

Handhaven of gedogen?

vastgesteld in B&W d.d. 15 april 2003

maakt onderdeel uit van
rol, taken en positie van disciplines
“Programmatisch Handhaven in Hilversum”

Inleiding

In de nota "Programmatisch handhaven visie en plan van aanpak" is de grondslag gelegd voor de uitvoering en de ontwikkeling van het handhavingsbeleid voor de komende jaren.

In het belang van de rechtszekerheid van burgers en belanghebbenden en de geloofwaardigheid van de overheid dient de overheid een consequent en consistent handhavingsbeleid na te streven.

Een overheid die algemeen geldende regels uitvaardigt, stelt normen en voorziet zich van rechtsmiddelen om de naleving van die regels en normen ook daadwerkelijk af te dwingen. Tevens mag verwacht worden dat zij de toegekende handhavingsmiddelen ook daadwerkelijk gebruikt in geval van overtreding of normschending. Die handhavingstaak is uitdrukkelijk aan het college van burgemeester en wethouders opgedragen.

In uitzonderingssituaties, bijvoorbeeld wanneer er een directe relatie is met veiligheidsaspecten, kan het echter voorkomen dat handhaving niet opportuun is en het college van burgemeester en wethouders afziet van het toepassen van sancties of juist een activiteit toestaat terwijl de formele procedures nog niet zijn afgerond.

De landelijke minimumeisen aan een gedoogbeleid, vastgelegd in de brief van de Ministers van VROM en Verkeer en Waterstaat van 10 oktober 1991 (TK 1991-1992, nr 22 343) en de nota "Grenzen aan gedogen" (TK 1996-1997, nr 25 085) waarvoor momenteel actualisering wordt voorbereid, zijn thans bekend als het "landelijk beleidskader gedogen". Deze beleidslijnen worden onderschreven en dienen als basis voor het gemeentelijk handhavings/gedoogbeleid. De inhoud van deze notitie is deels aanvullend, geactualiseerd en specifiek gericht op de uitgangspunten van de nota Programmatisch Handhaven.

Doel

Handhaven is geen vrijblijvende zaak. Hoewel de wettelijke regelingen een vrije bevoegdheid van de overheid suggereren, is in de rechtspraak de vrije ruimte steeds verder ingeperkt en blijkt alleen in uitzonderingssituaties nog ruimte te zijn om niet te handhaven. De overheid heeft de beginselplicht om bij overtredingen handhavend op te treden. Daarnaast staat de nota Programmatisch Handhaven een daadkrachtig optredend college voor.

Het doel van deze notitie is te zorgen dat de doelgroepen zich bewust zijn van de handhavende taak van de overheid met betrekking tot de Woningwet, Wet op de Ruimtelijke Ordening, de bouwverordening, de Wet Milieubeheer en het Bouwstoffenbesluit. Dit doel kan worden bereikt door naast een consequent handhavingsbeleid de beperkte gedoogmogelijkheden helder en eenduidig te formuleren. Als gevolg daarvan zullen de wettelijke regels beter worden nageleefd.

Resultaat

De overheid kan met het in deze notitie beoogde handhavings- en gedoogbeleid bij overtredingen snel en adequaat handelen. Zonder een, veelal intensief en tijdrovend, onderzoek kan eenvoudigweg worden getoetst aan de vastgestelde gedoogregels. Zowel voor de overtreder als voor de overheid is een inzichtelijk kader aanwezig, wat de kwaliteit van de handhaving te goede komt.

Te onderscheiden gedoogsituaties

Gedogen kan op verschillende manieren plaatsvinden. Het kan een uitdrukkelijke beslissing zijn om niet op te treden maar ook een stilzwijgend besluit.

De drie meest genoemde onderscheidingen zijn:

1. stilzwijgend (passief) of uitdrukkelijk (actief) gedogen.

Van passief gedogen is sprake als de overheid (willens en wetens) niets doet. Voor de rechtsbescherming maakt het daarbij verschil of sprake is van langdurig of kortstondig stilzwijgend gedogen.

Ingeval van langdurig stilzwijgend gedogen kan het vertrouwen gewekt worden, dat ook in de toekomst niet meer tegen de overtreding zal worden opgetreden.

Ingeval van kortstondig gedogen verliest de overheid niet snel haar bevoegdheid om alsnog handhavend op te treden, omdat in die situatie nog geen sprake kan zijn van een gerechtvaardigd gewekt vertrouwen bij de overtreder, dat tegen de overtreding niet zal worden opgetreden.

Stilzwijgend gedogen behoort in beginsel uitgesloten te zijn. Ook in een situatie dat gedogen aanvaardbaar is, omdat handhaving een feitelijke onmogelijkheid is en elke ruimte tot belangenafweging ontbreekt, behoort dat gedogen schriftelijk (uitdrukkelijk) te worden bevestigd, zodat de belanghebbenden in ieder geval de mogelijkheid hebben dat besluit rechterlijk te laten toetsen.

2. Vooraf of achteraf gedogen.

Vooraf gedogen houdt in, dat de overheid - nog voordat de overtreding heeft plaatsgevonden of zal plaatsvinden - stilzwijgend of uitdrukkelijk kenbaar maakt, dat tegen een overtreding niet zal worden opgetreden. Gebeurt dat gedogen schriftelijk, dan worden aan het gedoogbesluit vaak voorschriften verbonden ter bescherming van de belangen van derden. Deze vorm van gedogen komt slechts zelden voor. Te denken valt aan situaties waar tijdens een controle of inspectie een acute onveilige situatie wordt geconstateerd (bijvoorbeeld bij scholen) en waarbij onmiddellijk voorzieningen moeten worden getroffen. Het in afwachting van een lange vergunningsprocedure (veelal bij monumenten) gedogen van de werkzaamheden versnelt het uitvoeringsproces. De onveilige situatie kan op deze wijze zo spoedig mogelijk worden beëindigd.

Meestal is sprake van achteraf gedogen omdat de overtreding al plaatsgevonden heeft en er alle belangen in aanmerking nemend onvoldoende aanleiding is gevonden om handhavend op te treden.

3. gedogen zondermeer of gedogen in de verwachting dat de overtreding kan worden gelegaliseerd.

Gedogen "zondermeer" wil zeggen, dat de overheid besluit te gedogen zonder uitdrukkelijk blijk te geven van een belangenafweging. Het zal duidelijk zijn dat deze vorm van gedogen onaanvaardbaar is. Daartegenover staat het "gedogen in de verwachting dat de overtreding kan worden gelegaliseerd".

De aan het gedoogbesluit te stellen eisen

Een gedoogbeschikking is een besluit in de zin van de Algemene wet Bestuursrecht. Het college van burgemeester en wethouders dient het gedoogbesluit vast te stellen.

Het besluit moet inzicht geven in de overwegingen die tot het gedogen hebben geleid. Uit die overwegingen dient de belangenafweging te blijken. Bij de afweging om al dan niet tot handhaving over te gaan, spelen de beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke rol (motivering, vertrouwen, gelijkheid). Over de noodzaak tot gedogen, de tijdsduur, voorwaarden en de wijze van handhaving tijdens de gedoogperiode dient vooraf overleg te zijn gepleegd met de overtreder, belanghebbenden en andere handhavingspartners zoals inspectie VROM, politie, Openbaar Ministerie. De betrokken partijen worden schriftelijk op de hoogte gebracht van het voornemen tot het nemen van een gedoogbesluit en worden tevens in de gelegenheid gesteld een zienswijze naar voren te brengen.

Een gedoogbesluit moet in ieder geval voldoen aan de hierna genoemde vereisten:

- a. het besluit moet inzicht geven in de overwegingen die tot het gedogen hebben geleid. Uit die overwegingen dient de belangenafweging te blijken;
- b. aan het besluit dienen voorschriften te worden verbonden in het belang van de bescherming van alle bij de zaak betrokken belangen;
- c. het besluit moet uitdrukkelijk de periode vermelden waarvoor het besluit geldt;
- d. het besluit moet worden gepubliceerd en aan belanghebbenden medegedeeld onder vermelding van de mogelijkheid van bezwaar en beroep en het vragen van een voorlopige voorziening;
- e. in het besluit moet een risicoparagraaf opgenomen zijn. Het besluit dient uitdrukkelijk te vermelden, dat de gedoogde handelt op eigen risico en dat het besluit de vervolgingsbevoegdheid van het Openbaar Ministerie onverlet laat. Indien door overleg tussen bestuur en het Openbaar Ministerie tot een gedoogbesluit is gekomen, zal het OM veelal terugtreden voor wat betreft strafrecht. Echter het OM zal altijd een zelfstandige bevoegdheid in deze hebben. Afstemming van beide handhavinglijnen is daarom noodzakelijk.

Handhaven van het gedoogbesluit

Het gedoogbesluit onder voorwaarden en tijdsduur zal periodiek worden gecontroleerd. Indien niet wordt voldaan aan de voorwaarden van het gedoogbesluit dient dit terstond door het college te worden ingetrokken. Pas hierna kunnen nadere bestuursrechtelijke sancties worden opgelegd zoals dwangsom of sluiting. Ook strafrechtelijke handhaving (politie en Openbaar Ministerie) zal op deze specifieke situatie dienen te worden afgestemd. Er wordt dan gehandhaafd op grond van de achterliggende (wettelijke) regels ten aanzien waarvan werd gedoogd. Alhoewel bestuurlijk gedogen in beginsel geen strafrechtelijke vervolging in de weg staat, dient ook in dat kader te worden gekeken naar de specifieke situatie.

De aansprakelijkheid van de gemeente

De overheid heeft de plicht de veiligheid van haar burgers te waarborgen. Om overtredingen te bestrijden dienen burgemeester en wethouders de beschikbare wettelijke instrumenten in te zetten. In sommige situaties zal het expliciet afzien van handhaving de veiligheid garanderen. In deze gevallen dient het college zijn verantwoordelijk te nemen.

Een gedogende overheid is een overheid die risico's loopt. Indien ten onrechte wordt gedoogd en achteraf alsnog uitvoering moet worden gegeven aan sancties kan dat betekenen, dat de gedoogde grote schade lijdt. Maar ook in het geval een gedoogbesluit in stand wordt gelaten kan er sprake zijn van schade voor derden.

Door uitdrukkelijk te wijzen op het eigen risico van de overtreder bevrijdt het bevoegde bestuur zich van haar aansprakelijkheid tegenover de gedoogde. Dit voorbehoud bevrijdt de overheid echter niet van haar aansprakelijkheid tegenover derden. Uit een beslissing met betrekking tot het al dan niet gedogen (c.q. het al dan niet toepassen van bestuursdwang) zal moeten blijken, dat de mogelijkheid van schade door derden in de belangenafweging heeft meegespeeld.

Conclusies en aanbevelingen

Gedogen is geen alternatief voor een goed handhavingsbeleid. Het kan wel dienen ter overbrugging van een periode tot het moment waarop een vergunning kan worden verleend.

Gedogen kan slechts in uitzonderingssituaties worden aanvaard. Burgemeester en wethouders dienen met inachtneming van de gebruikelijke rechtsbescherming, inspraak en overleg met andere handhavingpartners specifieke afwegingen te maken bij hun besluitvorming. Het afgeven van gedoogbeschikkingen dient met grote terughoudendheid te worden betracht, omdat gedogen een doorkruisen betekent van uitgebreide, met waarborgen omgeven, procedures. Bovendien wordt door het afgeven van een gedoogbeschikking op grond van het vertrouwensbeginsel de toepassing van sancties bemoeilijkt, vooral als een vergunning in het vooruitzicht is gesteld. Om die reden dient altijd zorgvuldig te worden onderzocht of een te gedogen situatie wel kan worden gelegaliseerd.

Een gedoogbeschikking is een besluit dat op grond van de Algemene wet bestuursrecht door de bestuursrechter kan worden getoetst. Het is vereist om voor de totstandkoming van gedoogbesluiten de voorbereidingsprocedure zoals bedoeld in de Algemene wet bestuursrecht te volgen.

Om het risico van de aansprakelijkheid in te dammen is het noodzakelijk om in gedoogbesluiten aan te geven dat de gedoogde activiteit geheel voor eigen risico van de overtreder plaats vindt.