

Gedoogstrategie Fysieke Leefomgeving Overijssel

17 december 2009.

Laatstelijk gewijzigd bij GS-besluit van 7 juli 2015, kenmerk 2015/0185543.

Samenwerking Handhaving Overijssel

Bron	:	Samenwerkingsprogramma 2008 en 2009
Opdrachtgever	:	Bestuurlijk Provinciaal Handhavingsoverleg (BPHO)
Bestuurlijk verantwoordelijke	:	G. Ranter (provincie)
Projectgroep	:	S. Graver (Openbaar Ministerie), B. van Benthem/ J. Lummen (politie Twente), S. Kuipers (Tubbergen), H. Klein Meulekamp (Waterschap Regge en Dinkel), M. van Dijk (Rijssen-Holten), M. van Sprang (Zwolle), R. Venema (Twenterand)
Projectleider	:	E. Lange (Provincie)
Projectmanager	:	M. Broekhuis (Seph)
Doelgroep	:	Alle Overijsselse gemeenten, alle Overijsselse waterschappen, de provincie Overijssel, de politieregio's Twente en IJsselland en het Functioneel Parket Zwolle
Informatie	:	Servicepunt Handhaving Overijssel (Seph), Postbus 10078, 8000 GB Zwolle e-mail: seph@overijssel.nl Internet : www.seph.nl

Inhoudsopgave

1	INLEIDING	3
2	GEDOOGSTRATEGIE	4
	2.1 Een korte handreiking	4
	2.2 Karakter van de gedoogstrategie	4
	2.3 Wat is gedogen?	4
	2.4 Grensvlak tussen handhaven en gedogen	5
	2.5 Wanneer is gedogen aanvaardbaar?	5
	2.6 Gedogen beperken in omvang en/of tijd	6
	2.7 Gedogen expliciet en na zorgvuldige kenbare belangenafweging	6
	2.8 Gedogen aan controle onderwerpen	6
	2.9 Afstemming met de handhavingspartners	7
	2.10 Procedurele eisen	7
3	COMMUNICATIE	8
	3.1 Externe communicatie van de strategie	8
	3.2 Interne communicatie van de strategie	8

Bijlagen behorende bij de Gedoogstrategie Fysieke Leefomgeving Overijssel.

BIJLAGE 1.	BEGRIPPENLIJST	10
BIJLAGE 2.	BEOORDELING GELIJKWAARDIGE OPLOSSING	11
BIJLAGE 3.	PROCEDURELE EISEN VOOR EEN GEDOGBESCHIKKING	15
	<ul style="list-style-type: none">• Beslissing tot gedogen is beschikking• Motivering• Verlenging geldigheidsduur gedoogbeschikking• Voorbereiding besluit tot gedogen• Gedoogvoorwaarden• Beslistermijn en opschorting beslistermijn• Bekendmaking en publicatie gedoogbesluiten	
BIJLAGE 4.	AAN HANDHAVING GERELATEERDE JURISPRUDENTIE	17

1 Inleiding

In Overijssel hebben de handhavingspartners voor de fysieke leefomgeving een gezamenlijke gedoogstrategie. Hierin zijn de beleidskaders voor gedogen met handhavingspartners afgestemd op provinciaal niveau. Wij hebben op 7 juli 2015 de landelijke handhavingsstrategie (versie 1.7) als beleidsregel vastgesteld. Dit besluit is op 15 augustus in werking getreden. Hiermee is het onderdeel handhaving van uit de Overijsselse Handhaving- en gedoogstrategie komen te vervallen. Deze handhavingsstrategie is landelijk opgesteld in samenwerking met de handhavingspartners. Tot die datum waren de handhaving- en gedoogstrategie samen opgenomen in de Overijsselse Handhaving- en gedoogstrategie Fysieke Leefomgeving. De gedoogstrategie is niet gewijzigd.

De Overijsselse Gedoogstrategie Fysieke Leefomgeving komt voort uit de Overijsselse Handhaving- en gedoogstrategie Fysieke Leefomgeving, die tot stand is gekomen na een evaluatie van de strategie op 23 november 2005. Het Bestuurlijk Provinciaal Handhavingsoverleg (BPHO) heeft op die datum de vorige versie van de strategie (3e geheel herziene druk) vastgesteld. Deze strategie was gericht op de milieuregelgeving. Het BPHO heeft in 2008 in relatie tot de op komst zijnde Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) opdracht verstrekt aan het Seph om de genoemde strategie te evalueren en te verbreden naar een Wabobestendige strategie.

Vervolgens is in het Overijsselse samenwerkingprogramma voor 2008 het project 'Evaluatie handhavings- en gedoogstrategie' opgenomen. Het project omvat, naast het evalueren van de strategie, ook het verbreden van de toepassingsmogelijkheid naar de Wabo en de Waterwet. De opdracht is door de Projectgroep 'Evaluatie handhavings- en gedoogstrategie' uitgevoerd. Het resultaat is een geheel herziene en aangepaste Handhavings- en gedoogstrategie, welke Wabobreed kan worden toegepast. Ook buiten de Wabo kan de strategie leiden tot de gewenste uniformiteit en effectiviteit als het gaat om het ongedaan krijgen van bevonden strijdigheden. Met ingang van 15 augustus 2015 is het onderdeel handhaving van de Overijsselse Handhaving- en gedoogstrategie komen te vervallen. De strategie wordt met ingang van die datum alleen nog toegepast voor gedogen. Voor handhaving heeft GS de Landelijke Handhavingstrategie als afzonderlijke beleidsregel vastgesteld.

2 Gedoogstrategie

2.1 Een korte handreiking¹

Bij gedoogsituaties dient te worden aangesloten bij de huidige (constante) jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State.

“Slechts onder bijzondere omstandigheden. Dat kan zich voordoen als sprake is van concreet zicht op legalisatie. Ook kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien”.

Over het verschil tussen gedogen en geheel afzien van handhaven is in hoofdstuk 6 al de nodige aandacht besteed. In dit hoofdstuk worden enkele handreikingen gegeven over gedogen van overtredingen².

Het landelijke beleidskader inzake gedogen³ opgesteld door de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu en de Minister van Verkeer en Waterstaat en de jurisprudentie van de bestuursrechter zijn als uitgangspunt gebruikt bij het opstellen van dit hoofdstuk. Aan het landelijke beleidskader voor gedogen kunnen geen rechten worden ontleend.

Het motto vanuit de preventie is: ‘Handhaven is goed, maar preventie is beter.’ Wanneer toezicht echter tot handhaven leidt is daadwerkelijk handhaven de regel en gedogen de uitzondering. Uitsluitend met uitzicht op legalisatie en/of opheffen van de strijdigheid kan in een dergelijke situatie het middel gedogen onder voorwaarden uitkomst bieden en aanvaardbaar worden ingezet. Op de juiste wijze ingezet, kan gedogen dan zorgen voor de nodige flexibiliteit die in de sfeer van een bepaald normencomplex noodzakelijk is.

2.2 Karakter van de gedoogstrategie

Deze gedoogstrategie heeft het karakter van een beleidsregel (in de betekenis die de Algemene wet bestuursrecht daaraan toekent): “een algemene regel over de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van de handhavingsbevoegdheid van een bestuursorgaan.”

De Awb bepaalt ook: “Het bevoegde gezag handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen⁴.”

2.3 Wat is gedogen?

Definitie van gedogen: het bestuur dat bevoegd is tot handhaving ziet willens en wetens (tijdelijk) af van optreden tegen een overtreding.

Verschillende vormen:

- stilzwijgend (achteraf);
- uitdrukkelijk (vooraf of achteraf);
- al dan niet onder bepaalde voorwaarden;

De bevoegdheid om te gedogen kan worden afgeleid uit het discretionaire karakter van de handhavingsbevoegdheden. In de jurisprudentie wordt een aantal eisen aan het gedogen gesteld:

Eisen:

- uitdrukkelijk schriftelijk gedogen;
- tijdelijke karakter (bij voorkeur vooruitlopend op vergunningverlening);
- verbonden aan voorwaarden;
- betrokkenheid van belanghebbenden (hoorlicht van art. 4:7 en 4:8 Awb)

¹ Dit hoofdstuk is op basis van de nota “Grenzen aan gedogen” van het ministerie van Justitie opgesteld en een college “Bestuursrechtelijke handhaving: rechtsbescherming en gedogen” van mw. mr. G.T.J.M. Jurgens (dec. 1998).

² De basis hiervoor vormt de nota “Grenzen aan gedogen” van het Ministerie van Justitie (Sdu Uitgevers, ISBN 90399 1156 8).

³ Bestaande uit de ‘eerste gedoogbrief’ van de ministers VROM en Verkeer en Waterstaat van 28 mei 1990, TK 1989-1990, 21 137, nr. 269, de ‘tweede gedoogbrief’ van de ministers van VROM en Verkeer en Waterstaat van 10 oktober 1991, onder de titel ‘Gezamenlijk beleidskader in zake het terugdringen van het gedogen van milieu-overtredingen’, TK 1991-1992, 22 343, nr. 2 en de kabinetsnota ‘Grenzen aan gedogen’, TK 1996-1997, 25 085, nrs. 1-2.

⁴ De inherente afwijkingsbevoegdheid als bedoeld in artikel 4:84 van de Algemene wet bestuursrecht.

2.4 Grensvlak tussen handhaven en gedogen

De overgang tussen handhaven en gedogen is vloeiend. Wanneer houdt handhaving op en begint gedogen? Formeel gezegd: handhaving is het opleggen van een sanctie tegen een overtreding. Als geen sanctie wordt opgelegd, gedooft het bestuur. En juist hier schijnt enige differentiatie op zijn plaats. Is het de bedoeling een evenwichtig handhavingsbeleid te voeren (het optreden tegen overtredingen om een adequaat niveau van normbevestiging en naleving te bereiken) dan vraagt dat om een zekere prioriteitstelling.

Wordt daardoor voor bepaalde normovertredingen geen actief handhavingsbeleid gevoerd, dan is er geen sprake van gedogen. Als een bestuursorgaan na een zorgvuldige belangenafweging gedooft - al dan niet onder het stellen van voorwaarden - is er sprake van expliciet gedogen. Komt gedogen voort uit het onvermogen of uit onwil tot handhaven (regelgeving is slecht uitvoerbaar, handhavende instantie is slecht geëquipeerd, weinig capaciteit etc.) dan is sprake van impliciet gedogen. Gedogen op laatstgenoemde gronden is onaanvaardbaar⁵.

Als voldaan wordt aan de vereisten voor gedogen maar de te gedogen overtreding is ontstaan als gevolg verwijtbaar gedrag van de zijde van de overtreder wordt door de politie proces-verbaal opgemaakt. Wanneer de gedoofttermijn is verstreken en de strijdigheid bestaat nog of voorwaarden van een gedooftbeschikking niet worden nageleefd kan alsnog handhavend op worden getreden.

2.5 Wanneer is gedogen aanvaardbaar?

Op de juiste wijze gezet, kan gedogen zorgen voor de nodige flexibiliteit die in de sfeer van een bepaald normencomplex noodzakelijk is⁶. Het bestuur kan de gevolgen van het gedogen voor een groot deel zelf in de hand houden door:

- duidelijkheid te verschaffen over wat wordt gedooft,
- hoelang zal worden gedooft,
- wiens overtreding wordt gedooft
- en onder welke condities wordt gedooft.

Gedogen is aanvaardbaar:

- Slechts in uitzonderingsgevallen en
- onder voorwaarde dat de situatie beperkt is in omvang en/of tijd.

Gedogen dient:

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

Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden geveerd dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat of er sprake is van overmachtsituaties of overgangssituaties. Dit zijn situaties waarbij het achterliggend belang beter gediend is met het tijdelijk afzien van handhavend optreden. Hieronder worden deze situaties kort toegelicht.

Bij een *overmachtsituatie* heeft het handhaven van wettelijke regels ongewenste consequenties uit oogpunt van het door de overtreder rechtsregel beschermde belang. In dit soort situaties biedt de afweging van belangen weinig ruimte. De situatie dwingt tot het laten prevaleren van een bepaald belang boven de andere betrokken belangen. Een overmachtsituatie is een onvoorziene situatie waarin de overtreding in beginsel niet voor (tijdelijke) legalisatie in aanmerking komt en het ontstaan van de situatie het resultaat is van omstandigheden die buiten de beschikkingsmacht en schuld van de overtreder liggen. Een tijdelijke storing bij een afvalverwerkingsbedrijf waardoor bij de toeleveranciers meer afval of afval gedurende een langere tijd moet worden opgeslagen dan is toegestaan is een voorbeeld van een overmachtsituatie.

In overgangssituaties kan gedogen aanvaardbaar zijn als de consequenties van handhaving niet in redelijke verhouding staan tot de belangen die met (onmiddellijke) handhaving gemoeid zouden zijn. Bij een *overgangssituatie* kan het bijvoorbeeld gaan om:

⁵ Overigens kan gedogen alleen plaatsvinden als er sprake is van het niet naleven van een voorschrift of regeling.

⁶ Zie Handhaven met effect: "gedogen is de smeeroelie van het besturen; teveel smeeroelie leidt echter tot glibberig optreden".
Gedooftstrategie Fysiske Leefomgeving Overijssel

- de situatie waarin nieuwe regelgeving in voorbereiding is en redelijkerwijs mag worden verwacht dat daarmee de overtreding spoedig wordt gelegaliseerd;
- situaties waarin een overtreding voortvloeit uit een uitspraak van de bestuursrechter waarbij een verleende vergunning door de bestuursrechter is vernietigd op formele gronden, terwijl de activiteit redelijkerwijs alsnog (ten volle) vergunbaar moet worden geacht.

Gedogen kan aanvaardbaar zijn als het achterliggende belang, dat een norm primair beoogt te beschermen, in uitzonderingsgevallen, die de wetgever niet heeft voorzien, beter gediend is met (tijdelijk) al dan niet onder voorwaarden afzien van handhaving. Ook kan een zwaarder wegend belang 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.

Voor al deze omstandigheden geldt dat zij slechts in uitzonderingsgevallen en onder zorgvuldige belangenafweging kunnen worden toegepast mits het gedogen zoveel mogelijk in omvang en tijd beperkt is.

2.6 Gedogen beperken in omvang en/of tijd

Gedogen is slechts aanvaardbaar zolang en voor zover zich de betreffende uitzonderingssituatie voordoet. Zodra de formele gedoogtermijn is verstreken, of er andere omstandigheden zijn die de gedoogsituatie doen beëindigen, wordt overgegaan tot handhaving. Ook kan de noodzaak om te gedogen weggenomen worden door de situatie te legaliseren. Is (tijdelijke) legalisering van de overtreding mogelijk, dan verdient dit altijd de voorkeur boven gedogen. De situatie mag slechts tijdelijk worden gedoogd. Dit betekent dat er een concrete eindtermijn moet worden genoemd. De totale tijdspanne waarover wordt gedoogd, moet zo kort mogelijk zijn.

2.7 Gedogen expliciet en na zorgvuldige kenbare belangenafweging

Gedogen moet altijd in de vorm van een beschikking. Een gedoogbeschikking dient expliciet en na zorgvuldige kenbare belangenafweging te worden genomen. Ook moet de gedoogbeschikking uiteraard voldoen aan de overige eisen die de Algemene wet bestuursrecht aan besluiten stelt.

Alleen als gedoogbeschikkingen expliciet en dus ook schriftelijk zijn genomen en tevens van een zorgvuldige en kenbare motivering zijn voorzien, zijn ze ook daadwerkelijk onderworpen aan de mogelijkheid van controle. Het besluit zal ook duidelijk moeten zijn over de gedragingen die gedoogd worden en over de (eind)termijnen en de voorwaarden die aan het gedogen gesteld worden. Ook moet in de beschikking een verwijzing staan dat derden alsnog tegen de toestemming bezwaar kunnen maken. Noodzakelijk is ook dat in de beschikking vermeld staat dat het de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie voor de strafrechtelijke rechtshandhaving onverlet laat.

2.8 Gedogen aan controle onderwerpen

Wil de overheid geloofwaardig zijn dan is het van evident belang dat de gedogende instantie zelf de controle uitoefent. Een actieve houding en extra aandacht zijn dus vereist.

Dat gedoogbeschikkingen niet moeten worden verward met echte vergunningen blijkt vooral wanneer de handhaving van gedoogvoorwaarden aan de orde is.

Gedoogvoorwaarden bevatten de condities waaronder het bestuur bereid is geen gebruik te maken van de handhavingsbevoegdheid. Indien de overtreder zich niet aan de condities houdt riskeert hij een sanctie. Omdat de overtreding van gedoogvoorwaarden niet kan worden gezien als de overtreding van een wettelijk voorschrift, kan de overtreding van dergelijke voorwaarden geen grondslag vormen voor het nemen van een sanctiebeschikking. Wel kan een dergelijke overtreding de aanleiding vormen voor een sanctie ter zake van de oorspronkelijke overtreding.

Uitgangspunt is dat aan de inzet van de bestuurlijke handhavingsinstrumenten een belangenafweging vooraf dient te gaan. Het feit dat het bestuur een bepaalde overtreding heeft gedoogd, is een factor die op verschillende plaatsen in die belangenafweging een rol speelt waarbij de belangen van de overtreder, van derden en het algemeen belang zorgvuldig dienen te worden afgewogen.

Dat kan ertoe leiden dat ondanks het eerdere gedogen toch kan worden opgetreden. Om te voldoen aan de evenredigheidseis van art. 3:4, tweede lid, Awb kan het echter nodig zijn de overtreder enigszins tegemoet te komen, door hem bijvoorbeeld een langere termijn te gunnen, feitelijke medewerking te verlenen bij het ongedaan maken van de overtreding en - in een uitzonderlijk geval - door financiële compensatie aan te bieden voor tenietgegane investeringen (bijvoorbeeld indien er sprake was van vooraf gekwalificeerd gedogen en de overtreder onder invloed daarvan investeringen heeft verricht).

2.9 Afstemming met de handhavingspartners

- *Interne afstemming:* Binnen een handhavende organisatie dient een gedoogbeschikking goed afgestemd te worden. Zo zal er binnen een gemeente veelal overleg moeten plaatsvinden tussen milieu, brandweer, ruimtelijke ordening en bouwen, om te voorkomen dat een situatie uit het ene oogpunt zou worden gedoogd terwijl dit op de andere gebieden niet mogelijk is.
- *Externe afstemming:* Om een weloverwogen belangenafweging te kunnen maken is het van belang dat ook de handhavingspartners bij het nemen van gedoogbeschikkingen betrokken worden. Op grond van het landelijk beleidskader inzake gedogen wordt de VROM-Inspectie voorafgaand aan het besluit om te gedogen om een reactie op de concept-gedoogbeschikking gevraagd. Daarnaast wordt het Openbaar Ministerie op de hoogte gebracht van de ontstane gedoogsituatie. Aangezien gedoogbesluiten alleen in beperkte mate bestuurlijke handhaving toelaten is de rol van politie en Openbaar Ministerie heel belangrijk. Immers het gedoogbesluit laat de mogelijkheid voor strafrechtelijk handhaving onverlet. Het bestuur kan pas handhavend optreden wanneer de gedoogbeschikking is ingetrokken. Zouden zich overtredingen voordoen dan kan strafrechtelijk optreden snel en adequaat het nalevingsgedrag bevorderen. De dreiging van strafrechtelijk optreden kan tevens een drukmiddel vormen voor de naleving van de gedoogvoorwaarden. Hierover dient, zoals boven al vermeld, wel melding te worden gemaakt in de gedoogbeschikking.

Een afschrift van de gedoogbeschikking wordt gezonden aan: *het Openbaar Ministerie; de Politie; de VROM-Inspectie en zonodig andere betrokken instanties.*

2.10 Procedurele eisen

In bijlage 3 is een uitwerking opgenomen van de procedurele eisen die aan een gedoogbeschikking worden gesteld.

3 Communicatie

3.1 Externe communicatie van de strategie

Deze gedoogstrategie wordt op een duidelijke en overzichtelijke manier naar burgers en bedrijven gepresenteerd. Door het versturen van een persbericht en/of folder waarin vermeld staat wat van bedrijven verwacht wordt en hoe het bevoegde gezag gaat optreden in die gevallen wanneer het bedrijf niet aan wetten regelgeving en/of vergunning voldoet. Daarnaast dienen de toezicht- en handhavende organisaties de strategie ter kennisname te publiceren in de lokale huis-aan-huisbladen en deze ook ter inzage te leggen. Bedrijven en burgers worden daarmee gelijktijdig ingelicht over wat hen te wachten staat wanneer niet voldaan wordt aan wet- en regelgeving. Daarnaast is het aan te bevelen om bijvoorbeeld jaarlijks in samenwerking met brancheorganisaties voor bedrijven een informatiebijeenkomst te organiseren. Dit kan op lokaal of regionaal niveau.

3.2 Interne communicatie van de strategie

De gedoogstrategie moet gecommuniceerd worden naar alle toezichthouders en handhavingsmedewerkers binnen de eigen organisatie. Een uitstekend middel is bijvoorbeeld het organiseren van een voorlichtingsbijeenkomst. Dit vooraf aan de implementatie van de geactualiseerde strategie met eventueel daaraan gekoppeld een workshop met praktijkvoorbeelden. Ten gunste van een structurele toepassing van de strategie is het belangrijk dat ook nieuwe medewerkers tijdig worden geïnformeerd over deze gedoogstrategie. Het is goed om deze informatie-uitwisseling te borgen in bijvoorbeeld het in ontwikkeling zijnde Handboek Wabohandhaving. Verder dienen in regionaal verband afspraken gemaakt te worden over regelmatig terugkerende regionale informatiebijeenkomsten. In de vorm van een gebruikersbijeenkomst kunnen toezichthouders en handhavingsmedewerkers dan kennis uitwisselen en ervaringen met elkaar delen die direct voortvloeien uit de dagelijkse toepassing van de strategie. Ook de bestuurders moeten bekend zijn met de strategie en achter deze strategie staan. Om bestuurlijk draagvlak te borgen dient de strategie te worden vastgesteld op lokaal, regionaal en provinciaal niveau. In de managementrapportages en jaarverslagen moet aandacht worden geschonken aan de resultaten van de toezicht- en handhavingstaak welke te relateren zijn aan het toepassen van de strategie. Nieuwe bestuurders moeten worden geïnformeerd over de gedoogstrategie en ook bij de wisseling van de portefeuillehouders dient structureel aandacht te zijn voor de communicatie van de strategie. Als hulpmiddel voor de interne communicatie zou een folder ontwikkeld kunnen worden, waarin kort en bondig wordt vermeld welke strategie de organisatie voorstaat bij de handhaving van de regelgeving. De projectgroep ontwikkelt dit hulpmiddel en zorgt voor verspreiding.