

Wabo Sanctiestrategie

(uitgebreide strategie)



Sanctiestrategie
**Basisaanpak voor het bestuursrechtelijk en
strafrechtelijk optreden bij overtredingen**

Stadsgewest Haaglanden
27-01-2011

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave.....	2
1.1 Inleiding	3
1.2 Opzet van de strategie	3
1.3 Reikwijdte van de strategie.....	5
1.4 Inzet sanctiemiddelen eigen bestuursorgaan en andere overheden	6
2. Achtergronden en uitgangspunten van de strategie	7
2.1 Inleiding	7
2.2 Relatie sanctiestrategie - nalevingsstrategie	7
2.3 Niet-handhaven en gedogen.....	7
2.4 Toelichting op de sanctiematrix.....	8
3. Toepassen strategie.....	12
3.1 Inleiding	12
3.2 Toepassen stappenschema	12
Bijlage 1: het Gedoogkader	21
1. Inleiding	21
2. Uitvoering van het Gedoogkader	22
3. Van belang zijnde aspecten	23
Bijlage 2: Begrippenlijst	1

1. Inleidend hoofdstuk

1.1 Inleiding

In de sanctiestrategie is aangegeven hoe wordt omgegaan met geconstateerde bestuursrechtelijke overtredingen. De sanctiestrategie (ook wel interventiestrategie genoemd) wordt gehanteerd als leidraad om te bepalen hoe er formeel gereageerd wordt op geconstateerde overtredingen.

De sanctiestrategie beschrijft de rode draad in het handhavingsproces. Uitgangspunt is de "beginselplicht tot handhaving" zoals deze in de rechtspraak is geformuleerd. Dit houdt in dat in beginsel van de overheid verwacht mag worden dat zij handhavend optreedt tegen geconstateerde overtredingen. Niet tegen alle overtredingen is het mogelijk en wenselijk om handhavend op te treden en bovendien is er ook niet de capaciteit -indien het wel mogelijk en wenselijk wordt geacht- om tegen iedere overtreding handhavend op te treden. De strategie is daarom zo opgesteld dat zij een gestructureerd afwegingskader biedt, maar tegelijkertijd enige flexibiliteit biedt om in te spelen op en rekening te houden met lokale wensen en omstandigheden.

In deze strategie wordt na een inleidend hoofdstuk (hoofdstuk 1) ingegaan op de achtergronden van de verschillende elementen en aspecten van de strategie (hoofdstuk 2). In hoofdstuk 3 komen de stappen die de kern vormen van de strategie aan de orde. In een aparte bijlage is het gehanteerde gedoogkader opgenomen.

1.2 Opzet van de strategie

In de toelichting op het Besluit omgevingsrecht wordt bepaald wat de doelstelling van de sanctiestrategie is.

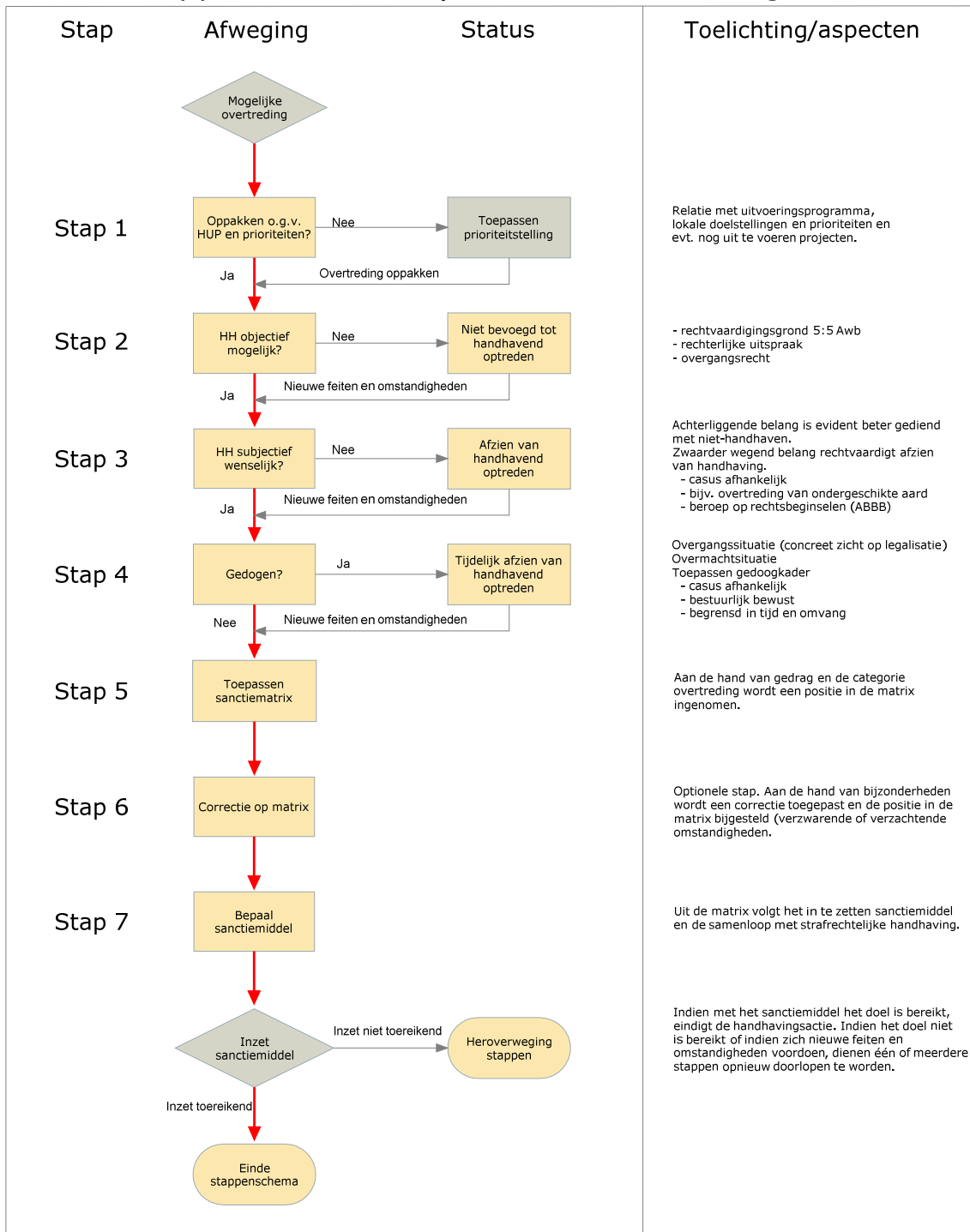
De Sanctiestrategie moet inzicht geven in het bestuursrechtelijk optreden door het bestuursorgaan, dat wil zeggen het ter zake van een overtreding geven en uitvoeren van beschikkingen tot het toepassen van bestuursdwang, het opleggen van een last onder dwangsom, het geheel of gedeeltelijk intrekken van een vergunning of ontheffing of het juist expliciet achterwege laten van handhaving in een situatie waarin dat beter op zijn plaats is dan handhaving.

In deze strategie wordt aan de hand van een stappenschema een aantal keuzemogelijkheden doorlopen om zodoende tot een gedegen afweging te komen. Indien tot de conclusie wordt gekomen dat een handhavingsinstrument ingezet dient te worden, wordt in deze strategie aan de hand van het toepassen van de "sanctiematrix" een gepaste reactie richting overtreder bepaald.

De sanctiestrategie omvat:

- een koppeling met de op lokaal niveau gestelde prioriteiten en lokale omstandigheden;
- een afwegingskader om te bepalen of niet-handhavend optreden aan de orde kan zijn;
- een gedoogkader om te bepalen of tijdelijk afzien van handhaving aan de orde kan zijn;
- een op elkaar afgestemd bestuursrechtelijk – strafrechtelijk optreden tegen overtreding van de gestelde normen;
- een passende reactie op geconstateerde overtredingen;
- een stringenter reactie bij voortdrijving van de overtreding;
- een regeling voor optreden tegen strijdigheden welke zijn begaan door de eigen organisatie en/of andere overheden;
- de mogelijkheid om schriftelijk gemotiveerd af te wijken van de strategie.

Stappenschema toepassen sanctiestrategie



1.3 Reikwijdte van de strategie

De sanctiestrategie biedt een formeel kader om af te wegen of er redenen zijn om (al dan niet tijdelijk) af te zien van handhavend optreden en indien deze redenen er niet zijn, aan de hand van het gedrag van de overtreder en de ernst van de overtreding te komen tot een gepaste reactie (sanctie-instrument). De sanctiestrategie is een beslissingsondersteunend model. Dit betekent dat de strategie de handhaver stuurt in het proces om te komen tot een beslissing over de wijze waarop in principe op een overtreding gereageerd moet worden.

De sanctiestrategie Haaglanden biedt op regionaal niveau een uniform beleidskader. Uit dit beleidskader volgt de rode draad in het te volgen handhavingstraject. Dit gezamenlijke beleidskader zorgt voor uniformiteit. De uniformiteit in handelen krijgt betekenis wanneer de strategie wordt toegepast door de handhavingsorganisaties binnen de regio Haaglanden. Bij het uniform hanteren van de strategie ontstaat immers eenzelfde aanpak van geconstateerde strijdigheden. Dit betekent duidelijkheid binnen de organisaties en daarbuiten voor bedrijven/particulieren. De effectiviteit bestaat eruit dat de reacties zijn gerelateerd aan het karakter van de waargenomen strijdigheden en aan de motieven van de overtredders.

Uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat het toepassen van de sanctiematrix geen doel op zich dient te worden. Het is een middel om te komen tot een zorgvuldige afweging. De sanctiestrategie voorziet in een bepaalde systematiek. Het is echter niet de bedoeling dat deze systematiek in een concreet geval in de weg van een wenselijke oplossingsrichting komt te staan. Afwijken van de sanctiestrategie is daarom mogelijk en soms ook wenselijk. Wel dient afwijken van de sanctiestrategie gemotiveerd te worden en dient dit afdoende gedocumenteerd te worden. Hierdoor is de afhandeling reproduceerbaar en kan het duidelijk zijn dat er geen sprake is van willekeur. De sanctiestrategie laat, gelet op het bovenstaande, onverlet de mogelijkheden van alternatieve geschilbeslechting zoals: overleg, bemiddeling en mediation.

De sanctiestrategie biedt -vooralsnog- geen inzicht in de in het kader van sanctionering gehanteerde termijnen. Aan deze verplichting (op grond van [artikel 7.2 van het Bor](#)) dient op lokaal niveau verder invulling te worden gegeven.

Ten aanzien van strafrechtelijke handhaving wordt opgemerkt dat in de strategie is aangegeven in welke gevallen van bestuursrechtelijke handhaving een samenloop met strafrechtelijke handhaving aan de orde kan zijn. Dit houdt desondanks in dat in gevallen dat op grond van deze strategie strafrechtelijke samenhang met bestuursrechtelijk optreden niet direct aan de orde is, er in deze of gelijke gevallen desgewenst strafrechtelijk kan worden opgetreden. Deze afweging is voorbehouden aan het OM en valt buiten de reikwijdte van deze strategie.

1.4 Inzet sanctiemiddelen eigen bestuursorgaan en andere overheden

Op overtredingen van overheden volgt inhoudelijk dezelfde reactie als op overtredingen van burgers en bedrijven. In de procedure wordt transparant en openbaar gehandeld. Overheden of publieke ondernemingen die overtredingen blijken te plegen worden bestuursrechtelijk op precies dezelfde wijze behandeld als private ondernemingen of burgers. Ook op overtredingen begaan door diensten of gelieerde instellingen van de eigen organisatie wordt conform eerder beschreven hoofdlijn gereageerd.

De genoemde transparantie en openbaarheid bestaan uit;

1. een toezichthouder (of zijn leidinggevende) die door het bestuur gemandateerd is om, bij constatering van een overtreding door een eigen overheidsdienst of –instelling, deze standaard conform de strategie af te handelen. Dit betekent dat tevens in een brief of memo onverkort de gebruikelijke bestuursrechtelijke handhavingstappen worden aangekondigd en;
2. deze brief of memo niet slechts aan de beheerder van de dienst of instelling wordt gestuurd, maar tevens in afschrift aan:
 - a. de voor die dienst of instelling verantwoordelijke portefeuillehouder en
 - b. de handhaving en/of Wabo-verantwoordelijke portefeuillehouder;
3. het bestuur behandelt deze constatering op zodanige wijze dat het resultaat open staat voor democratische controle.

2. Achtergronden en uitgangspunten van de strategie

2.1 Inleiding

In deze strategie komen veel verschillende aspecten uit het handhavingstraject naar voren. In paragraaf 1.2 is al een opsomming gegeven. Voor sommige van deze aspecten is het goed dat deze worden toegelicht en dat de context wordt aangegeven, omdat er anders bij het doorlopen van het stappenschema onduidelijkheid kan ontstaan. Om deze reden wordt uitvoerig aandacht besteed aan de achtergronden bij de "sanctiematrix" en de samenhang van deze matrix met het strafrechtelijke optreden. Voor een toelichting die specifiek hoort bij de betreffende stappen is dit ondervangen door bij het doorlopen van de stappen (hoofdstuk 3) een uitleg op hoofdlijnen en een uitleg met achtergrondinformatie op te nemen.

2.2 Relatie sanctiestrategie - nalevingsstrategie

De sanctiestrategie maakt onderdeel uit van de nalevingsstrategie. In de nalevingsstrategie wordt in een bredere context beschreven hoe (spontane) naleving van regelgeving door het bestuursorgaan bevorderd wordt. Andere onderdelen van de nalevingsstrategie zijn: de preventiestrategie, de toezichtstrategie en de rapportagestrategie. Deze strategie-onderdelen kunnen zelfstandig van elkaar worden opgesteld, echter is -gelet op de effectiviteit van de nalevingsstrategie als geheel- het van belang dat alle strategie-onderdelen op elkaar aansluiten. Aangezien de sanctiestrategie als enige strategie op regionaal niveau wordt vastgesteld is het van belang dat op lokaal niveau de overige strategieën zo worden opgesteld dat deze aansluiten op de sanctiestrategie.

2.3 Niet-handhaven en gedogen

Alvorens er tot de inzet van sanctiemiddelen (handhaving) kan worden overgegaan dient in het kader van een zorgvuldige voorbereiding onderzocht te worden of er redenen zijn om in een concreet geval tijdelijk of in zijn geheel van handhaving af te zien. Niet in alle gevallen is het algemeen belang gediend met handhaving en sommige gevallen kunnen andere belangen dan die gemoed zijn met handhaving, prevaleren.

In de volksmond wordt dit niet handhavend optreden gedogen genoemd, maar wij spreken hier liever van "niet-handhaven", omdat niet-handhaven meer omvat dan "gedogen"¹. Gedogen is een vorm van niet-handhaven, maar geen synoniem. In een aparte bijlage is het gedoogkader opgenomen.

Voorbeelden van situaties waarin niet handhavend wordt opgetreden, maar waar niet van gedogen (in de zin van dit gedoogkader) wordt gesproken zijn: de situatie waarin bij onherroepelijke uitspraak handhavend optreden is uitgesloten of een handhavingsbesluit is vernietigd. De situatie waarin voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestond ([artikel 5:5 Awb](#)). De situatie waarin op grond van een belangenafweging tot de conclusie wordt gekomen dat handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

In deze strategie komt het onderscheid tussen niet-handhaven (ruime begrip) en gedogen (specifieke vorm van niet-handhaven) vooral naar voren in de duur van het afzien van handhavend

¹ De term gedogen hanteren we in die situaties waarin het bestuursorgaan feitelijk en juridisch kan handhaven, maar besluit om, al dan niet onder voorwaarden gedurende een zo kort mogelijke periode, bestuurlijk bewust niet handhavend op te treden in overmacht- of overgangssituaties.

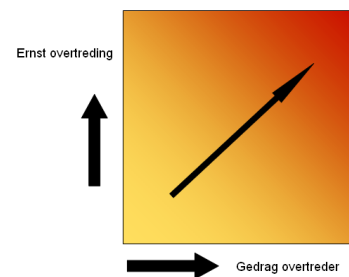
optreden. Bij de afweging om een overtreding te gedogen is altijd een tijdsaspect betrokken. Gedogen vindt slechts plaats voor een zo kort mogelijke periode. De beslissing om niet handhavend op te treden omdat het bestuursorgaan niet bevoegd is, of het niet wenselijk vindt om op te treden, kan een definitief karakter hebben.

Op basis van de lokale prioriteiten, doelstellingen en de beschikbare handhavingscapaciteit kan het zijn dat bepaalde overtredingen niet direct worden opgepakt. In die gevallen wordt aan de afweging wel handhaven-niet handhaven nog niet toegekomen. Er is in dit stadium geen sprake van gedogen, zoals bedoeld in dit beleidskader.

2.4 Toelichting op de sanctiematrix

2.4.1 Inleiding

Uitgangspunt van de sanctiestrategie is dat gedrag en ernst van de overtreding bepalend zijn voor de keuze van het in te zetten sanctiemiddel. Hiernaast is schematisch weergegeven hoe ernst van de overtreding en gedrag van de overtreder in relatie staan tot inzet van sanctiemiddelen, van licht (licht-geel) naar zwaar (rood). De ernst van de overtreding betreft de gevolgen voor o.a. over milieu, veiligheid, gezondheid, fysieke omgeving, natuur- en cultuurhistorische waarden. Gedrag loopt van onbedoeld/ onbewust (pro-actief) via moet kunnen, via calculerend naar bewust en structureel gedrag.



2.4.2 Algemeen

In verband met de heldere toepasbaarheid is de matrix verdeeld in 16 vlakken, vanuit vier kolommen voor het gedrag van de overtreder op de X-as en vier kolommen voor de ernst van de overtreding.

De (mogelijke) gevolgen m.b.t. bijv: - milieu - veiligheid - gezondheid - fysieke leefomgeving - personen - natuur- en landschapswaarden Zijn:	aanzienlijk, dreigend en/of onomkeerbaar	ernst ↑ 4					
	van belang	3					
	beperkt	2					
	vrijwel nihil	1	Y-as	X-as			
							→ gedrag
Het gedrag van de overtreder is:			pro-actief	onverschillig	calculerend	bewust en structureel	

2.4.3 Uitgangspunten bij de sanctiematrix

In de brief van de Minister van VROM aan de Tweede Kamer (TK 29 383, nr. 83, 2007) staat de rolverdeling tussen het bestuur en het OM als volgt beschreven:

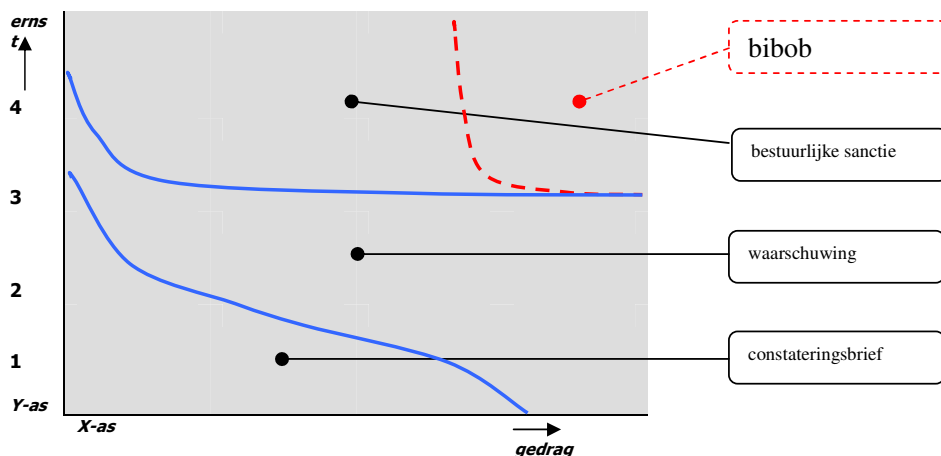
- Afdoening door bestuur: overtredingen van voorschriften zonder strafrechtelijk relevante omstandigheden.
- Afdoening door bestuur en/of OM: overtredingen van voorschriften onder strafrechtelijk relevante omstandigheden alsmede prioritair handhavingsproblemen.
- Afdoening door het OM, aanvullend door het bestuur: (middel)zware criminaliteit.

Het OM wil dat de opsporingscapaciteit zich concentreert op het segment rechts bovenin de matrix, namelijk de betekenisvolle zaken. Deze zaken komen in aanmerking voor behandeling voor een meervoudige kamer en een weegfase voor een stuurgroep. Er zijn bijzondere opsporingmiddelen (BOB) nodig en/of het betreft feiten waar voorlopige hechtenis is toegelaten, zoals economische milieudelicten waar van opzet sprake is. Buiten dit segment rechtsboven wijkt de opsporing zoveel mogelijk voor de bestuurlijke aanpak, mits daartoe passende instrumenten beschikbaar zijn. In de paragraaf 'Positionering strafrechtelijke instrumenten' wordt nader ingegaan op de opsporing.

Toepassing van de matrix betekent aangepast optreden, door een genuanceerdere invulling van sanctie instrumenten, maar laat onverlet, dat afwijkingen volstrekt transparant dienen te worden gemaakt en vastgelegd, dus gemotiveerd en gedocumenteerd.

In deze matrix wordt vervolgens de bestuurlijke en strafrechtelijke aanpak gepositioneerd. Genoemde uitgangspunten worden ingevuld in deze bovenstaande matrix. Door met lijnen aan te geven waar de sanctie instrumenten van toepassing zouden moeten zijn, ontstaat globaal zicht op de verschillende zones.

2.4.4 Positionering bestuurlijk optreden



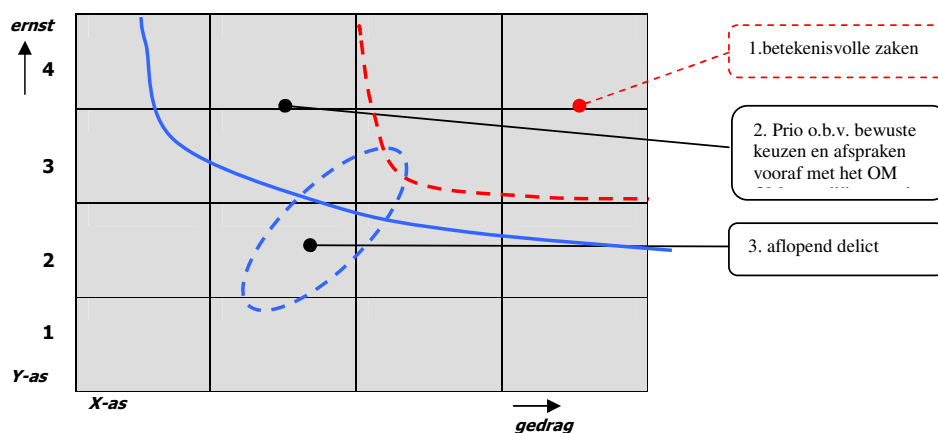
Hoewel deze benadering geen uitsluitel over de juridische haalbaarheid geeft, maakt dit wel de primaire keuze duidelijk. Per geval zal steeds moeten worden afgewogen of bijvoorbeeld de last onder dwangsom, of de last onder bestuursdwang het beste instrument vormt.

Bibob is als bestuurlijk instrument toepasbaar op [artikel 2.1 van de Wabo](#). Voor het startpunt van een Bibob-traject zijn drie gronden: een vergunningaanvraag; het informatiebureau Bibob en handhavingsindicaties. Deze matrix maakt deze handhavingsindicaties als grondslag inzichtelijk (zie bijlage 1). De indicaties betreffen

het gevaar voor misbruik van subsidies, aanbestedingen of vergunning, door het bewust en structureel plegen van strafbare feiten of het witwassen van financiële voordelen uit strafbare feiten.

De matrix bevat de beginselen proportionaliteit en subsidiariteit: linksonder worden op grond van aard van de overtreding en gevolgen in combinatie met gedrag en achtergrond van de overtreder minder ingrijpende middelen ingezet, terwijl meer naar rechts en naar boven meer ingrijpende middelen worden ingezet. Hierbij kan optioneel bij de positionering gebruik worden gemaakt van eventuele verzachtende of verzwarende omstandigheden (stap 2 in het stappenschema). Zo kan een argument voor opwaarderen naar rechts en/of naar boven in de matrix het spoedeisende en onomkeerbare karakter zijn van de overtreding en gevolgen in combinatie met het gedrag van de overtreder. Een doorgaans goedwillende die onverwijld voldoende maatregelen neemt na overtreding, zal een reden kunnen zijn voor een stap naar links en/of onder.

2.4.5 Positionering strafrechtelijk optreden



Het strafrechtelijk optreden (i.c. opsporing) betreft de betekenisvolle zaken, gezamenlijk vastgestelde prioriteiten en aflopende delicten:

- 1 De voor de opsporing belangrijke zaken, de betekenisvolle zaken, zijn de zaken waar het OM bij uitstek de opsporingscapaciteit voor vrij houdt. Dit zijn zaken waarbij er sprake is van (risico op) aanzienlijk en/of onomkeerbaar gevaar, schade, hinder, met maatschappelijke onrust en/of doden of gewonden als gevolg. De oorzaak ligt in het calculerend gedrag en/of bewust en structureel plegen van strafbare feiten. In deze gevallen is de weging altijd individueel per geval. De betekenisvolle zaken zitten in het gebied CD34 van de matrix.
- 2 Zaken die een strafrechtelijke meerwaarde hebben en waarbij het OM altijd bij de besluitvorming is betrokken. Het gaat om geringere feiten, waarbij ten gevolge van stapelen van problemen, op basis van bewuste keuzen en gezamenlijke afspraken met het OM, zijn de prioriteiten vooraf bepaald. Dit kan gaan om aanpak van bijvoorbeeld een specifiek branche-, keten- of activiteitenprobleem. Door middel van dergelijke afspraken worden bestuurlijke en strafrechtelijke aanpak op elkaar afgestemd.
- 3 De wolk in het middendeel betreft aflopende delicten, zoals niet doen van een belangrijke melding, waardoor beoordeling of controle door de overheid wordt beperkt of onmogelijk gemaakt. De gevolgen van de overtreding kunnen in de regel achteraf niet ongedaan gemaakt².

² Voorbeelden van aflopende delicten zijn:
 - slopen zonder vergunning;
 - kappen zonder vergunning;

Deze overtredingen komen vanwege het in de regel, eenmalige karakter vaak niet goed in aanmerking voor bestuursrechtelijk optreden met de huidige instrumenten.

Het is niet te voorkomen dat voor het bepalen van de plaats binnen de matrix veelal onderzoek zal moeten worden verricht. Pas dan kan de zwaarte van het dwangmiddel worden bepaald.

3. Toepassen strategie

3.1 Inleiding

Zoals aangegeven in de voorgaande hoofdstukken dient aan de hand van het doorlopen van een stappenschema bepaald te worden of en zo ja welk sanctie-instrument als gepaste reactie op de overtreding wordt aangemerkt. De eerste stap van het stappenschema legt de relatie met het uitvoeringsprogramma en de lokale prioriteiten. De tweede tot en met de vierde stap geven de afwegingen weer om (al dan niet tijdelijk) af te zien van handhavend optreden. De vijfde tot en met de zevende stap beschrijven de keuze voor het in te zetten sanctiemiddel. Voor een visuele weergave van de verschillende stappen wordt verwezen naar de figuur in paragraaf 1.2.

3.2 Toepassen stappenschema

Stap 1

De eerste vraag die gesteld dient te worden, is de vraag hoe een geconstateerde 'mogelijke overtreding' zich verhoudt tot het HUP en de lokaal gestelde prioriteiten en doelstellingen. Indien deze match niet wordt gemaakt, bestaat de kans dat regie verloren gaat en de handhavingspraktijk wordt overgeleverd aan de waan van de dag. De uitkomst is dat ofwel de 'handhavingszaak' verder wordt opgepakt (stap 2) of dat nog gewacht wordt met oppakken van de overtreding, met het doel om deze in een later stadium (al dan niet programmatisch en projectgewijs) op te pakken.

Stap 2

Hoofdpijnen

De tweede vraag die gesteld dient te worden is de vraag of tegen een geconstateerde 'mogelijke overtreding' wel handhavend opgetreden kan worden. Er kunnen zich namelijk situaties voordoen waarin een aanvankelijk geconstateerde overtreding van een in de regelgeving opgenomen norm niet voor handhaving in aanmerking komt en men uiteindelijk tot de conclusie komt dat er geen strijd met het "recht" bestaat³. Kortom, is het bestuursorgaan bevoegd om handhavend op te treden?

Achtergrond

Niet altijd levert een schending van een gestelde norm een overtreding op waartegen handhavend kan worden opgetreden. Een voorbeeld is de toepasbaarheid van artikel 5:5 van de Awb. Dit artikel bepaalt kort gesteld dat indien voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestaat, deze rechtvaardigingsgrond als het ware de handhavingsbevoegdheid wegneemt, waardoor niet meer handhavend opgetreden kan worden. Onder rechtvaardigingsgrond moet volgens de toelichting op dit artikel onder meer overmacht worden begrepen. Een ander voorbeeld waarbij handhavend optreden objectief gezien niet meer aan de orde is, is wanneer bij een onherroepelijke rechterlijke uitspraak dit besluit tot handhavend optreden is vernietigd of handhavend optreden is uitgesloten. Nog een voorbeeld is de toepassing van het overgangsrecht uit het bestemmingsplan. Dit overgangsrecht legaliseert niet⁴, maar resulteert er wel in dat -onder omstandigheden- de bevoegdheid om handhavend op te treden komt te vervallen. De conclusie in al deze gevallen is dat het bestuursorgaan niet bevoegd is om een handhavingsbesluit te nemen.

Stap 3

Hoofdpijnen

³ Zie MvA Eerste Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 29 702, C (vraag 58)

⁴ Overgangsrecht legaliseert in ieder geval niet hetgeen is gebouwd in strijd met het bestemmingsplan en afhankelijk van de tekst van de overgangsbepalingen vaak ook niet het gebruik.

Als het bestuursorgaan bevoegd is om handhavend op te treden, zal het bestuursorgaan -in het kader van een zorgvuldige belangenafweging- moeten afwegen of er redenen zijn om van handhavend optreden af te zien. Bij deze belangenafweging wordt een zwaar gewicht toegekend aan het algemeen belang (naleving van regels) en belangen van derden (bij naleving van de regels). In uitzonderingsgevallen kan de belangenafweging in het voordeel van de overtreder uitvallen.

Achtergrond

In de derde stap komt de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan tot uitdrukking. Uit de beginselplicht zoals deze in de rechtspraak is geformuleerd volgt:

...Voorts 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...(bijv. ABRs 11-08-2010, LJN: BN3709).

Uitgangspunt is dat aan het algemeen belang bij naleving van wet- en regelgeving, alsmede aan eventuele belangen van derden die zijn gebaat bij handhaving, in de besluitvorming een zwaarwegend belang wordt toegekend. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd om (op grond van een belangenafweging) van handhavend optreden af te zien.

- Situaties waarin het achterliggende belang evident beter is gediend met niet-handhaven

Bij deze categorie kan de situatie zich voordoen dat het door de wettelijke norm beschermde belang meer/beter kan worden bereikt op andere wijze dan door strikte handhaving van de geschonden norm. Ook hier wordt het uitzonderlijke karakter benadrukt; indien bijvoorbeeld door maatwerkvoorschriften of via een wettelijke ontheffingsmogelijkheid (legalisatie) hetzelfde resultaat kan worden behaald, dient deze weg bewandeld te worden.

ABRvS 30 maart 2005, AB 2005, 237 – Het alsnog verwijderen van de in de sloot, tussen de beschoeiing en het perceel van belanghebbende, gestorte materialen had meer nadelige gevolgen voor de kwaliteit van het oppervlaktewater dan het laten voortbestaan van de huidige situatie. Het belang dat de wettelijke regeling beoogt te beschermen was in deze situatie meer gediend bij niet handhavend optreden.

- Situaties waarin een zwaarder wegend belang het afzien van handhaving rechtvaardigt

Bij deze categorie kan worden gedacht aan het geval dat andere belangen dan die door de overtreden norm worden beschermd in de door het bestuur te verrichten afweging doorslaggevend moeten worden geacht. Dit kan onder andere aan de orde zijn indien handhavend optreden in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur blijkt te zijn en in het kader van een belangenafweging hieraan een zwaarder belang dient te worden toegekend.

ABRvS 21 juli 2004, AB 2004, 293 – Overtreder had niet voldaan aan de voorwaarde bij een vrijstelling voor een verbouwing. Het doel van deze voorwaarde, namelijk het tegengaan van inkijk, werd echter niet geschonden door de overtreding. Het belang bij de handhaving ontbrak. Handhavend optreden zou in dit geval onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen.

Uit de jurisprudentie over afgewezen handhavingsverzoeken volgt de terughoudendheid van de rechter om mee te gaan in de afwegingen van bestuursorganen om niet handhavend op te treden op grond van een belangenafweging. Een adequate belangenafweging en een deugdelijke motivering zijn daarom noodzakelijk om te onderbouwen dat in een concreet geval in redelijkheid niet van de handhavingsbevoegdheid gebruik is/wordt gemaakt. Deze beslissing om van handhavend optreden af te zien kan een definitief karakter hebben. De beslissing om niet te handhaven kan echter nooit gelijk worden gesteld met legalisatie. Nieuwe feiten en omstandigheden kunnen (na een nieuwe belangenafweging) ertoe leiden dat alsnog handhavend wordt opgetreden. Indien een overtreding legaliseerbaar is, verdient de weg van legalisatie gelet op de hieruit voortvloeiende rechtszekerheid de voorkeur.

Mocht het bestuur een verzoek om handhaving binnenkrijgen en vervolgens afzien van handhaving op grond van stap 3, dan dient het bestuur dit door middel van een besluit aan de verzoeker om handhaving, de overtreder en mogelijke derde-belanghebbenden kenbaar te maken.

Stap 4

Hoofdpijnen

Bij stap vier is het uitgangspunt dat er sprake is van een overtreding die feitelijk en juridisch handhaafbaar is. In deze stap wordt bepaald of er feiten en omstandigheden zijn die ertoe nopen om te besluiten, al dan niet onder voorwaarden gedurende een zo kort mogelijke periode, bestuurlijk bewust niet handhavend op te treden in overmacht- of overgangssituaties⁵ (de overtreding te gedogen). Dit gedogen is te allen tijde van beperkte duur en onderscheid zich daarin bij de afwegingen die onder stap 3 aan de orde zijn gekomen.

Achtergrond

Indien het bestuursorgaan bevoegd is om handhavend op te treden (stap 2) en er zijn op grond van een belangenafweging (stap 3) geen redenen om daarvan af te zien, dan wordt in stap 4 bepaald of er omstandigheden zijn om tijdelijk van handhavend optreden af te zien (de overtreding te gedogen). Bij de afweging om een overtreding te gedogen wordt gebruik gemaakt van het in een aparte bijlage opgenomen gedoogkader. Dit gedoogkader is gebaseerd op het landelijk gedoogkader. Uit het gedoogkader volgt dat het bij gedoogwaardige situaties dient te gaan om een overmachtsituatie of een overgangssituatie.

Een veel voorkomende overgangssituatie is de omstandigheid dat er concreet zicht is op legalisatie. Indien een overtreding wel legaliseerbaar is, maar er geen concreet zicht op legalisatie bestaat, is dit in beginsel geen reden om van handhavend optreden af te zien. In dat geval wordt het stappenschema doorlopen en wordt bij het ingezette sanctiemiddel (sanctiestrategie) de overtreder (en/of andere rechthebbende) op de hoogte gesteld van de legalisatiemogelijkheden. Indien van een legalisatiemogelijkheid gebruik wordt gemaakt, kan er op dat moment concreet zicht op legalisatie ontstaan, waardoor gedogen op dat moment aan de orde kan zijn. Indien er geen gebruik wordt gemaakt van de legalisatiemogelijkheid, ontstaat er geen concreet zicht op legalisatie waardoor de mogelijkheid van legalisatie niet in de weg staat aan handhavend optreden.

Een voorbeeld van concreet zicht op legalisatie is de situatie dat er een (ontvankelijke) aanvraag om omgevingsvergunning is ingediend en het vooruitzicht bestaat dat de omgevingsvergunning binnen afzienbare tijd kan worden verleend.

Sinds 1 juli 2009 is een nieuw artikel 5:5 aan de Awb toegevoegd. In stap 2 is al gerefereerd aan dit artikel. Door opname van dit artikel, krijgt het afzien van handhaving in geval van overmachtsituaties een wettelijke grondslag. Het gevolg hiervan is dat het (tijdelijk) afzien van handhaven met betrekking tot overmachtsituaties in een aantal gevallen aan de gedoogsfeer wordt onttrokken. Toch wordt in het gedoogkader de categorie overmacht situaties nog steeds genoemd. De reden hiervoor is dat er in de praktijk zich vormen van overmacht kunnen voordoen die niet onder de reikwijdte van artikel 5:5 van de Awb zullen blijken te vallen. Een voorwaarde voor de toepassing van artikel 5:5 is dat *op het moment* van de overtreding een overmachtsituatie bestond. Indien echter een overtreding het *gevolg* is van een overmachtssituatie, of een overmachtsituatie *dreigt*, is het nog maar de vraag of artikel 5:5 hierop van toepassing is. Gelet op het feit dat dit artikel van recente aard is en de beknopte toelichting op dit artikel, zal in de rechtspraak de

⁵ Deze definitie is afkomstig uit de Gedoogstrategie Haaglanden, welke deel uitmaakt van de op 22 december 2004 vastgestelde Nalevingsstrategie handhaving Haaglanden (milieu), blz 38.

reikwijdte van artikel 5:5 Awb en de aanvullende betekenis van gedogen in overmachtsituaties nog dienen te blijken.

Het feit dat er sprake is van een gedoogwaardige situatie (overgangs- of overmachtssituatie) wil niet automatisch zeggen dat er in die gevallen een recht op gedogen bestaat. Gedogen dient alleen aan de orde te zijn in bijzondere situaties.

Het enkele feit dat een omgevingsvergunning voor de activiteit kappen is verleend, maar nog niet inwerking is getreden (vergunning treedt in principe in werking 6 weken na bekendmaking), betekent niet dat -met een verwijzing naar concreet zicht op legalisatie- alvast de boom omgezaagd mag worden.

Stap 5

Hoofdpijnen

Indien een overtreding niet (of niet meer) gedoogd wordt, dient een gepaste sanctie op de overtreding bepaald te worden. De sanctiestrategie omvat alle nu geldende formele vormen⁶ van reactie of interventie die volgen op het constateren van een overtreding. Aan de hand van de ernst van de overtreding en het gedrag van de overtreder wordt bepaald waar de overtreding in de matrix het beste gepositioneerd kan worden.

De (mogelijke) gevolgen m.b.t. bijv: - milieu - veiligheid - gezondheid - fysieke leefomgeving - personen - natuur- en cultuurhistorische waarden Zijn:	aanzienlijk, dreigend en/of onomkeerbaar	ernst ↑ 4				
	van belang	3				
	bepert	2				
	vrijwel nihil	1 Y-as				
			X-as A	B	C	D gedrag
Het gedrag van de overtreder is:	pro-actief	onverschillig	calculerend	bewust en structureel		

Achtergronden

Aan de hand van het gedrag en de ernst van de overtreding wordt de positie in de matrix bepaald. De typering van de overtreder (gedrag) zal in de regel een meer structureel karakter hebben. Daarmee kan in de meeste gevallen het gedrag per controle worden vastgesteld, ook als er meerdere overtredingen worden vastgesteld.

⁶ In de nabije toekomst kan dit ook een bestuurlijke transactie zijn.

De typering van de overtreder is:	
A pro-actief	Deze waakt uit eigen beweging structureel voor overtredingen, neemt daartoe preventieve maatregelen en borgt deze binnen zijn activiteiten / bedrijfsvoering. De overtreder wil de regels volgen en de overtreding vond onbedoeld plaats ⁷ .
B onverschillig	Deze neemt het niet zo nauw met het collectieve belang, heeft een "moet kunnen houding", de overtreding en de gevolgen laten hem onverschillig ⁸
C calculerend	Deze is opportunistisch en calculerend. Hij weet dat zijn daad een bepaald gevolg kan hebben (mogelijkheidsbewustzijn), maar neemt de gevolgen op de koop toe. Daarmee neemt hij bewust risico's. Hiervan is ook sprake bij bewust belemmeren van controlerenden.
D bewust en structureel	Deze is een overtreder die bewust en structureel de regels overtreedt. Deze is uit op macht (i.c. oneerlijke concurrentie) en geldelijk gewin of werkt structureel samen met meerdere personen waarbij misdrijven worden gepleegd. De overtreding bestaat uit bijvoorbeeld fraude, oplichting en witwassen, of gaat daarmee samen.

Indien het gedrag van de overtreder -om wat voor een reden dan ook- niet voldoende bepaald kan worden, wordt hiervoor categorie B (onverschillig) gekozen. Indien een overtreding meerdere activiteiten bestrijkt wordt -indien er wordt gekozen voor één integrale reactie- het vak gekozen van de activiteit waarbij de ernst van de overtreding het hoogst is.

De ernst wordt per overtreding vastgesteld. Het bepalen van de ernst van de overtreding dient plaats te vinden aan de hand van lokale doelstellingen, prioriteiten en uitgangspunten. Idealiter heeft de gemeente een overzicht gemaakt van categorie 1- 4 gevallen.

Zijn de gevolgen veroorzaakt door de overtreding m.b.t. milieu, veiligheid en gezondheid:	
	<ul style="list-style-type: none"> - het gevaar - de schade - de hinder⁹ - en / of maatschappelijke impact
1 vrijwel nihil	De gevolgen van de overtreding m.b.t. bijv: milieu, veiligheid, fysieke leefomgeving en gezondheid zijn vrijwel nihil of te verwaarlozen.
2 beperkt	De gevolgen van de overtreding m.b.t. bijv: milieu, veiligheid, fysieke leefomgeving en gezondheid zijn beperkt van aard.
3 van belang	De gevolgen van de overtreding m.b.t. bijv: milieu, veiligheid, fysieke leefomgeving en gezondheid zijn van belang of dreigend. Dit is ook het geval bij een aanmerkelijk risico dat de overtreding maatschappelijke onrust veroorzaakt en/of doden of gewonden tot gevolg heeft.
4 aanzienlijk en/of onomkeerbaar	De gevolgen van de overtreding m.b.t. bijv: milieu, veiligheid, fysieke leefomgeving en gezondheid zijn aanzienlijk en/of onomkeerbaar. Dit is o.m. het geval als de overtreding maatschappelijke onrust veroorzaakt en/of doden of gewonden tot gevolg heeft.

⁷ Van ervaren personen/ bedrijven in een branche mag verwacht worden dat zij afdoende bekend zijn met de regels. In veel gevallen betekent dit, dat van een pro-actieve houding per definitie geen sprake kan zijn, maar veel eerder van onverschilligheid of zelfs van calculerend gedrag. Dat is ook het geval als de overtreding (steeds) pas ongedaan gemaakt wordt nadat de toezichthouder er op wijst.

⁸ Een overtreder die wel direct begint met de rommel op te ruimen na een morsing of incident, maar na eerdere vergelijkbare incidenten niet voldoende procedurele en organisatorische maatregelen heeft genomen om deze te voorkomen, kan niet gezien worden als pro-actief, maar moet gezien worden als onverschillig.

⁹ (meerdere) klachten zijn een belangrijke indicatie van hinder; terwijl incidenten vaak aanmerkelijke (risico's op) ernstige gevolgen, w.o. maatschappelijke onrust veroorzaken.

Stap 6

Optioneel

Gemeente kunnen er voor kiezen (dit vormt een optioneel gedeelte in de strategie) om voor één of meerdere activiteiten een correctiestap toe te passen. Sommige gemeenten zullen dit niet nodig vinden aangezien zij bij het bepalen van de bestuurlijke uitgangspunten en prioriteiten (indeling in categorieën) of de beoordeling van het gedrag al rekening hebben gehouden met bijzondere aspecten. Het toepassen van een correctiestap zou dan kunnen leiden tot ongewenste situaties. Indien gemeente er voor kiezen om geen correctiestap toe te passen wordt van stap 5 direct naar stap 7 gegaan.

Hoofdpijnen

Gemeente kunnen er voor kiezen om voor één of meerdere activiteiten een correctiestap toe te passen. In deze stap wordt bepaald of er verzwarende of verzachtende omstandigheden aanwezig zijn. Aan de hand van deze omstandigheden wordt een vakje naar linksonder, links, boven, rechtsboven of rechts opgeschoven.

Achtergronden

Opgemerkt wordt dat indien gemeenten er voor kiezen om deze correctiestap toe te passen zij zelf invulling dienen te geven aan het begrip "verzachtende en verzwarende omstandigheden". Hieronder is een aantal *voorbeelden* gegeven hoe hier invulling aan kan worden gegeven. Cumulatie van argumenten levert in dit voorbeeld slechts één verschuiving horizontaal, vertikaal of diagonaal op.

Verzwarende argumenten: (Naar boven en/of rechts)	<i>één cel naar</i>
• Spoedeisend karakter, bijvoorbeeld vanwege onomkeerbaarheid ¹⁰ van de gevolgen of direct dreigend gevaar.	↑
• Directe gevolgen zijn beperkt, maar risico op erger duidelijk aanwezig, bijvoorbeeld: Er is sprake van een aanmerkelijk risico op een zwaar ongeval, maar het heeft feitelijk niet plaatsgevonden. Dit betekent dat de overtreding wordt geclassificeerd als 3 op de Y-as. Zou het ongeval plaats hebben gevonden, dan valt de overtreding in 4.	↑
• De overtreding is een herhaalde en/of voortdurende overtreding.	↗
• De overtreding komt reeds op een zodanige schaal voor dat cumulatie van ongewenste effecten kan optreden,	↗
• De gevolgen van de overtreding beperken de controle of maken dit onmogelijk.	→ of ↗
• Naar aanleiding van een voorval vindt verontreiniging, schade of hinder plaats: <ul style="list-style-type: none">○ De overtreder moet worden gedwongen om adequate maatregelen te nemen.○ De overtreder ruimt slechts de gevolgen op, maar neemt geen maatregelen om dergelijke voorvallen in de toekomst te voorkomen.	→ -

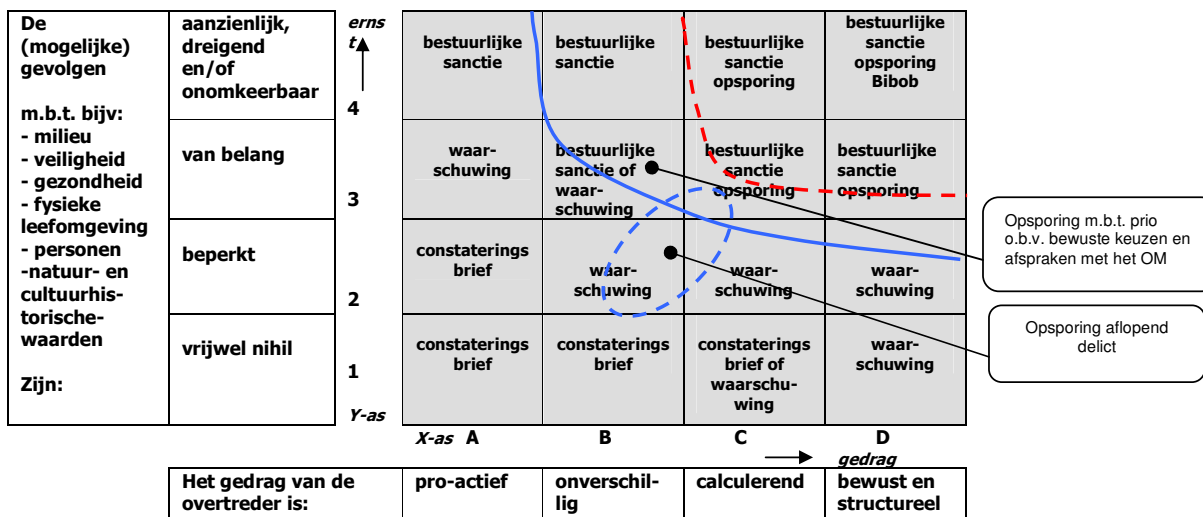
Verzachtende argumenten: (Naar beneden en/of links)	<i>één cel naar</i>
• Naar aanleiding van een voorval vindt verontreiniging, schade of hinder plaats. <ul style="list-style-type: none">○ De overtreder is niet onverschillig, calculerend of een bewuste structurele overtreder, maar neemt adequate maatregelen om dergelijke voorvallen in de toekomst te voorkomen.○ De maatregelen zijn adequaat ten einde de gevolgen te beperken en ongedaan te maken.	← ↓
• Volledige legalisatie van de handeling is een redelijke mogelijkheid.	↙
• De situatie is vergunbaar en de overtreder vraagt direct een omgevingsvergunning aan	↙

¹⁰ Bij de gevolgen van de overtredingen die al ernstig en onomkeerbaar zijn, zal de verzwarende geen invloed hebben, omdat dit al de zwaarste categorie betreft. Deze verzwarende is relevant, daar waar de gevolgen minder ernstig lijken, maar niet herstelbaar, bijvoorbeeld omdat afvalstoffen illegaal zijn uitgevoerd, illegaal heien van palen, of illegaal kappen van bomen.

Stap 7

Hoofdlijnen

Aan de hand van de uitkomst van stap 5 en (optioneel) 6 wordt in het corresponderende hokje uit de onderstaande matrix het sanctiemiddel afgelezen. Tevens kan worden bepaald of mogelijk strafrechtelijk optreden aan de orde is.



Achtergrond

De doorlopen stappen, in het bijzonder indien gebruik wordt gemaakt van de optionele mogelijkheid in stap 6 voor het veranderen van "vak" in verband met verzwarende of verzachtende argumenten, worden verifieerbaar en transparant vastgelegd. Indien de uitkomst van de matrix is dat een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd, wordt vervolgens bepaald welk specifiek middel wordt ingezet. In de meeste gevallen zal het gaan om het opleggen van een last onder dwangsom, een last onder bestuursdwang of een besluit tot (gedeeltelijke) intrekking van de vergunning.

Opgemerkt wordt dat bij het opleggen van een bestuurlijke sanctie in beginsel op grond van artikel 4:8 van de Awb, de overtreder (en eventuele andere betrokken) in de gelegenheid moeten worden gesteld om zienswijzen naar voren brengen. In veel gevallen wordt dan eerst een "voornemen" of "vooraankondiging" verstuurd. Dit is in de sanctiestrategie niet als zelfstandig sanctiemiddel aangemerkt, maar maakt onderdeel uit van het sanctiemiddel: bestuurlijke sanctie.

De volgende stap

Als men dit stappenschema doorlopen heeft zal men inzicht hebben gekregen in de vraag of er redenen zijn om -al dan niet tijdelijk- af te zien van het inzetten van sanctiemiddelen. Daarnaast zal men aan de hand van het gedrag van de overtreder en de ernst van de overtreding (categorie overtreding) een gepast sanctiemiddel hebben geselecteerd.

Afhankelijk van de aard van de overtreding is de inzet van het sanctiemiddel er ofwel op gericht om verdere/nieuwe overtreding te voorkomen of om de overtreding ongedaan te maken. Indien de inzet van het sanctiemiddel erop gericht is om de overtreding ongedaan te maken en het ingezette sanctiemiddel bleek niet tot het beoogde resultaat te hebben geleid, dient -naar het inzicht van het bestuursorgaan- een meer ingrijpend sanctiemiddel ingezet te worden om voldoende prikkel te geven om zodoende de overtreding ongedaan te (laten) maken. Bovendien kunnen er tijdens het handhavingstraject nieuwe feiten en omstandigheden naar voren komen (bijvoorbeeld zienswijzen)

die nopen tot het bijstellen van perspectief en aanleiding kunnen zijn om bepaalde stappen uit de sanctiestrategie opnieuw te doorlopen.

Zoals reeds is vermeld in paragraaf 1.3 laat de sanctiestrategie onverlet de mogelijkheden van alternatieve geschilbeslechting zoals: overleg, bemiddeling en mediation.

Bijlage 1

Het Gedoogkader

1. Inleiding

Inleiding

Mede door de inwerkingtreding van de Wabo ligt er de wens om te komen tot een breed gedoogkader. Dit gedoogkader dient toegepast te kunnen worden op alle in de Wabo genoemde activiteiten.

Wanneer men in het dagelijks taalgebruik spreekt van gedogen wordt gedogen als synoniem gebruikt voor situaties waarin door de overheid niet handhavend wordt opgetreden. Juridisch gezien is gedogen niet synoniem voor niet-handhaven. Het lastige is dat het begrip gedogen vaak in een net iets andere betekenis gebruikt wordt. Daar komt bij dat het landelijke beleidskader, dat ziet op het terugdringen van gedogen van milieu-overtredingen¹¹, niet één op één overeenkomt voor wat betreft de gedoogwaardige situaties¹² met het algemene beleidskader, de later opgestelde nota "Grenzen aan gedogen"¹³. In de volgende paragraaf wordt verder ingegaan op de relatie tussen gedogen en niet-handhaven en de relatie tussen gedogen en handhaving.

Definitie

Met het bovenstaande in het achterhoofd is het van belang om helder te formuleren wat binnen het in Haaglanden gehanteerde gedoogkader onder gedogen wordt verstaan.

Onder gedogen wordt in het Gedoogkader verstaan:

Het al dan niet onder voorwaarden gedurende een zo kort mogelijke periode bestuurlijk bewust niet handhavend optreden in overmacht- of overgangssituaties¹⁴.

De bovengenoemde definitie van gedogen past binnen het ruimere begrip "niet-handhaven".

Voorbeelden van situaties waarin niet handhavend wordt opgetreden, maar waar niet van gedogen (in de zin van dit gedoogkader) wordt gesproken zijn: de situatie waarin bij onherroepelijke uitspraak handhavend optreden is uitgesloten of een handhavingsbesluit is vernietigd. De situatie waarin voor de overtreder een rechtvaardigingsgrond bestond (artikel 5:5 Awb). De situatie waarin op grond van een belangenafweging tot de conclusie wordt gekomen dat handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

Dit gedoogkader legt vast in welke situaties en onder welke voorwaarden overtredingen gedoogd kunnen worden en vormt op dit punt een uitwerking van de sanctiestrategie.

Bij het opstellen van het Gedoogkader wordt verder geborduurd op de Gedoogstrategie Haaglanden, zoals vastgesteld door het Dagelijks Bestuur op 22 december 2004. Deze gedoogstrategie was echter toegeschreven op de activiteit milieu, terwijl dit gedoogkader toeziet op alle in de Wabo genoemde activiteiten. Wanneer in dit gedoogkader gesproken wordt over

¹¹ TK 1991-1992, 22 343, nr. 2.

¹² Rapport Gedogen met beschikkingen, Vrom-inspectiereeks (2002/03).

¹³ De nota "Grenzen aan gedogen" van het ministerie van Justitie (Sdu Uitgevers, ISBN 90399 1156 8).

¹⁴ Deze definitie is afkomstig uit de Gedoogstrategie Haaglanden, welke deel uitmaakt van de op 22 december 2004 vastgestelde Nalevingsstrategie handhaving Haaglanden (milieu), blz 38.

gedogen, dan wordt bedoeld dat een bestuursorgaan bewust schriftelijk besluit tot het tijdelijk (onder voorwaarden) niet handhavend optreden in situaties van overmacht of overgang. Voor al deze omstandigheden geldt dat het gedogen slechts in uitzonderingsgevallen en onder zorgvuldige belangenafweging kan plaatsvinden, mits het gedogen zoveel mogelijk in omvang en tijd beperkt is.

Relatie met het stappenschema uit de sanctiestrategie

In de sanctiestrategie wordt gewerkt met een stappenschema. In de praktijk zullen er echter bij de behandeling van een handhavingszaak op elk tijdstip nieuwe feiten en omstandigheden naar voren kunnen komen die van invloed zijn op eerder gemaakte keuzes. Voor de afweging om al dan niet te gedogen betekent dit dat gedurende latere fasen in het handhavingsproces er alsnog redenen kunnen zijn om een overtreding te gedogen. Het bestuursorgaan dient, bij de voortgang van het handhavingsproces, zich er constant van te vergewissen of er wellicht redenen zijn om alsnog de overtreding te gedogen of in zijn geheel van handhaving af te zien.

Omgekeerd kan het ook zijn dat een overtreding die aanvankelijk gedoogd wordt, op grond van nieuwe feiten en omstandigheden niet langer voor gedogen in aanmerking komt. Bijvoorbeeld door het niet naleven van de gedoogvoorwaarden, of door het bekend worden van nieuwe belangen die zich tegen gedogen verzetten.

In dit gedoogkader alsmede in de sanctiestrategie wordt uitgegaan van de gedachte dat er niet wordt gedoogd indien er op basis van de sanctiestrategie een sanctiemiddel wordt ingezet. Dit hoeft in de optiek van Haaglanden niet per definitie een sanctiebesluit te zijn.

Relatie bestuursrecht-strafrecht

De beslissing van een bestuursorgaan om een overtreding bestuursrechtelijk te gedogen impliceert nimmer dat er strafrechtelijk gedoogd wordt. Deze afweging is aan het OM voorbehouden. Het zelfde geldt voor het geval dat een ander bestuursorgaan op grond van een haar toe komende bevoegdheid bestuursrechtelijk handhavend kan optreden. Een bestuursorgaan is in beginsel niet gebonden aan een gedoogbeschikking van een ander bestuursorgaan.

2. Uitvoering van het Gedoogkader

- A.** Uitgangspunt is dat slechts in bepaalde gevallen en bij uitzondering mag worden overgegaan tot gedogen. Er moet sprake zijn van een overgangs- en overmachtssituatie en de uitkomst van een belangenafweging dient het gedogen niet in de weg te staan.
- B** Indien de situatie op bovenstaande gronden voor gedogen in aanmerking komt, dienen de volgende procedurele vereisten in acht te worden genomen:
 1. Indien op de situatie van toepassing (vooral bij overgangssituaties) dient aan het gedogen een ontvankelijke vergunningaanvraag ten grondslag te liggen, waarvan de verwachting is dat deze vergunning binnen afzienbare tijd ook daadwerkelijk verleend kan worden.
 2. In beginsel geschiedt het gedogen uitdrukkelijk en schriftelijk.
 3. Er kan alleen na een kenbare belangenafweging tot gedogen worden overgegaan (deugdelijke motivering).
 4. Het gedoogbesluit dient aan alle relevante vereisten uit de Algemene wet bestuursrecht te voldoen. Daarbij zal het bestuur vooral de procedurele vereisten betreffende het horen en de bekendmaking in acht moeten nemen.
 5. De te gedogen activiteit dient regelmatig te worden gecontroleerd door de gedogende instantie.

6. Het Openbaar Ministerie, de regiopolitie, de VROM inspectie en eventueel andere betrokken handhavingpartners worden, afhankelijk van de ernst van de overtreding en de betrokken belangen, betrokken in de besluitvorming ofwel op de hoogte gesteld van het besluit. Desgewenst (op instigatie van het Openbaar Ministerie) dient over de gedoogbeslissing te worden overlegd.
 7. In de beschikking wordt aangegeven dat de gedoogde activiteit geheel voor eigen risico van de overtreder plaatsvindt. De beschikking dient te vermelden dat het de handhavingbevoegdheden van andere organen dan het gedogende orgaan onverlet laat.
- C** Naast de procedurele vereisten, is het zaak inhoudelijk een juiste beslissing te nemen. Daarbij gelden de volgende randvoorwaarden:
1. Waar nodig dient de gedoogbeschikking te worden voorzien van beschermende voorwaarden.
 2. Bij niet-naleving van de gedoogvoorwaarden zal tot naleving moeten worden gemaand. Indien dit niet het gewenste effect heeft, dient alsnog handhavend te worden opgetreden tegen de onderliggende overtreding of dient bezien te worden of de voorwaarden aanpassing behoeven.
 3. In de gedoogbeschikking dient te zijn bepaald dat de gedoogbeschikking zijn rechtskracht verliest indien één of meer voorwaarden uit de gedoogbeschikking worden overtreden.
 4. De situatie mag slechts tijdelijk worden gedoogd. Dit betekent dat er een concrete eindtermijn moet worden genoemd. De totale tijdsperiode waarover wordt gedoogd, moet zo kort mogelijk zijn.
 5. De aan de beslissing ten grondslag liggende belangenafweging moet zorgvuldig zijn.
 6. Bij het gedogen van de overtreding van Europese normen dient uiterste terughoudendheid te worden betracht. In die gevallen zal hier bij de belangenafweging rekening mee moeten worden gehouden.
 7. Indien binnen één project diverse activiteiten in aanmerking komen voor gedogen, wordt ten aanzien van onlosmakelijk met elkaar verbonden activiteiten (als bedoeld in artikel 2.7 van de Wabo) een integrale afweging gemaakt.
 8. De inhoudelijke vereisten die krachtens de Algemene wet bestuursrecht aan een besluit worden gesteld, dienen in acht te worden genomen.

3. Van belang zijnde aspecten

Gedogen kan zorgen voor de nodige flexibiliteit, mits het op de juiste wijze wordt ingezet¹⁵. Hierbij dienen de belangen van bedrijven en derde belanghebbenden gewaarborgd te worden. De gevolgen van het gedogen kunnen voor een groot deel zelf in de hand gehouden worden. Dit kan door duidelijkheid te verschaffen over wat er wordt gedoogd, hoelang er zal worden gedoogd, wiens overtreding er wordt gedoogd en onder welke voorwaarden er wordt gedoogd.

Gedogen is aanvaardbaar:

1. slechts in uitzonderingsgevallen,
2. mits beperkt in omvang en tijd.

Gedogen dient:

3. expliciet (schriftelijk) en in een concreet geval na zorgvuldige kenbare belangenafweging plaats te vinden, alsmede
4. aan controle te zijn onderworpen.

¹⁵ Zie Handhaven met effect: "gedogen is de smeeroelie van het besturen; teveel smeeroelie leidt echter tot glibberig optreden".

3.1 Slechts in uitzonderingsgevallen

Gedogen kan aan de orde zijn bij overgangs- en overmachtsituaties. Uitgangspunt is dat aan de inzet van de bestuurlijke handhavinginstrumenten een belangenafweging en een zorgvuldige voorbereiding vooraf dient te gaan. Het feit dat het bestuur een bepaalde overtreding gedooft, is een factor die op verschillende plaatsen in die belangenafweging een rol speelt waarbij de belangen van de fysieke leefomgeving, de overtreder, van derden en het algemeen belang zorgvuldig dienen te worden afgewogen.

Overmachtsituaties

Er is alleen sprake van overmacht in de zin van dit gedoogkader in situaties van onverwachte, niet voorzienbare van buiten komende oorzaak/omstandigheid.

Door opname van artikel 5:5 in de Awb per 1 juli 2009, krijgt het afzien van handhaving in geval van overmachtsituaties in een aantal gevallen een wettelijke grondslag. Het gevolg hiervan is dat het (tijdelijk) afzien van handhaven met betrekking tot overmachtsituaties in een aantal gevallen aan de gedoogsfeer wordt onttrokken. Toch wordt in het gedoogkader de categorie overmacht situaties nog steeds genoemd. De reden hiervoor is dat er in de praktijk zich vormen van overmacht kunnen voordoen die niet onder de reikwijdte van artikel 5:5 van de Awb zullen blijken te vallen. Een voorwaarde voor de toepassing van artikel 5:5 is dat op het moment van de overtreding een overmachtssituatie bestond. Indien echter een overtreding het gevolg is van een overmachtssituatie, of een overmachtsituatie dreigt, is het nog maar de vraag of artikel 5:5 hierop van toepassing is. Gelet op het feit dat dit artikel van recente aard is en de beknopte toelichting op dit artikel, zal in de rechtspraak de reikwijdte van artikel 5:5 Awb en de aanvullende betekenis van gedogen in overmachtsituaties nog dienen te blijken.

Overgangssituaties

In overgangssituaties kan gedogen aanvaardbaar zijn als de consequenties van handhaving niet in redelijke verhouding staan tot de belangen die met (onmiddellijke) handhaving gemoed zouden zijn. Kenmerkend voor een overgangssituatie is, dat er concreet zicht dient te zijn op legalisatie. Gedogen kan aanvaardbaar zijn in overgangssituaties, zoals bijvoorbeeld (niet limitatief):

- Wanneer zonder toereikende vergunning wordt gewerkt, omdat door omstandigheden die buiten de macht van de vergunninghouder liggen, de nieuwe vergunning niet aansluitend op de oude (verlopen) vergunning is verleend;
- wanneer op formele gronden een vergunning is vernietigd en een nieuwe verleend kan worden;
- wanneer onderzoek moet worden verricht om overtreding van bepaalde voorschriften te beëindigen;
- wanneer nieuwe wetgeving in voorbereiding is, waardoor er in de nabije en voorzienbare toekomst geen sprake meer zal zijn van een overtreding. Hierbij valt te denken aan het moment dat een wetsvoorstel van de Tweede Kamer aan de Eerste Kamer gezonden wordt.
- wanneer er door een rechterlijke uitspraak verandering komt in de vergunningplicht.

Indien een overtreding wel legaliseerbaar is, maar er geen concreet zicht op legalisatie bestaat, is dit in beginsel geen reden om van handhavend optreden af te zien. In dat geval wordt bij het inzetten van een sanctiemiddel de overtreder, of andere rechthebbende, op de hoogte gesteld van de legalisatiemogelijkheden. Indien van een legalisatiemogelijkheid gebruik wordt gemaakt, kan er op dat moment concreet zicht op legalisatie ontstaan, waardoor gedogen op dat moment aan de orde kan zijn. Indien er geen gebruik wordt gemaakt van de legalisatiemogelijkheid, ontstaat er geen concreet zicht op legalisatie, waardoor de mogelijkheid van legalisatie niet (meer) in de weg staat aan handhavend optreden.

Voorbeelden uit de jurisprudentie

- Er is een in beginsel ontvankelijke aanvraag voor een vergunning ingediend en de verwachting is dat deze verleend zal worden (ABRS, 4 januari 2006, 200509505/ en 200509502/2).
- Wanneer er gebouwd is zonder bouwvergunning, dan is er zicht op legalisatie wanneer die bouwvergunning verleend kan worden. Wanneer eerder een vergunning is geweigerd bestaat dit zicht op legalisatie niet (ABRS, 25 januari 2006, 200503447/1).
- Afbraak van een stal, in afwijking van de bouwvergunning gerealiseerd, zou leiden tot onevenredige gevolgen voor een boer. De te dienen belangen met handhaving stonden in geen verhouding tot de gevolgen voor de boer (ABRS, 26 november 2008, 200709014/1).

Het feit dat er sprake is van een gedoogwaardige situatie (overgangs- of overmachtsituatie) wil niet automatisch zeggen dat er in die gevallen een recht op gedogen bestaat. Gedogen dient alleen aan de orde te zijn in bijzondere situaties. Het enkele feit dat een omgevingsvergunning voor de activiteit kappen is verleend maar nog niet inwerking is getreden, betekent dus niet dat -met een verwijzing naar concreet zicht op legalisatie- alvast de boom omgezaagd mag worden.

3.2 Beperken in omvang en tijd

Gedogen is slechts aanvaardbaar zolang en voor zover de uitzonderingssituatie zich voordoet. Zodra de reden tot gedogen niet langer aanwezig is, moet binnen redelijke termijn tot handhaving worden overgegaan. Ook kan de noodzaak om te gedogen weggenomen worden door de situatie te legaliseren. Is (tijdelijke) legalisering van de overtreding mogelijk dan heeft dit altijd de voorkeur boven gedogen.

3.3 Expliciet en na zorgvuldige kenbare belangenafweging

Gedogen gebeurt in beginsel altijd in de vorm van een beschikking. Een gedoogbeschikking dient expliciet en na zorgvuldige kenbare belangenafweging te worden genomen. Dit impliceert dat naast het algemeen belang ook de belangen van derden in de belangenafweging moeten worden meegenomen. Tevens moet de gedoogbeschikking uiteraard voldoen aan de overige eisen die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) aan besluiten stelt.

Alleen als gedoogbeschikkingen expliciet en daarom ook schriftelijk zijn genomen en van een zorgvuldige en kenbare motivering zijn voorzien, zijn ze ook daadwerkelijk onderworpen aan de mogelijkheid van controle. Het besluit zal eveneens duidelijk moeten zijn over de gedragingen en activiteiten die gedoogd worden, 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 beschikking bezwaar kunnen maken. Noodzakelijk is dat in de beschikking vermeld staat dat het de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie voor de strafrechtelijke rechtshandhaving onverlet laat.

Het is van belang dat in de beschikking aangaande milieuovertredingen de zorgplicht van artikel 10.1 Wm en artikel 13 Wet bodembescherming (Wbb) wordt opgenomen. Overtreding van artikel 10.1 Wm kan strafrechtelijk worden gehandhaafd omdat ze strafbaar is gesteld in artikel 1a, sub 1, WED.

Voor elke in de dagelijkse praktijk veelvuldig voorkomende situatie waarin een vergunning of melding in procedure is of in voorbereiding is en op korte termijn tegemoet kan worden gezien, wordt geen afzonderlijk schriftelijk gedoogbesluit genomen. Actieve aparte gedoogbesluiten zijn hiervoor niet wenselijk, omdat hiermee een aanzienlijke extra administratieve belasting ontstaat voor het bevoegd gezag.

3.4 Aan controle onderworpen

Wil de overheid geloofwaardig zijn, dan is het van 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. 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. Dit praktische bezwaar wordt ondervangen door in de gedoogbeschikkingen altijd een voorwaarde op te nemen waarin is bepaald dat de gedoogbeschikking zijn rechtskracht verliest indien een of meer voorwaarden uit de gedoogbeschikking worden overtreden. Dan kan wel direct van de handhavingsbevoegdheden gebruik worden gemaakt.

Bijlage 2: Begrippenlijst

Aanschrijving	Met een aanschrijving conform artikel 14 oude Woningwet gaf een gemeente te kennen dat wegens strijd met de voorschriften uit het Bouwbesluit noodzakelijke voorzieningen getroffen moesten worden.
Bestuurlijke sanctie <u>Vooraankondiging /Voornemen</u>	Schrijven van het bevoegde gezag waarin een bestuursrechtelijke sanctie (last onder dwangsom of last onder bestuursdwang, of (gedeeltelijke) intrekking van de omgevingsvergunning, of andere begunstigde beschikking) wordt aangekondigd. Het is tevens bedoeld om de overtreder de gelegenheid te geven mondeling of schriftelijk zijn zienswijze naar voren te brengen op de voorgenomen bestuursrechtelijke sanctie (art. 4:8 Awb). Tegen een vooraankondiging/ voornemen kunnen geen rechtsmiddelen worden aangewend.
<u>Last onder bestuursdwang</u> (art. 5:21 t/m 5:31 Awb)	Bestuursdwang is het door feitelijk handelen door of vanwege een bestuursorgaan optreden tegen hetgeen in strijd is met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichting is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten op kosten van de overtreder. De definitie van last onder bestuursdwang in de Awb luidt als volgt: 'Onder een last onder bestuursdwang wordt verstaan: de herstelsanctie inhoudende: a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding en b. de verplichting om te dulden dat het bestuursorgaan de last door feitelijk handelen ten uitvoer legt, indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.' Ook is hier geregeld dat de kosten van het toepassen van bestuursdwang op de overtreder verhaald kunnen worden. Tegen een beschikking tot oplegging van een last onder bestuursdwang, een uitvoeringsbeschikking en een kostenbeschikking kunnen rechtsmiddelen worden aangewend.
<u>Last onder dwangsom</u> (artikel 5:32 t/m 5:36 Awb) Geheel of gedeeltelijke	Een last onder dwangsom strekt ertoe de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel een herhaling van de overtreding te voorkomen. De dwangsom wordt vastgesteld op een bedrag ineens, een bedrag per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd, dan wel een bedrag per overtreding van de last. De definitie van een last onder dwangsom in de Awb luidt als volgt: 'Onder een last onder dwangsom wordt verstaan: de herstelsanctie inhoudende: a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding en b. de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.' Tegen een beschikking tot het opleggen van een last onder

<p><u>Intrekking omgevingsvergunning of andere begunstigde beschikking</u></p>	<p>dwangsom en een invorderingsbeschikking kunnen rechtsmiddelen worden aangewend.</p> <p>Naast een last onder dwangsom of last onder bestuursdwang kan een bestuursorgaan ook als sanctie de omgevingsvergunning of andere begunstigde beschikking geheel of gedeeltelijk intrekken. Door intrekking van een vergunning of andere beschikking ontnemt het bevoegde gezag de overtreder de juridische basis van zijn activiteit. Het intrekken van de vergunning of ontheffing als sanctie kan op o.a. indien (artikel 5.19 Wabo):</p> <p>(1) de vergunning of ontheffing ten gevolge van een onjuiste of onvolledige opgave is verleend;</p> <p>(2) er niet overeenkomstig de vergunning of ontheffing is of wordt gehandeld;</p> <p>(3) de aan de vergunning of ontheffing verbonden voorschriften niet worden nageleefd, en</p> <p>(4) de voor de houder van de vergunning of ontheffing geldende algemene regels niet worden nageleefd.</p> <p>Voorts is er nog de mogelijkheid een vergunning in te trekken zonder sanctieoogmerk (artikel 2.33 Wabo). Deze intrekkinggronden kunnen gezien worden als een verlenging van het vergunningenproces.</p> <p>Tegen een besluit tot geheel of gedeeltelijk intrekking van een vergunning of andere beschikking kunnen rechtsmiddelen worden ingesteld</p>
<p>Betekenisvolle zaak</p>	<p>een zaak die, gelet op- de inzetcriteria voor het strafrecht, wordt gedagvaard voor de meervoudige (economische) strafkamer. Dit betekent dat de zaak ten aanzien van het bewijs en de toepassing van de wet te ingewikkeld is om door de economische politierechter te worden afgedaan en/of zo ernstig, dat volgens de officier van justitie een gevangenisstraf van meer dan een jaar op zijn plaats is.</p>
<p>Constateringsbrief</p>	<p>Brief naar aanleiding van gesprek, bemiddeling, mediation of een controle waar een overtreding is vastgesteld maar waarbij geen sprake is van gevaar of aantoonbaar verwijtbaar handelen.</p> <p>In de brief wordt aangegeven welke maatregelen getroffen moeten worden om de overtreding te beëindigen en binnen welke termijn (hersteltermijn) dit moet zijn uitgevoerd. In deze brief worden geen sancties aangekondigd. Wel wordt eventueel melding gemaakt van de vervolgcontrole.</p>
<p>Fysieke leefomgeving</p>	<p>Fysieke waarden in de leefomgeving, waar onder milieubeheer, waterhuishouding, natuurbeheer, veiligheid, bouw- en woon beleid en ruimtelijke ordening.</p>
<p>Gedoogbeschikking</p>	<p>Een schriftelijk besluit van het bevoegde gezag inhoudende het – voor een concreet te bepalen termijn - afzien van het gebruik van ter beschikking staande bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten bij constatering van een</p>

	overtreding, alsmede een schriftelijk besluit van het bevoegde gezag dat tegen een overtreding die nog moet plaatsvinden, niet zal worden opgetreden. Derde belanghebbenden kunnen tegen een gedoogbeschikking rechtsmiddelen aanwenden.
Handhaven	Door toezicht en het toepassen van bestuursrechtelijke, strafrechtelijk of privaatrechtelijke middelen bereiken dat het de geldende rechtsregels worden nageleefd.
Proces-verbaal	Een woordelijk verslag van verrichtingen en bevindingen opgemaakt door een daartoe bevoegde ambtenaar.
Toezicht	<p><u>Preventief toezicht</u>: controle op de naleving van regels/voorschriften zonder concrete aanwijzing dat van een strijdigheid sprake is. Preventief toezicht heeft dan ook als doel: voorlichting en advisering over de naleving van de regels/voorschriften. Voorkomen is immers beter dan genezen.</p> <p><u>Repressief toezicht</u>: controle op de naleving van regels/voorschriften ten behoeve van opsporing van strijdigheden, ten einde eventueel daar met een sanctie op te reageren. Repressief toezicht heeft als doel: het verzamelen van informatie om vast te stellen of er sprake is van aan strijdigheid van een rechtsregel door daar gericht op te gaan controleren en vervolgens sancties aandragen om naleving gedaan te krijgen.</p>
Vrijwaringsbrief/ Besluit afzien van handhaving	Brief waarin wordt aangegeven dat er wel sprake is van een overtreding maar dat wordt afgezien van handhaving omdat er sprake is van ondergeschikt belang.
Waarschuwing	Brief naar aanleiding van gesprek, bemiddeling, mediation of een controle waarbij een overtreding is vastgesteld maar het nemen van een sanctiebesluit (vooralsnog) als een te ingrijpend middel wordt gezien. In de brief wordt aangegeven welke maatregelen getroffen moeten worden om de overtreding te beëindigen en binnen welke termijn (hersteltermijn) dit moet zijn uitgevoerd. In deze brief worden wel sancties aangekondigd. En er wordt melding gemaakt van de vervolgccontrole.

