

Beleidsregel Gedogen gemeente Moerdijk 2017

Hoofdstuk 1, Algemene uitgangspunten

1.1 Uitgangspunten van deze beleidsregel

De overheid heeft de taak om de gestelde voorwaarden in wet- en regelgeving te handhaven. Zo ook de gemeente Moerdijk. Ons college van burgemeester en wethouders, of in sommige situaties ook de burgemeester, individueel zien daarom toe op de naleving van voor een ieder geldende spelregels.

Dit gebeurt op basis van vooraf systematisch vastgestelde prioriteiten, kengetallen en risicoanalyses. Met andere woorden, niets wordt aan het toeval overgelaten. Hoe wij handhaven en welke uitgangspunten wij hanteren, leggen wij om de 4 jaar vast in het Vergunningen-, Toezichts- en Handhavingsprogramma (VTH-Programma). Dat VTH-programma bevat op hoofdlijnen onze doelstellingen voor toezicht en handhaving. Meer informatie over het geldende VTH-programma kunt u nalezen op <https://www.moerdijk.nl/Docs/2017/VTH-beleid.pdf>

Deze beleidsregel behandelt een uitzondering op de algemene beginselplicht tot handhaving, namelijk het afzien van handhaving door een overtreding tijdelijk te gedogen. Doel van deze beleidsregel is om vast te leggen hoe wij, alsmede de Omgevingsdienst Midden- en West-Brabant namens ons in mandaat, omgaan met verzoeken om te gedogen. Het geeft burgers en bedrijven een duidelijk beeld van wat zij kunnen verwachten, als zij bij ons een verzoek om gedogen indienen.

1.2. Reikwijdte

Deze beleidsregel is van toepassing op alle situaties, waar ons college van burgemeester en wethouders, of de burgemeester op basis van wet- en regelgeving is aangewezen als bevoegd gezag om handhavend op te treden, met uitzondering van de directe handhaving van de openbare orde.

1.3 Afwijkingsbevoegdheid

Deze beleidsregel is bedoeld om de meest voorkomende situaties bij verzoeken om gedogen op hoofdlijnen te ondervangen. Niet alle feiten en omstandigheden zijn echter vooraf te duiden. Om die reden is afwijking van de in deze beleidsregel vastgestelde uitgangspunten altijd mogelijk, bijvoorbeeld wanneer een afweging van alle individuele betrokken belangen dit vereist.

1.4 Leeswijzer

In Hoofdstuk 2 leggen wij uit wat gedogen is.

In hoofdstuk 3 geven omschrijven wij een aantal situaties waarin wij gedogen. Ook zijn daar de voorwaarden voor gedogen opgenomen. Verder lichten wij de procedure van een verzoek om gedogen nader toe. Tot slot volgen enkele uitzonderingen op het gedogen.

In hoofdstuk 4 volgt de formele vaststelling, citeertitel, bekendmaking en inwerkingtreding van deze beleidsregel.

Hoofdstuk 2, Wat is gedogen?

2.1 Permanent afzien van handhaving?

In beginsel treden wij altijd handhavend op tegen een overtreding. In sommige situaties zien wij echter permanent af van handhaving. Een voorbeeld is als voor een overtreding alsnog een vergunning verleend kan worden (= legalisering). Immers, na vergunningverlening is er geen sprake meer van een overtreding.

Een andere reden om permanent af te zien van handhavend optreden, kan zijn dat handhavend optreden onevenredig is na een afweging van alle betrokken belangen. Het belang van een overtreder bij niet handhavend optreden in een specifieke situatie weegt dan zwaarder dan het algemeen belang om wel handhavend op te treden. Een voorbeeld is als gelijke gevallen bijvoorbeeld door handhaving in dit specifieke geval ongelijk behandeld dreigen te worden (strijd met gelijkheidsbeginsel). Een andere voorbeeld is als de overtreder er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen (bijvoorbeeld door eerdere toezeggingen of omstandigheden dat wij niet handhavend op zouden treden =strijd met vertrouwensbeginsel) of strijd met enig ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Kortom, er zijn dus diverse situaties denkbaar, waarin wij onder omstandigheden *permanent* af kunnen, of zelfs moeten afzien van handhavend optreden. Het doel is dan niet meer om handhavend op te treden, ook niet op termijn. Dat is iets anders dan gedogen zoals bedoeld in deze beleidsregel, omdat bij gedogen slechts *tijdelijk* geen gebruik gemaakt wordt van de handhavingsbevoegdheid.

2.2 Gedogen: tijdelijk afzien van handhaving

Gedogen heeft dus altijd een tijdelijk karakter. Wij verstaan in het deze beleidsregel onder gedogen: *“De bevoegdheid om op basis van een algemene belangenafweging tijdelijk en doelbewust, op grond van een schriftelijk verzoek van de overtreder, onder voorwaarden, via een besluit, geheel of gedeeltelijk af te zien van handhavend optreden tegen een overtreding.”*

Gedogen is nooit een vanzelfsprekendheid. Gedogen blijft altijd een uitzondering op de hoofdregel, te weten handhavend optreden.

2.3 Uitgangspunten gedogen

Wat zijn nu de verschillende elementen van de definitie van gedogen?

a) “De bevoegdheid om”

Het belangrijkste doel van handhaving is herstel van een overtreding. Gedogen staat dus vaak lijnrecht tegen over dit doel. Immers, door gedogen blijft de overtreding (tijdelijk) voortbestaan. Handhaving is in principe een beginselplicht, terwijl gedogen meer een zogenaamde discretionaire bevoegdheid is: een bestuursorgaan *kán* en mag onder omstandigheden die bevoegdheid toepassen, maar moet dit in een bepaalde situatie niet.

b) “Op basis van een algemene belangenafweging”

Gedogen vindt altijd plaats na een algemene belangenafweging van alle betrokken belangen, feiten en omstandigheden. De uitkomst verschilt dus per situatie. Het indienen van een verzoek om gedogen (zie hierna) betekent dus niet automatisch dat wij altijd automatisch gedogen. Men moet bijvoorbeeld allereerst aan de hierna te bespreken voorwaarden voldoen. Ook moet de belangenafweging uitwijzen dat tijdelijk niet handhavend optreden de enige uitkomst is.

c). “Tijdelijk en doelbewust”

Gedogen is altijd een doelbewuste keuze om tijdelijk af te zien van handhaving. Gedogen is dus nooit permanent, maar altijd tijdelijk.

Gedogen op verzoek, zoals hier bedoeld, moet bijvoorbeeld niet verward worden met de mogelijkheid om op grond van onze prioritering geheel en categorisch af te zien van bijvoorbeeld minder zware overtredingen met een (zeer) lage prioriteit. In die laatste gevallen treden wij niet op, omdat onze beschikbare capaciteit niet voldoende is om alle overtredingen aan te pakken. Bij dat soort situaties treden wij alleen op als iemand een verzoek om handhaving indient en de belangenafweging op dat moment handhaving alsnog noodzakelijk maakt.

d). “Op grond van een schriftelijk verzoek van de overtreder”

Wij gedogen alleen als iemand een schriftelijk verzoek hiertoe indient. De reden is dat een verzoek om handhaving een formele aanvraag is. Dit is volgens artikel 1:3, lid 3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen.

Dit betekent ook dat wij verzoeken tot gedogen via digitale weg, bijvoorbeeld per e-mail, op grond van artikel 2:15 Awb, niet in behandeling nemen. Ook mondelinge verzoeken zijn niet mogelijk. Dient iemand wel via digitale weg of mondeling een verzoek om gedogen in, dan bieden wij een hersteltermijn van 4 weken om alsnog op juiste wijze een verzoek in te dienen. Doet men dat niet, dan nemen wij het verzoek definitief niet in behandeling.

Het verzoek moet minstens bevatten:

- De naam en het adres van de verzoeker;
- De datum;
- De overtreding
- De reden waarom men wil dat wij tijdelijk gedogen.

In zijn motivatie moet de overtreder minimaal opnemen:

- Welke bijzondere omstandigheden rechtvaardigen gedogen?
- Waarom er zicht op legalisering is?
- Waarom handhaving in dit concrete geval onevenredig is?

De eis van schriftelijkheid van het verzoek is ook noodzakelijk. Alleen zo kunnen wij een goede afweging van alle betrokken belangen maken en deugdelijk motiveren waarom we wel of niet gedogen.

e) “Onder voorwaarden”

Gedogen is geen vrijbrief aan de overtreder om een overtreding zomaar te (blijven) begaan. Wij verbinden altijd bepaalde voorwaarden aan het gedogen. Er blijft namelijk altijd sprake van een overtreding. Het

is dan wenselijk, zeker bij overtredingen die van invloed kunnen zijn op de omgeving, dat de gevolgen voor die overtreding zoveel mogelijk beperkt blijven in omvang. Zie voor meer voorwaarden hoofdstuk 3.

f) "Via een besluit"

Wij gedogen alleen via een besluit. Dan is voor iedereen (de overtreder, eventuele derde-belanghebbers en natuurlijk ons zelf) duidelijk onder welke voorwaarden wij gedogen (kenbare motivering). Dit schept rechtszekerheid voor allen.

Bij een positieve beslissing (= gedogen) kunnen derden-belanghebbers bovendien bezwaar maken tegen ons besluit. Zo kunnen onafhankelijke derden (de bezwarencommissie, rechtbank en Raad van State) ons besluit op rechtmatigheid toetsen.

Bij een negatieve beslissing (= niet gedogen) verandert er niets. Er is dan geen sprake van rechtsgevolg. De overtreder mocht iets niet en mag dat nog steeds niet. Tegen een afwijzende beslissing kan de overtreder geen bezwaar maken.

g) "Geheel of gedeeltelijk af te zien van handhaving"

Wij kunnen ook gedeeltelijk afzien van handhaving. Artikel 5:2 onderdeel b van de Awb maakt dit mogelijk. Een herstelsanctie, zoals een last onder dwangsom, is namelijk een bestuurlijke sanctie, die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken van (...) een overtreding.

Partiële of ook wel gedeeltelijke handhaving genoemd, is dus ook mogelijk. Als je namelijk slechts voor een deel de overtreding handhaaft, dan gedoog je automatisch het ander deel. Dat laatste is dus een combinatie van handhaving en gedogen, waarbij ook meestal voor het gedeeltelijk gedogen een gedoogbeschikking noodzakelijk is.

Hoofdstuk 3, Procedurele aspecten voor gedogen

3.1 Waar moet u rekening mee houden bij gedogen?

Als u wilt dat wij gedogen, moet u met een aantal formele voorwaarden rekening houden. Gedogen is niet in elke situatie mogelijk. Uw situatie moet aan een aantal eisen voldoen. Welke eisen dit zijn, kunt u hierna lezen

3.2 Situaties voor gedogen

Niet elke situatie leent zich voor gedogen. Wij gedogen alleen in de volgende situaties:

- Er is sprake van onbillikheden en/of nood-, of overmachtssituaties.
- Er is sprake van een overgangssituatie of overmachtssituatie in de volgende gevallen:
 - o Op korte termijn treedt nieuwe wet- en regelgeving in werking die de overtreding geen overtreding meer maken (bijvoorbeeld het vergunningsvrij bouwen);
 - o Nieuwe wet- en regelgeving is in de maak, waarbij naar verwachting soepelere en/of gunstigere eisen gelden;
 - o Buiten de schuld van de overtreder kan niet gelijk aansluitend een nieuwe vergunning op de oude vergunning worden verleend;
 - o De bestaande vergunning is verleend, maar is vernietigd of formele gronden en een nieuwe vergunning kan alsnog op de juiste gronden worden verleend;
 - o Er moet onderzocht worden hoe de overtreding het beste beëindigd kan worden;
 - o Een eenmalige overtreding is zodanig korter dan de procedure om een vergunning op te stellen én na de genoemde periode houdt de overtreding vanzelf op;
- Het doel van de regelgeving wordt niet met handhaving bereikt;
- Men beschikt (nog) niet over een vergunning, maar kan wel inhoudelijk aan de te stellen eisen van een vergunning voldoen;
- Het doel van de regelgeving kan beter bereikt worden door proeven met experimentele en/of milieuvriendelijkere productiewijzen;
- Gedogen is gerechtvaardigd door een ander zwaarwegend belang, bijvoorbeeld wanneer de lasten van ongewenste neveneffecten van het opheffen zwaarder wegen dan het doen beëindigen van de overtreding;
- Andere, niet nader genoemde situaties, waarbij de bijzondere omstandigheden van een individueel geval gedogen wenselijk of noodzakelijk maken.

3.3 Voorwaarden voor gedogen

Ook verbinden wij voorwaarden aan het gedogen zelf. Wij gedogen alleen onder de volgende inhoudelijke voorwaarden. Aan alle voorwaarden moet zijn voldaan:

- De overtreding is naar verwachting alsnog vergunbaar. Er bestaat concreet zicht op legalisering.;
- Er ontstaat geen onevenredige schade of hinder voor derden door het gedogen;
- De omvang van het gedogen is beperkt;
- De periode van het gedogen is beperkt in tijd. Wij gaan uit van een zo kort mogelijke en concrete gedoogtermijn. Gedogen voor onbepaalde termijn is niet mogelijk;
- De overtreder is niet aantoonbaar verwijtbaar in zijn gedrag. Van aantoonbaar verwijtbaar gedrag is sprake wanneer:
 - o de overtreder wist, of had in een eerder stadium, kunnen weten, dat hij de regels overtrad;
 - o er sprake is van herhaling van dezelfde soort overtreding of meerdere vormen van overtreding;
 - o er sprake is van doelbewust handelen of nalaten in strijd met de voorschriften;
 - o er sprake is van (eerder) calculerend of onbetrouwbaar gedrag door de overtreder;
- De overtreder heeft redelijkerwijs alle stappen ondernomen om de overtreding te voorkomen of getracht om op legale wijze de activiteiten uit te voeren;
- Er is geen sprake van (dreigend) gevaar voor de gezondheid van personen of aantasting van eigendommen, het milieu, de leefomgeving, openbare orde noch anderszins onaanvaardbare gevolgen;
- De overtreder is en blijft aansprakelijk en verantwoordelijk voor alle privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke gevolgen en risico's of anderszins, die voortvloeien uit het handelen in strijd met de geldende wet- en regelgeving. De gemeente Moerdijk is op geen enkele wijze verantwoordelijk noch aansprakelijk voor het overtreden van de wettelijke voorschriften;
- Men moet voldoen aan nader per geval te bepalen voorwaarden ter beperking van de risico's en waarborging van belangen van derden;

3.4 Procedure van een gedoogbesluit

Wat is de procedure bij het aanvragen en verlenen van een gedoogbeschikking?

- De aanvrager dient zijn verzoek schriftelijk in bij het bevoegde bestuursorgaan. Dit kan afhankelijk van het onderwerp de burgemeester (bijvoorbeeld evenementen etc.) of het college van burgemeester en wethouders zijn;
- Per e-mail of mondeling ingediende verzoeken nemen wij niet in behandeling;
- Na ontvangst van het verzoek beslissen wij in principe binnen 8 weken op het verzoek, tenzij omstandigheden een langere beslistermijn noodzakelijk maken. In dat geval informeren wij de verzoeker hier verder over;
- Wij beoordelen of het verzoek aan alle voorwaarden voldoet;
 - o Waar noodzakelijk overleggen wij eerst met (externe) adviseurs en/of handhavingspartners (bijvoorbeeld Omgevingsdienst, Waterschap, Provincie, Brandweer, Politie);
 - o Als wij daarna niet willen gedogen, dan ontvangt de verzoeker gelijk een brief, waarin wij dit aangeven. Deze brief is, zoals eerder aangegeven, geen besluit, maar een feitelijke mededeling. Hiertegen kan men geen bezwaar maken en is de kous af. De overtreder moet dat alsnog de overtreding opheffen;
 - o Als wij wel van plan zijn te gedogen, dan ontvangen de verzoeker en eventuele bekende belanghebbenden eerst een voornemen van ons besluit. Wanneer onverwijlde spoed of een afweging van belangen dit noodzakelijk maakt, dan kan deze stap overgeslagen worden;
 - o In het voornemen en het besluit nemen wij een duidelijke motivering op;
- Tegen het voornemen om te gedogen kunnen de overtreder en bekende belanghebbenden binnen 2 weken schriftelijk een zienswijze indienen bij het bevoegde bestuursorgaan;
- Met inachtneming van alle zienswijzen besluiten wij daarna definitief of gedogen mogelijk is;
- Tegen de beslissing om te gedogen, hebben belanghebbenden vanaf de eerste dag na verzending van het besluit aan de verzoeker 6 weken de tijd om bezwaar te maken;
- Het besluit om een gedoogbeschikking te verlenen, publiceren wij in een huis-aan-huisblad (de Moerdijkse Bode). Dit laatste is niet verplicht, maar wel wenselijk vanwege de gewenste transparantie van ons handelen. Daarbij wijzen wij (andere) belanghebbenden ook op de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen het gedoogbesluit.

3.5 Handhaving van een gedoogbesluit

Nadat wij een gedoogbesluit hebben verleend, controleren wij regelmatig of de overtreder voldoet aan alle gedoogvoorwaarden. Doet hij dat niet, dan trekken wij het gedoogbesluit in. Als wij de gedoogbeschikking intrekken, omdat één of meer voorschriften worden overtreden, dan treden wij daarna alsnog handhavend op tegen de oorspronkelijke (tot dan toe gedoogde) overtreding.

Tegen het intrekken van het gedoogbesluit is geen bezwaar mogelijk. Wil de overtreder niet dat wij handhavend optreden, dan kan hij eventueel alleen bezwaar maken tegen het daadwerkelijke handhavingsbesluit tegen de oorspronkelijke overtreding.

3.6 Uitzonderingen op gedogen

Er zijn echter uitzonderingen op deze beleidsregels voor gedogen:

- Het verlenen van een bestuursrechtelijke gedoogbeschikking betekent niet dat andere instanties, zoals het Openbaar Ministerie, het waterschap of anderen, af hoeven te zien van handhaving. Immers, de (strafrechtelijke) handhavingsbevoegdheden van die andere instanties staan los van onze bevoegdheden en taken;
- Daarnaast kan het voorkomen dat bepaalde bedrijven binnen de gemeente Moerdijk onder het bevoegd gezag van de Provincie Noord-Brabant vallen. Deze beleidsregel is **niet** van toepassing op zulke situaties. Voor deze situaties gelden de uitgangspunten over gedogen, voor zover van toepassing van de Provincie. Het kan dus voorkomen dat bedrijven binnen de gemeente Moerdijk verschillend behandeld worden. Dit is echter geen ongelijke behandeling van gelijke gevallen, omdat het bevoegd gezag verschilt;
- Van deze beleidsregels voor gedogen zijn uitgezonderd alle situaties, die voortvloeien uit of betrekking hebben op directe handhaving van de openbare orde, alsmede de Opiumwet.

Hoofdstuk 4, Vaststelling beleidsregel

4.1. Citeertitel, bekendmaking en inwerkingtreding

Deze beleidsregel wordt aangehaald als "Beleidsregel Gedogen gemeente Moerdijk 2017". Deze beleidsregel treedt in werking de dag na bekendmaking in de Moerdijkse Bode.

Aldus op 2 mei 2017 vastgesteld door het college van burgemeester en wethouders van Moerdijk

De gemeentesecretaris De burgemeester
P.A.M. van Bavel J.P.M. Klijs
Alsmede door de burgemeester van Moerdijk,
De burgemeester,
J.P.M. Klijs