besluit is dan wel daarmee kan worden gelijkgesteld en aldus appellabel is bij de bestuursrechter. Te denken valt aan het oordeel van het college van burgemeester en wethouders dat voor een bepaalde activiteit een vergunning nodig is. Dergelijke oordelen worden nu al meteen als een besluit aangemerkt als het onevenredig bezwarend is voor belanghebbenden om een vervolgbesluit af te wachten.⁵

Deze positieve kanttekeningen ten spijt, levert de benadering van de staatsraad A-G om te bepalen wanneer een gedoogbeslissing nu wel en niet (een) bij de bestuursrechter appellabel (besluit) is helaas een veelkoppig en lastig te doorgronden monster op. Dat blijkt wel uit de voorgaande beschrijving van diens advies. Voor sommige gedoogbeslissingen blijven bepaalde partijen (met name de overtreder) verstoken van rechtsbescherming bij de bestuursrechter met alle ongewenste gevolgen van dien.

Wij pleiten er daarom voor om een gedoogbeslissing voortaan in algemene zin gelijk te stellen met een Awb-besluit zodat daartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat. De gedoogbeslissing legt immers in wezen de rechten en verplichtingen vast van de gedoogde overtreder. Hij zou de voorwaarden waaronder wordt gedoogd aan de bestuursrechter moeten kunnen voorleggen. Daarnaast weten derden hierdoor sneller waar ze aan toe zijn. Hetzelfde zou moeten gelden voor de gedoogweigering en de intrekking van de gedoogverklaring. Wel is het goed om te beseffen dat wanneer niet tijdig wordt opgekomen tegen de gedoogbeslissing, die beslissing 'onaantastbaar' wordt of 'formele rechtskracht' krijgt. De gevolgen daarvan kunnen worden ondervangen door de mogelijkheid open te laten om feiten of omstandigheden die aanleiding hebben gegeven voor de gedoogbeslissing in de procedure tegen een eventuele bestuurlijke sanctie ter discussie te kunnen stellen.⁶ Een verdergaande verzachting van de formele rechtskracht zou kunnen zijn dat de gedoogbeslissing geen belemmering vormt voor eventuele latere handhavingsverzoeken van derden en besluitvorming en procedures daarover.⁷ De zojuist geschetste

aanpak zou naar onze mening moeten worden doorgetrokken naar de al eerder genoemde bestuurlijke rechtsoordelen.⁸

Het pleidooi om de gedoogbeslissing (en een bestuurlijk rechtsoordeel) appellabel te achten, past in een bredere discussie in de bestuursrechtelijke doctrine waarin de houdbaarheid van het besluitbegrip als toegangscriterium tot de bestuursrechter onder druk staat.⁹ Het geeft ook aanleiding om na te denken over een uitbreiding van de rechterlijke uitspraakbevoegdheden met bijvoorbeeld een verklaring voor recht. Overwogen kan zelfs worden een declaratoire procedure te introduceren die wellicht kan worden ingeleid door middel van een verzoekschrift.¹⁰ Op deze manier kan sneller zekerheid worden verkregen over de rechtspositie van de overtreder en derden, maar ook over die van het handhavende bestuursorgaan,¹¹ zonder dat daarvoor onnodig de overtreding hoeft te worden gecontinueerd om een appellabel handhavingsbesluit te ontlocken, met alle nadelige gevolgen die daaraan verbonden zijn, zoals de eventuele openbaarmaking van de opgelegde bestuurlijke sanctie. Dit vergt wel een nadere doordenking van de termijn waarbinnen een verzoek aanhangig kan worden gemaakt en van de verbindendheid van een declaratoire uitspraak voor eventuele nadere procedures.¹² Al met al zou het goed zijn wanneer in de discussie steeds de ratio van de bestuursrechtspraak voor ogen wordt gehouden en wordt betrokken waarom het gerechtvaardigd is dat een rechtszoekende geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou toekomen en zijn heil zou moeten zoeken bij de burgerlijke rechter.

Uiteindelijk gaat het er om dat de qua specialisatie en ervaring meest gereede rechter zaken kan behandelen op een moment dat partijen daaraan gelet op (onzekerheid over) hun rechtspositie behoefte hebben. Het huidige bestuursrecht voldoet daaraan helaas nog niet. Gelukkig buigt een werkgroep van de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR) zich over de toegang tot de bestuursrechter. Onze hoop is dat zij over niet al te lange tijd met verstandige aanbevelingen komt die maken dat in de toekomst kwalificaties als 'het toppunt van juridisering' achterwege kunnen blijven. Dat is temeer van belang omdat een burger in het bestuursrecht wordt geacht zonder rechtsbijstand te kunnen procederen en de gefinancierde rechtsbijstand in dit soort zaken steeds verder wordt beperkt. •

Auteurs

1. Mr. J.R. van Angeren is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en daarnaast hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en redacteur van het *NJB*. Mr. dr. N. Jak is Senior Professional Support Lawyer bij Stibbe te Amsterdam en verbonden aan de Afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Noten

2. Conclusie van 16 januari 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:86.

3. www.stibbeblog.nl/all-blog-posts/environment-and-planning/conclusie-staatsraad-a-g-over-de-gedoogbeslissing-een-typologie-met-gevolgen-voor-de-rechtsbescherming/.

4. Zie randnr. 6.1 van de conclusie.

5. Zie bijv. Cbb 27 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:175, AB 2016/155, m.nt. C.J. Wolswinkel.

6. Vgl. de rechtspraak over de bestuurlijke waarschuwing ABRvS 2 mei 2018,

ECLI:NL:RVS:2018:1449, r.o. 6.3.

7. Vgl. ABRvS 15 september 1997,

ECLI:NL:RVS:1997:AA3601, AB 1998/8, m.nt. P.J.J. van Buuren.

8. Vgl. ook W. Konijnenbelt, 'Bestuurlijke rechtsoordelen en rechterlijke oordelen', *NTB* 2009/41.

9. Zie onder velen F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, 'Van besluit naar rechtsbetreking: een groeiemodel', in F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen & K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: BJu 2013, p. 7-102.

10. Vgl. Van Ommeren & Huisman 2013, p. 81 e.v.; G.A. van der Veen, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorbij het

besluit', in F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen & K.J. de Graaf, *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: BJu 2013, p. 204 e.v.; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2017, p. 208 en aldaar genoemde literatuur.

11. Vgl. Van Ommeren & Huisman 2013, p. 60-62.

12. Vgl. Van Ommeren & Huisman 2013, p. 86-88; Van der Veen 2013, p. 205-206. Zie ook de eerder genoemde Afdelingsuitspraak van 15 september 1997.