

University of Groningen

## Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang? het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief

Ruigrok, Lualhati Dalisay

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2012

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Ruigrok, L. D. (2012). *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang? het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. s.n.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang?

Het bevel en de last in historisch en  
rechtsvergelijkend perspectief

L.D. Ruigrok



© L.D. Ruigrok 2012 / Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-90-8974-670-2  
NUR 823

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN

**Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of  
bestuursdwang?**

Het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief

**Proefschrift**

ter verkrijging van het doctoraat in de  
Rechtsgeleerdheid  
aan de Rijksuniversiteit Groningen  
op gezag van de  
Rector Magnificus, dr. E. Sterken,  
in het openbaar te verdedigen op  
donderdag 7 juni 2012  
om 16.15 uur

door

Lualhati Dalisay Ruigrok

geboren op 27 juli 1980

te Davao, Filipijnen

Promotores:

Prof. mr. J.G. Brouwer  
Mr. dr. F.R. Vermeer

Beoordelingscommissie:

Prof. mr. A.E. Schilder  
Prof. mr. L.J.A. Damen  
Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels

# Inhoudsopgave

<b>HOOFDSTUK 1 INLEIDING.....</b>	<b>1</b>
1.1 Verkenning van het probleem.....	1
1.1.1 Handhavingsmogelijkheden burgemeester.....	2
1.1.1.1 Onmiddellijke handhaving van de openbare orde .....	4
1.1.1.2 Bestuursdwang.....	6
1.1.2 Artikel 5:23 Awb.....	6
1.2 Doel- en probleemstelling .....	7
1.3 Opzet en methode .....	9
<b>HOOFDSTUK 2 BESTUURSDWANG 1851-1998.....</b>	<b>11</b>
2.1 Inleiding .....	11
2.2 De bestuursdwangregeling in de gemeentewet .....	12
2.2.1 gemeentewet 1851 .....	12
2.2.1.1 Intrinsieke bevoegdheid.....	13
2.2.1.2 Reikwijdte.....	15
2.2.1.3 Naar preventieve bestuursdwang.....	15
2.2.2 gemeentewet 1931 .....	16
2.2.2.1 Problemen met effectuering.....	17
2.2.2.2 Gewrongen definitie.....	19
2.2.2.3 Onvolkomen competentieverdeling.....	21
2.2.2.4 Problemen met kostenverhaal .....	23
2.2.2.5 Weinig aandacht voor preventieve bestuursdwang.....	24
2.2.3 Gemeentewet 1992 .....	28
2.2.3.1 Definitie .....	29
2.2.3.2 Competentie .....	31
2.2.3.3 Accessoire bevoegdheden bij het effectueren .....	32
2.2.3.4 Kostenverhaal.....	32
2.3 Conclusie.....	33
<b>HOOFDSTUK 3 BESTUURSDWANG VANAF 1998.....</b>	<b>35</b>
3.1 Inleiding .....	35
3.2 Van Gemeentewet naar Algemene wet bestuursrecht: de derde tranche ...	36
3.2.1 Definitie.....	37
3.2.2 Bestuursdwangbeslissing als een beschikking.....	38
3.2.3 Bevoegdheidsgrondslag.....	40
3.3 Van de derde naar de vierde tranche .....	42
3.3.1 Nieuwe terminologie .....	42
3.3.1.1 Kritiek op nieuwe terminologie .....	44
3.3.2 Nieuwe voorzieningen .....	48

3.3.2.1	Toepassingsbeschikking.....	48
3.3.2.2	Kostenbeschikking.....	49
3.4	Reguliere bestuursdwang .....	50
3.4.1	Inleidende opmerkingen.....	50
3.4.2	Eisen aan bestuursdwangbesluit .....	52
3.4.3	Eisen aan feitelijke uitvoering.....	55
3.4.3.1	Accessoire bevoegdheden.....	55
3.4.3.2	(On)zorgvuldige tenuitvoerlegging .....	56
3.4.3.3	Bestuursdwang op mensen .....	60
3.4.4	Mandaat en delegatie .....	61
3.4.4.1	Feitelijk beslisser .....	61
3.4.4.2	Feitelijk uitvoerder.....	64
3.5	(Super)spoedbestuursdwang.....	64
3.5.1	Jurisprudentie (super)spoedbestuursdwang.....	66
3.6	Preventieve herstelsancties.....	71
3.6.1	Inleidende opmerkingen.....	71
3.6.2	De derde tranche.....	73
3.6.2.1	Definitie bestuursdwang versus definitie dwangsom.....	73
3.6.2.2	Preventieve aanzegging .....	75
3.6.2.3	Klaarblijkelijkheidscriterium .....	76
3.6.3	De vierde tranche.....	81
3.6.4	Wanneer preventieve en wanneer reguliere last?.....	84
3.6.4.1	Recidivecriterium.....	88
3.7	Conclusie.....	90

## **HOOFDSTUK 4 KOSTENVERHAAL BIJ BESTUURSDWANG..... 93**

4.1	Inleiding .....	93
4.2	Wanneer gaat het bestuur over tot kostenverhaal? .....	94
4.3	Hoe worden kosten verhaald?.....	97
4.4	Welke kosten zijn verhaalbaar? .....	99
4.5	Op wie worden kosten verhaald?.....	102
4.5.1	Feitelijke overtreder.....	102
4.5.2	Functioneel ouderschap.....	104
4.5.3	Medepleger .....	106
4.5.4	Kanttekening .....	107
4.6	Conclusie.....	108

## **HOOFDSTUK 5 BURGEMEESTERLIJKE ORDEHANDHAVING 1851-1992 ..... 111**

5.1	Inleiding .....	111
5.2	De gemeentewet van 1851.....	113
5.2.1	Noodbevel ex de artikelen 184-186 .....	114
5.2.1.1	Verschillende interpretaties .....	117
5.2.1.2	Waarschuwingen.....	119
5.2.2	Noodvoorschriften ex artikel 187.....	120
5.2.3	Voor publiek openstaande gebouwen en samenkomsten e.d. ex art. 188 .....	122



5.2.4	Opperbevel bij brand ex artikel 189.....	127
5.2.4.1	Verhouding tot overige bevoegdheden burgemeester.....	128
5.3	De gemeentewet van 1931 tot aan 1992.....	129
5.3.1	Inleidende opmerkingen.....	129
5.3.2	Noodbevel ex (217-) 219.....	130
5.3.2.1	Herziening van 1931.....	130
5.3.2.2	Periode 1931-1992.....	133
5.3.3	Noodvoorschriften ex artikel 220.....	139
5.3.3.1	Herziening van 1931.....	139
5.3.3.2	Periode 1931-1992.....	140
5.3.4	Verhouding tussen noodbevel en noodvoorschriften.....	142
5.3.5	Voor publiek openstaande gebouwen en samenkomsten e.d. ex art.221.....	145
5.3.5.1	Herziening van 1931.....	145
5.3.5.2	Periode 1931-1992.....	146
5.3.6	Opperbevel bij brand ex artikel 222.....	150
5.3.6.1	Herziening van 1931.....	150
5.3.6.2	Periode 1931-1992.....	151
5.4	Conclusie.....	154

## **HOOFDSTUK 6 NAAR DE HERZIENING VAN DE GEMEENTEWET VAN 1992..... 159**

6.1	Inleiding.....	159
6.2	Ontruiming kraakpand Lucky Lwijk.....	160
6.2.1	Achtergrond.....	160
6.2.2	Casus.....	161
6.2.3	Uitspraak rechter.....	162
6.2.4	Ontruiming.....	163
6.3	Knelpunten in openbare-orderecht.....	164
6.3.1	Grondslag handelen burgemeester.....	164
6.3.1.1	Artikel 28 en 35 Politiewet 1957.....	165
6.3.1.2	Artikel 219 en grondrechten.....	167
6.3.2	Inzet noodbevoegdheden.....	168
6.3.2.1	Onderscheid in gewone en buitengewone bevoegdheden.....	169
6.3.2.2	Procesrechtelijke gevolgen.....	172
6.3.2.3	Onderscheid in nieuw perspectief.....	174
6.3.3	Overig wettelijk instrumentarium 1931-1992.....	176
6.3.3.1	Ordeverstoringen en strafrecht.....	177
6.3.3.2	Ordeverstoringen en ‘openbare-orderecht’.....	185
6.4	Conclusie.....	197

## **HOOFDSTUK 7 ONMIDDELLIJKE ORDEHANDHAVING: EEN INTRODUCTIE ..... 201**

7.1	Inleiding.....	201
7.2	Achtergrond en ontstaansgeschiedenis.....	202
7.2.1	‘Handhaving van de openbare orde’ 1851-1992.....	203
7.2.2	Totstandkoming artikel 172 Gem.wet.....	204

7.2.3	Overlapping of gelijkenis met bestuursdwang.....	207
7.2.4	Bijzonder rechtsfiguur in artikel 5:23 Awb.....	208
7.3	Onderscheid onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving.....	215
7.3.1	Aard van bevoegdheden.....	217
7.3.2	Competentieverdeling.....	221
7.3.2.1	Burgemeester versus raad en college van b en w.....	221
7.3.2.2	Burgemeester en officier van justitie.....	225
7.3.3	Tussenconclusie.....	228
7.4	Openbare orde.....	229
7.4.1	‘Openbare’.....	230
7.4.1.1	Wezenlijke waarden.....	230
7.4.1.2	Voor publiek waarneembaar.....	231
7.4.1.3	Voor publiek toegankelijk (niet-besloten).....	232
7.4.1.4	Plaats bestemd voor direct niet-doelgebonden gebruik.....	239
7.4.1.5	Daar waar publiek belang zich toe uitstrekt.....	241
7.4.1.6	Tussenconclusie.....	242
7.4.2	‘Orde’.....	243
7.4.2.1	Normale gang van zaken e.d.....	243
7.4.2.2	Koppeling aan regels.....	245
7.4.2.3	Tussenconclusie.....	248
7.5	Conclusie.....	249

## **HOOFDSTUK 8 DE BEVOEGDHEDEN TER ONMIDDELLIJKE ORDE- HANDHAVING ..... 253**

8.1	Inleiding.....	253
8.2	Algemene eisen aan een onmiddellijke ordebevoegdheid.....	254
8.2.1	Situatiecriterium/onmiddellijkheidssituatie.....	254
8.2.2	Voorwaarden voor inzet ordemaatregel.....	256
8.2.2.1	Doel herstellen orde en rust.....	256
8.2.2.2	Niet zwaarder dan concrete situatie vereist.....	257
8.2.2.3	Direct aanpakken.....	258
8.2.2.4	Duur gerelateerd aan gevaar voor ander of aantasting van andermans recht .....	260
8.2.2.5	Geen afwijking van wettelijke voorschriften.....	262
8.3	Machtiging, mandaat en delegatie.....	263
8.3.1	Feitelijke beslisser.....	264
8.3.2	Feitelijke uitvoerder.....	266
8.4	Artikel 172 lid 2.....	268
8.4.1	Algemeen.....	268
8.4.2	Reikwijdte.....	269
8.5	Artikel 172 lid 3 Gem.wet.....	271
8.5.1	Algemeen.....	271
8.5.2	Reikwijdte.....	272
8.6	Artikel 4 lid 2 Wet veiligheidsregio’s (173 lid 2 Gem.wet-oud).....	275
8.6.1	Algemeen.....	275
8.6.2	Reikwijdte.....	277
8.7	Artikel 174 lid 2 Gem.wet.....	279
8.7.1	Algemeen.....	279

8.7.2	Reikwijdte.....	281
8.8	Artikel 175 Gem. wet.....	285
8.8.1	Algemeen.....	285
8.8.2	Reikwijdte.....	287
8.8.2.1	Normadressanten.....	287
8.8.2.2	Ernstige wanordelijkheden.....	289
8.8.2.3	Oproerige beweging.....	292
8.8.2.4	Ernstige vrees.....	293
8.8.2.5	Rampen en zware ongevallen.....	293
8.8.2.6	Waarschuwing.....	295
8.8.2.7	Grondrechten.....	296
8.9	Conclusie.....	297

## **HOOFDSTUK 9 KOSTENVERHAAL EN ORDEHANDHAVING.....307**

9.1	Inleiding.....	307
9.2	Pogingen tot een zelfstandige publiekrechtelijke grondslag.....	308
9.2.1.1	Rapport Werkgroep Politiebudget en Budget in beraad.....	308
9.2.1.2	Profijt en politie.....	309
9.2.1.3	Maat houden.....	310
9.2.1.4	Geld speelt (g)een rol.....	312
9.2.1.5	Regeringstandpunt 2000.....	313
9.2.1.6	Voorstel Wet bijdrage politiekosten bij publieksevenementen.....	313
9.2.1.7	Regeringstandpunt 2008.....	315
9.2.1.8	Bezuinigingsvoorstel in 2009 en regeringstandpunt 2011.....	316
9.2.2	Tussenconclusie.....	318
9.3	Bestuursdwang grondslag voor kostenverhaal.....	319
9.3.1	Bestuursdwang ter handhaving van de APV.....	322
9.3.2	Onmiddellijk ordebevel handhaven met bestuursdwang?.....	326
9.3.3	Onmiddellijk ordebesluit handhaven met bestuursdwang?.....	329
9.4	Conclusie.....	334

## **HOOFDSTUK 10 VERGELIJKING EN CONCLUSIES.....339**

10.1	Inleidende opmerkingen.....	339
10.2	Twee soorten handhaving.....	341
10.2.1	Bestuursdwang (beantwoording deelvraag a).....	341
10.2.1.1	Terminologie.....	341
10.2.1.2	Rechtsontwikkeling.....	342
10.2.2	Onmiddellijke handhaving van de openbare orde.....	344
10.2.2.1	Terminologie (beantwoording deelvraag b).....	344
10.2.2.2	Rechtsontwikkeling (beantwoording deelvraag c).....	346
10.3	Vergelijking (beantwoording deelvraag d).....	350
10.3.1	Bevoegdheid en moment van handelen.....	351
10.3.1.1	Grondslag.....	351
10.3.1.2	Aanleiding.....	353
10.3.1.3	Plaats.....	357
10.3.1.4	Normadressant.....	358
10.3.1.5	Doel van handelen.....	360

10.3.2	Vorm van handelen.....	360
10.3.2.1	Verschijningsvorm.....	361
10.3.2.2	Classificatie.....	363
10.3.3	Uitvoering van handelen.....	364
10.3.3.1	De feitelijke beslisser.....	365
10.3.3.2	De feitelijke uitvoerder.....	366
10.3.4	Normering handelen.....	367
10.3.4.1	Eisen aan beslissing.....	367
10.3.4.2	Eisen aan fysiek handelen.....	370
10.3.5	Kosten.....	373
10.3.6	Overzicht vergelijking in tabel.....	376
10.4	Betekenis en reikwijdte artikel 5:23 Awb (beantwoording probleemstellingen en deelvraag e).....	380
10.4.1	Achtergrond 5:23 Awb.....	380
10.4.2	Drie onmiddellijkheidsituaties.....	381
10.4.2.1	Geen tijd.....	382
10.4.2.2	Weinig tijd.....	383
10.4.2.3	Tijd.....	385
10.5	Bestuursdwang (beantwoording deelvragen f en g).....	387
10.5.1	Handhaven APV met bestuursdwang.....	387
10.5.1.1	Kosten.....	388
10.5.2	Handhaven onmiddellijk ordebevel met bestuursdwang.....	389
10.5.2.1	Kosten.....	391
10.5.3	Handhaven onmiddellijk ordebesluit met bestuursdwang.....	391
10.5.3.1	Kosten.....	393
10.5.4	Slotconclusie.....	393
<b>SUMMARY.....</b>		<b>397</b>
<b>JURISPRUDENTIELIJST.....</b>		<b>409</b>
<b>GERAADPLEEGDE LITERATUUR.....</b>		<b>419</b>
<b>AFKORTINGENLIJST.....</b>		<b>441</b>
<b>TREFWOORDENREGISTER.....</b>		<b>443</b>
<b>DANKWOORD.....</b>		<b>445</b>

# Hoofdstuk 1

## Inleiding

### 1.1 Verkenning van het probleem

Op een mooie zomerdag in augustus vindt het grootste gratis dansfeest van Nederland plaats op het strand van Hoek van Holland: *Veronica Sunset Grooves*. De verwachting is dat circa 20.000 bezoekers het strandfestival zullen bijwonen. De organisator van het evenement beschikt slechts over een minimum aan beveiliging. Een aantal dagen voordat het strandfeest begint, komt er bij de Regionale Inlichtingendienst (RID)<sup>1</sup> betrouwbare informatie binnen over hardekernelleden van Feyenoord die het evenement willen bezoeken. Volgens de informatie zijn deze hooligans van plan om dan ‘los te gaan’.<sup>2</sup>

Op de dag zelf lopen mensen vanaf 18.00 uur in groten getale van het station in de richting van het strandfestival. In de treinen blijven veel lege flessen sterke drank achter. NS-medewerkers zien dat een groepje zich agressief gedraagt en daarbij de tekst ‘Feyenoord, hooligans’ scandeert. Even later ontvangt de politie een melding van vernieling en overlast bij een vestiging van Albert Heijn in de buurt van het evenemententerrein. Een agent neemt polshoogte en bemerkt dat Feyenoordsupporters zojuist drank hebben ingekocht en provocerend gedrag vertonen.

De Voetbaleenheid van de politie houdt vervolgens de ingang van het strandfeest in de gaten; de hooligans worden op camera vastgelegd en hun namen doorgegeven. Als de drukte toeneemt, lukt het op een gegeven moment niet meer om iedereen te fotograferen. Politie en beveiliging nemen waar dat personen uit de groep regelmatig bellen en heen en weer lopen; het gezelschap van hardekernelleden groeit. Om 20.30 uur zorgt een horde voetbalvandalen op weg naar het evenement voor overlast. Rond 21.10 uur trekken relschoppers vanaf de buitenkant net zo lang aan de omheining waarmee het festival is afgezet, dat er hekken omvallen en het terrein vrij toegankelijk wordt. Vanuit de groep hooli-

---

<sup>1</sup> Elk politiekorps beschikt over een Regionale Inlichtingendienst die informatie verzamelt, adviezen geeft en onderzoeken uitvoert. In het kader van zijn openbare-ordetaak verzamelt de RID vooral informatie om gewelddadigheden te voorkomen.

<sup>2</sup> Muller e.a., *Strandrellen in Hoek van Holland*, Den Haag: COT/Boom Juridische uitgeverij 2010, p. 17, 47, 73, 83.

gans vindt een ‘hit-en-runactie’ plaats. Zij provoceren omstanders en politie kortstondig waarna men zich snel weer terugtrekt.<sup>3</sup>

Dergelijke incidenten houden de hele avond aan. Tegen 0.00 uur ontstaan er ernstige ongeregelde heden. Hooligans omcirkelen en belagen een aantal agenten; de waarschuwingsschoten die worden afgevuurd, maken weinig indruk. De groep belagers wordt groter en de sfeer grimmiger. Ordeverstorders bekogelen de agenten met bloembakken, flessen gevuld met zand, fietsen, stoelen e.d. en drijven hen de duinen in. Enkele agenten beginnen gericht te schieten op benen, maar ook dit heeft weinig effect: zodra iemand gewond raakt, neemt een ander onmiddellijk diens plek in. De politie weet zichzelf uiteindelijk ternauwernood in veiligheid te brengen. Eén jongen overlijdt naderhand aan zijn verwondingen.<sup>4</sup>

### 1.1.1 Handhavingsmogelijkheden burgemeester

Het is de burgemeester die verantwoordelijk is voor de handhaving van de openbare orde en het toezicht op evenementen. Had hij de dramatische afloop van het evenement door de inzet van de juiste middelen kunnen voorkomen?

In dit onderzoek gaat de aandacht uit naar situaties zoals hierboven geschetst en de mogelijkheden waarmee de burgemeester tot (fysiek) ingrijpen over kan gaan. Het onderzoek beperkt zich tot zijn bevoegdheden in de sfeer van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde en zijn bestuursdwangbevoegdheid. Beide soorten handhaving lijken qua vorm en uitvoering sterk op elkaar; in beide gevallen is sprake van een bevel of een last die op fysieke wijze geëffectueerd wordt.

Bestuursdwang ontstaat in de negentiende eeuw als het recht om fysieke dwang uit te oefenen ter uitvoering van raadsverordeningen. Deze rechtsfiguur heeft zich vervolgens ontwikkeld van fysieke handhaving naar handhaving door middel van een rechtshandeling; de beslissing om een last onder bestuursdwang op te leggen wordt op schrift gesteld en geldt als een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Dit heeft tot gevolg dat de vereisten uit de Awb toepasselijk zijn en zodoende voor burgers een uitgebreide rechtsbescherming openstaat. De last onder bestuursdwang is inzetbaar als sprake is van de schending van een wettelijk voorschrift. De wetgever heeft het echter mogelijk gemaakt om dit middel ook in bijzondere situaties aan te wenden, namelijk vóórdat schending van het wettelijk voorschrift daadwerkelijk plaatsvindt (preventieve bestuursdwang) en in spoedsituaties. In een situatie van uitzonderlijke

---

<sup>3</sup> Zie vorige noot, p. 60-70.

<sup>4</sup> Zie vorige noot, p. 70-73.

spoed mag het bestuur direct fysiek ingrijpen – de last wordt terstond geëffectueerd – en wordt het besluit achteraf bekend gemaakt.<sup>5</sup>

De onmiddellijke handhaving van de openbare orde vindt haar oorsprong eveneens in specifieke bevoegdheden toegekend aan de burgemeester door middel waarvan de politie fysieke dwang mag uitoefenen. Voor de inzet van de openbare-ordebevoegdheden van de burgemeester is vereist dat de orde wordt verstoord. Inmiddels heeft het recht zich zodanig ontwikkeld dat ordeverstoringen vrijwel altijd gepaard gaan met het overtreden van wettelijke voorschriften. In het genoemde voorbeeld kan men denken aan strafbare feiten in het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) of in bijzondere wetten als ook aan schending van het verbod in de Algemene plaatselijke verordening (hierna: APV) ‘om bij een evenement de orde te verstoren’ of het verbod ‘om op een openbare plaats door uitdagend gedrag aanleiding te geven tot ongeregelde heden’. In een toenemend aantal gevallen beschikt de burgemeester daarmee over een bestuursdwangbevoegdheid.<sup>6</sup>

De laatste decennia is bij de onmiddellijke ordehandhaving door de burgemeester een juridiseringstrend te ontwaren. Bevelen ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde worden bijna standaard op schrift gesteld. Net als de last bij bestuursdwang heeft het bevel zich daarmee ontwikkeld tot een besluit in de zin van de Awb. Het gevolg daarvan is dat burgemeesters zich soms in allerlei bochten wringen om aan de eisen te voldoen die bij een regulier Awb-besluit van toepassing zijn.<sup>7</sup>

Zo is in de regel sprake van een bevel in de vorm van een besluit als dit een aantal dagen voorafgaand aan een voetbalwedstrijd, demonstratie of evenement wordt uitgevaardigd: Bij de huldiging van de voetbalclub AZ in 2009 werden potentiële ordeverstoorders op deze wijze bevolen zich uit een bepaald gebied verwijderd te houden. Een ander voorbeeld is de Burgemeester van Leiden die voor de jaarwisseling in een schriftelijk opgesteld noodbevel onder meer het dragen van gezichtsbedekkende kleding verbood en zijn bevel via de politie persoonlijk aan potentiële ordeverstoorders overhandigde. Zowel het Alkmaarse als het Leidse noodbevel bevatten een bezwaarclausule en konden zes weken lang bij de gemeente worden ingezien. In uitzonderingsgevallen komt het voor

---

<sup>5</sup> Zie titel 5.1 en titel 5.3 Awb, in het bijzonder de artikelen 5:1, 5:2 lid 1 onder b, 5:4 lid 2, 5:7, 5:21 en 5:31 Awb.

<sup>6</sup> Zie in het bijzonder artikel 5:4 lid 1 Awb, artikel 125 lid 3 Gem.wet, artikel 172 lid 1 Gem.wet, artikel 174 lid 1 en lid 3 Gem.wet en artikel 2:1, 2:26, 2:47 en 2:50 van de Model-APV 2010. Zie verder §3.2.3.

<sup>7</sup> Zie verder §7.2.4 onder kopje ‘hybride handhavingwijze’.

dat de burgemeester zijn bevel ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde mondeling verstrekt en pas achteraf op schrift stelt en bekend maakt.<sup>8</sup>

De genoemde ontwikkelingen in het openbare-orderecht roepen een aantal interessante vragen op. Aan de hand van de mogelijke handhavingsopties in de casus van het dansfeest *Veronica Sunset Grooves* worden hieronder kort verschillende vraagstukken verkend.

#### *1.1.1.1 Onmiddellijke handhaving van de openbare orde*

Onmiddellijke handhaving van de openbare orde zou op verschillende tijdstippen in de casus plaats kunnen hebben: als de ordeverstoringen gaande zijn, dan wel een aantal dagen of uren voor het zomerfeest. Om te beginnen ga ik in op de vraag waar het handelen van de burgemeester uit kan bestaan op het moment dat de ordeverstoringen gaande zijn. Denk hierbij aan de gebeurtenis dat de groep hooligans de hekken neerhaalt en er een hit-en-runactie plaatsvindt. De Algemeen Commandant belt de burgemeester op en vertelt hem over de gebeurtenissen.<sup>9</sup> De burgemeester heeft geen tijd (meer) en moet direct handelen. Misschien heeft hij niet eerder actie ondernomen of misschien hebben eerder genomen maatregelen onvoldoende effect gehad.

Uiteraard kan de burgemeester extra politie-inzet regelen en bepaalde eenheden nadrukkelijk zichtbaar op strategische posities plaatsen. In de praktijk wordt vaak gebruik gemaakt van de bevoegdheid om een noodbevel uit te vaardigen op basis van artikel 175 Gemeentewet (hierna: de Gem.wet). Dit artikel bepaalt dat de burgemeester in geval van oproerige beweging of van andere ernstige wanordelijkheden alle bevelen mag geven die hij ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar nodig acht. Op zijn gezag maakt de mobiele eenheid (hierna: de ME) de inhoud van het noodbevel via een megafoon bekend. Het mondeling gegeven bevel houdt in dat de voetbalsupporters hun ordeverstoring gedrag dienen te staken en zich onmiddellijk van het evenementterrein dienen te verwijderen. De hooligans kunnen gedwongen worden om zich via een voorgeschreven route naar het station te begeven. Hierbij wordt gewaarschuwd voor het uitvoeren van charges en aanhoudingen indien het bevel

---

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld: 'Burgemeester van Alkmaar vaardigt nieuw noodbevel uit', nieuwsbericht op site van <[www.alkmaar.nl](http://www.alkmaar.nl)> (laatst geraadpleegd 27 november 2011); 'Noodbevel 24 september AGOVV-Ajax', nieuws op site van <[www.apeldoorn.nl](http://www.apeldoorn.nl)> (laatst geraadpleegd 2 augustus 2010); B&W nr. 08.0369 d.d. 27 mei 2008, Evaluatie jaarwisseling 2007/2008, 17 april 2008, bijlage 5 (voorbeeld noodbevel leiden); checklist noodbevoegdheden te vinden op <[www.rotterdam.nl](http://www.rotterdam.nl)> (laatst geraadpleegd 13 juli 2011); ABRvS 24 april 2001, AB 2002, 70 m.nt. F.R. Vermeer (Fumigation); ABRvS 14 januari 2009, JB 2009, 56, m.nt. M.A.D.W. de Jong, JG 2009, 0028 m.nt. LDR (noodbevel Westland).

<sup>9</sup> In werkelijkheid werd in de casus van *Veronica Sunset Grooves*-festival pas contact met de burgemeester opgenomen toen de situatie zo ernstig was dat de politie genoodzaakt was op de hooligans te schieten (Muller e.a. 2010, p. 104-118 en 176).



niet wordt nageleefd. Op deze wijze zou de burgemeester de orde kunnen herstellen.

De burgemeester kan op het moment dat de ordeverstoringen gaande zijn in plaats van een noodbevel ook gebruik maken van zijn bevelsbevoegdheden in de artikelen 172 lid 2, lid 3 en artikel 174 lid 2 Gem.wet. Daarmee kan hij ‘overtredingen van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde’ beletten of beëindigen (172 lid 2), ‘lichtere’ bevelen geven die noodzakelijk zijn voor de handhaving van de openbare orde (172 lid 3) of specifieke bevelen ter uitoefening van het toezicht op evenementen (174 lid 2). Bevelen van de burgemeester die noodzakelijk zijn op het moment dat ordeverstoringen gaande zijn, worden mondeling uitgevaardigd.

Stel dat de burgemeester eerder wil handelen. De bevelsbevoegdheden in artikel 172 lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet zijn ook een aantal dagen of uren vóór het zomerfeest inzetbaar als maar sprake is van een concrete en actueel dreigende ordeverstoring. Dit zou heel goed het geval kunnen zijn op het moment dat hij informatie van de inlichtingendienst ontvangt dat hooligans van plan zijn ‘om los te gaan’. Zo zou hij de raddraaiers vóóraf kunnen verbieden om zich tijdens het strandfeest in de buurt van het evenement te bevinden. In de fase dat de burgemeester preventief wil ingrijpen, is een belangrijke vraag die opkomt: in welke vorm dienen deze bevelen gegoten te worden? Voor de burgemeester is het van belang dat de ordeverstoring zo snel en efficiënt mogelijk wordt voorkomen.

Een aantal dagen voorafgaand aan het evenement zou de burgemeester zijn bevel op papier kunnen zetten en dit aan bij hem bekende hooligans kunnen toesturen. In het document kan gewezen worden op de consequentie van niet-naleving van zijn bevel: het door de politie fysiek verwijderen en verwijderd houden uit het gebied waar zij tijdelijk niet mogen komen, en aanhouding wegens het misdrijf in artikel 184 Wetboek van Strafrecht (hierna Sr) te weten niet-naleving van een ambtelijk bevel. Enige uren voor aanvang van het zomerfeest zou de burgemeester kunnen kiezen voor een anoniem (nood)bevel met dezelfde boodschap dat ter plekke via flyers of hand-outs bekend wordt gemaakt.

Wat nu te denken van de juridiseringstrend onder burgemeesters om bevelen in situaties zoals geschetst, te gieten in de vorm van een Awb-besluit? Is op schriftstelling voldoende om van een onmiddellijk ordebevel een onmiddellijk *ordebesluit* te maken? In hoeverre kan sprake zijn van een (volwaardig) besluit in de zin van de Awb in dergelijke omstandigheden en is dan nog sprake van ‘onmiddellijke handhaving van de openbare orde’?

### *1.1.1.2 Bestuursdwang*

Is het mogelijk en wenselijk dat de burgemeester in plaats van één van zijn onmiddellijke ordebevoegdheden, een vorm van bestuursdwang aanwendt? Stel dat hij de bepaling uit de APV wil handhaven die verbiedt om bij een evenement de orde te verstoren. Zou hij in het stadium waarin direct gehandeld moet worden, kunnen overgaan tot ‘superspoedbestuursdwang’? Het terstond herstellen van de onrechtmatige situatie zou inhouden dat de ME de hooligans van het evenement verwijderd en verwijderd houdt. Kan de burgemeester de betrokken hooligans nadien een brief sturen en mededelen dat op hun kosten bestuursdwang is toegepast?

We gaan ervan uit dat de burgemeester eerder wil ingrijpen, bijvoorbeeld een aantal dagen voordat het feest begint als hij vertrouwelijke informatie van de inlichtingendienst ontvangt. De vraag komt op of hij in deze fase gebruik kan maken van een preventieve last onder bestuursdwang. Er dient hiervoor sprake te zijn van gevaar voor een overtreding die klaarblijkelijk dreigt. Als dat het geval is, zou hij potentiële relschoppers waarvan het adres bekend is, vóór het dansfeest kunnen aanschrijven. Kan de burgemeester vervolgens in dit besluit melden dat als de hooligans zich niet aan de last houden, de ME op hun kosten zal interveniëren?

Een laatste kwestie die de uitgangssituatie oproept, is of de burgemeester de twee soorten handhaving ook gelijktijdig mag inzetten (het zogenaamd ‘stapelen’). Veronderstel dat hij op enig moment een noodbevel uitvaardigt. Wat nu als hij niet een specifieke bepaling uit de APV wil handhaven, maar zijn eigen bevel. Hier is interessant om na te gaan of hij in deze situatie een vorm van bestuursdwang kan inzetten. Anders gezegd, kan de burgemeester zijn bevel gegeven ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde, handhaven met bestuursdwang? Zo ja, geldt dan ook de hoofdregel dat de bestuursdwangtoepassing plaatsvindt op kosten van de overtreder?

## **1.1.2 Artikel 5:23 Awb**

Zoals naar voren is gekomen, lijken de bevoegdheden in de sfeer van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde en sommige vormen van bestuursdwang qua vorm en uitvoering sterk op elkaar. Men zou zelfs kunnen stellen dat optreden in het kader van onmiddellijke ordehandhaving waarbij de overtreding van een wettelijk voorschrift in het geding is, kan worden beschouwd als een uitoefening van bestuursdwang. Om op dit punt geen onzekerheid te laten bestaan, creëert de wetgever in 1998 artikel 5:23 Awb. Dit artikel bepaalt het volgende:

“Deze afdeling [Afdeling 5.3.1 Awb ‘Last onder bestuursdwang’, LDR] is niet van toepassing op optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde.”<sup>10</sup>

Op welke situaties ziet deze bepaling en wat zijn nu precies de gevolgen van het bepaalde? De wetgever heeft zich hierover nauwelijks uitgelaten. Duidelijk is wel dat men wil veiligstellen dat de burgemeester en politieambtenaren niet aan de vereisten uit de bestuursdwangregeling hoeven te voldoen als zij bijvoorbeeld rellen voorkomen of beëindigen. Daadkrachtig en snel ingrijpen moet verzekerd zijn.<sup>11</sup>

Door artikel 5:23 Awb wil de wetgever voorkomen dat onmiddellijke handhaving van de openbare orde en de last onder bestuursdwang onder hetzelfde rechtsregime vallen. Wat zijn nu de precieze verschillen tussen de betrokken rechtsregimes? Het staat vast dat een last onder bestuursdwang een besluit is in de zin van de Awb (of daaraan is gelijkgesteld) waartegen belanghebbenden in bezwaar en in beroep kunnen bij de bestuursrechter. Daarbij geldt in beginsel dat de toepassing van bestuursdwang plaatsvindt op kosten van de overtreder.

Bij onmiddellijke ordehandhaving is de burgemeester vrijgesteld van de eisen die bij reguliere bestuursdwang gelden. Zodoende is hij ontheven van de verplichting om: zijn beslissing beargumenteerd op schrift te stellen, belanghebbenden te horen, een termijn te gunnen voordat er fysiek wordt ingegrepen en gebruik te maken van reguliere bekendmakingswijzen. De burgemeester mag direct een bevel (laten) geven en/of de politie meteen fysiek laten ingrijpen als de omstandigheden op straat of bij een evenement daar om vragen. Door de juridisering van de onmiddellijke ordehandhaving lijken burgemeesters dus meer rechtsbescherming te bieden dan strikt genomen noodzakelijk is.

## 1.2 Doel- en probleemstelling

Het doel van dit onderzoek is drieledig. Het onderzoek heeft om te beginnen als doel inzicht te verschaffen in de verschillende opties die burgemeester heeft om de openbare orde op onmiddellijke wijze te handhaven. Hiertoe vergelijk ik zijn bevoegdheden in de artikelen 172 lid 2 en lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet met bepaalde vormen van bestuursdwang. Voor dit onderzoek ga ik eveneens in op het oude artikel 173 Gem.wet (opperbevel bij brand) dat in 2010 integraal is overgenomen in artikel 4 Wet veiligheidsregio's.

<sup>10</sup> Ten tijde van de derde tranche ging het om afdeling 5.3 Awb-oud [in memorie van toelichting nog aangeduid als afdeling 5.2], zie: *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 153-154 of zie PG AWB III, p. 364-365.

<sup>11</sup> Zie vorige noot en *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 5, p. 96-97 of zie PG AWB III, p. 364.

Ten tweede is het doel om erachter te komen in welke situaties het middel van bestuursdwang – en daarmee de last onder dwangsom – een alternatief vormt voor de inzet van een bevoegdheid in de sfeer van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Als sprake kan zijn van dit alternatief, geldt dan ook de hoofdregel dat de overtreder opdraait voor de kosten van de bestuursdwangtoepassing?

De derde doelstelling van dit onderzoek is om tot een gefundeerd oordeel te komen over de trend om de onmiddellijke ordehandhaving te juridiseren gezien de ingrijpende gevolgen hiervan. Deze trend houdt in dat burgemeesters in geval van een ordeverstoring een document opstellen en allerhande procedurevereisten volgen. De wetgever heeft hen echter hiervan willen vrijstellen in artikel 5:23 Awb. Hoe wenselijk is het dat burgemeesters zich tijdens ongeregelde heden bezig houden met het op de juiste wijze motiveren en bekendmaken van hun bevelen? Lenen beslissingen genomen in zo'n situatie zich voor rechterlijke toetsing?

In vogelvlucht is beschreven hoe de burgemeester zou kunnen handelen in omstandigheden zoals in het voorbeeld van het *Veronica Sunset Grooves*-strandfeest. Situaties waarin hij de orde in de publieke ruimte zowel door onmiddellijke handhaving van de openbare orde kan handhaven als door middel van bestuursdwang, vormen daarmee het vertrekpunt van dit onderzoek. De probleemstelling van dit onderzoek bestaat uit de volgende vragen:

**I.** Hoe verhouden zich de bevoegdheden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde tot de bestuursdwangbevoegdheid van de burgemeester?

**II.** Wat is de betekenis en de reikwijdte van artikel 5:23 Awb, mede in het licht van de ontwikkeling waarbij een bevel ter onmiddellijke ordehandhaving op een zelfde wijze wordt gejuridiseerd als bij de last onder bestuursdwang?

Hierbij zijn de volgende deelvragen van belang:

- a) Welke ontwikkeling heeft de bestuursdwangfiguur doorgemaakt?
- b) Wat wordt verstaan onder onmiddellijke handhaving van de openbare orde?
- c) Welke ontwikkeling hebben de bevoegdheden in artikel 172 lid 2 en lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet (en artikel 4 lid 2 Wet veiligheidsregio's) doorgemaakt?

- d) Wat zijn de verschillen tussen de onmiddellijke handhaving van de openbare orde en de last onder bestuursdwang?
- e) Waarom is de bestuursdwangafdeling bij onmiddellijke handhaving van de openbare orde door de wetgever niet van toepassing verklaard?
- f) In welke gevallen kan in het kader van ordehandhaving de (preventieve) last onder bestuursdwang worden gebruikt?
- g) Kunnen de kosten van bestuursdwang, toegepast in het kader van ordehandhaving, worden verhaald op grond van artikel 5:25 Awb?

### 1.3 Opzet en methode

In dit onderzoek ga ik eerst in op de bestuursdwangfiguur en vervolgens op de bevoegdheden ter (onmiddellijke) handhaving van de openbare orde. Hierbij valt op dat zo uitgewerkt als de bestuursdwangregeling is, zo summier de regeling van de onmiddellijke ordehandhaving is. Dit heeft tot gevolg dat het beschrijven van het eerste type handhaving gemakkelijker is dan het uiteenzetten van het tweede type handhaving. Deze verhouding is in dit onderzoek terug te zien in het aantal hoofdstukken en pagina's: het onderdeel dat ziet op bestuursdwang is aanzienlijk minder uitgebreid dan het onderdeel dat betrekking heeft op de bevoegdheden ter (onmiddellijke) handhaving van de openbare orde.

Het beschrijven van de ontwikkelingen die de twee typen handhaving doormaken, vindt chronologisch en systematisch plaats. Zowel bestuursdwang als ordehandhaving kennen hun oorsprong in Thorbeckes gemeentewet van 1851 en beide kregen hun huidige vorm met de herziening van de Gemeentewet in 1992. De bestuursdwang is sinds de inwerkingtreding van de derde tranche in 1998 in de Algemene wet bestuursrecht te vinden.

Als methoden voor het onderzoek in dit proefschrift is gebruik gemaakt van rechtshistorisch onderzoek, onderzoek van primaire bronnen (als jurisprudentie en wetgeving), literatuuronderzoek, interne rechtsvergelijking, toetsing van de interne consistentie van het geldende recht en toetsing aan relevante beginselen.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Herweijer in: Broeksteeg/Stamhuis 2003, p. 23-33. Zie verder over (de methode van) rechtswetenschappelijk onderzoek: Schuyt 1983, p. 11-15; Maris/Jacobs 1997, p. 315-320.

## **Bestuursdwang**

De hoofdstukken 2 t/m 4 van dit boek gaan over de last onder bestuursdwang. In hoofdstuk 2 beschrijf ik het verloop van de bestuursdwangregeling vanaf de gemeentewet van 1851 tot aan de inwerkingtreding van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht in 1998. In hoofdstuk 3 komt de huidige regeling van bestuursdwang aan bod waarbij ik onderscheid maak in *bestuursdwang regulier*, *(super)spoedbestuursdwang* en *preventieve bestuursdwang*. Het kostenverhaal na het effectueren van de last onder bestuursdwang behandel ik afzonderlijk in hoofdstuk 4.

## **(Onmiddellijke) ordehandhaving**

In de hoofdstukken 5 t/m 9 beschrijf ik het ontstaan van het openbare-orderecht als rechtsgebied en de ontwikkeling van wat men tegenwoordig aanduidt als de ‘onmiddellijke handhaving van de openbare orde’.

De hoofdstukken 5 en 6 zien op het onderwerp ordehandhaving in de periode vanaf de gemeentewet van 1851 tot aan de Gemeentewet van 1992. Omdat de jaren tachtig in de vorige eeuw van grote invloed zijn geweest op het openbare-orderecht, wordt de aanloop naar de herziening van de Gemeentewet van 1992 in een afzonderlijk hoofdstuk beschreven (hoofdstuk 6).

De twee volgende hoofdstukken gaan in op de huidige regeling van onmiddellijke ordehandhaving. Hoofdstuk 7 betreft de opkomst en de ontwikkeling van het onderscheid in onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving in het algemeen. Dit onderscheid vervangt de oude indeling in gewone en buitengewone bevoegdheden. Ik zet in dit hoofdstuk eerst de ontstaansgeschiedenis uiteen van het begrip ‘onmiddellijke handhaving van de openbare orde’ en van artikel 5:23 Awb. Vervolgens sta ik uitvoerig stil bij de sleutelbegrippen ‘openbare’ en ‘orde’ in de context van dit onderzoek. In hoofdstuk 8 behandel ik een aantal *onmiddellijke ordebevoegdheden* in de Gemeentewet afzonderlijk, te weten artikel 172 lid 2 (en lid 3), artikel 174 lid 2 en artikel 175 Gem.wet. Eveneens komt de bevelsbepaling in artikel 173 Gem.wet-oud aan de orde. Net als bij bestuursdwang sluit ik af met het onderwerp kosten (hoofdstuk 9). Daar komt de vraag op in hoeverre de bestuursdwangregeling een grondslag kan vormen voor het verhalen van de kosten van (onmiddellijke) ordehandhaving.

In het laatste hoofdstuk ‘Vergelijking en conclusies’ inventariseer ik de verschillen en overeenkomsten tussen beide soorten handhaving en ken ik daaraan waarde toe. Op basis daarvan geef ik aan in hoeverre het de burgemeester vrij staat om in een situatie waarin sprake is van samenloop, te kiezen voor ofwel onmiddellijke ordehandhaving ofwel bestuursdwang ofwel een combinatie van beide. Mijn conclusies liggen, tot slot, besloten in de beantwoording van de (deel)vraagstellingen. Het onderzoek is afgerond op 1 december 2011.

# Hoofdstuk 2

## Bestuursdwang 1851-1998

### 2.1 Inleiding

In het jaar 1860 plaatst een inwoner van Den Haag op het erf van zijn woning een loods en gebruikt deze als opslagplaats voor licht ontvlambare stoffen. De Hagenaar heeft voor deze opslagplaats echter geen toestemming van het college van b en w zodat hij in strijd handelt met de brandveiligheidseisen van de destijds geldende APV. De overtreder krijgt een proces-verbaal, betaalt de maximumboete, maar laat de loods vervolgens ongemoeid. Burgemeester en wethouders dringen herhaaldelijk aan op afbraak van de loods totdat, na enige malen uitstel, op 1 mei 1863 de allerlaatste termijn verstrijkt. De overtreder maakt nog altijd geen enkele aanstalten om tot sloop over te gaan.<sup>13</sup>

Het zijn deze omstandigheden die de bevoegdheid tot bestuursdwang tot leven brengen. In dit hoofdstuk beschrijf ik de ontwikkeling die deze rechtsfiguur doormaakt vanaf de periode van Thorbeckes gemeentewet tot aan de overgang van de bestuursdwangregeling naar de Algemene wet bestuursrecht in 1998. Twee andere tijdsmomenten zijn gedurende de ‘rit’ van belang: de herzieningen van de gemeentewet in 1931 en 1992. Er wordt relatief veel aandacht besteed aan het tijdperk 1931-1992, omdat de (wettelijke) bestuursdwangregeling in deze periode voor het eerst gestalte krijgt. De huidige regeling is in veel opzichten tot stand gekomen als een reactie op de juridische problemen in dit tijdvak.

#### Terminologische opmerkingen

In dit hoofdstuk gebruik ik de termen politiedwang en bestuursdwang als synoniemen van elkaar. Tot de jaren tachtig gebruikt men de benaming *politiedwang*. Het woord ‘politie’ had in de negentiende eeuw nog de betekenis van overheidsbestuur. In zijn dissertatie in 1982 stapt Snijders over van de benaming politiedwang naar de term *bestuursdwang*. Dit begrip brengt beter tot uitdrukking dat het gaat om optreden door het openbaar bestuur. De aanwezigheid van poli-

---

<sup>13</sup> Dit voorbeeld wordt aangehaald door: Polak Daniels 1876, p. 70-71; Pels Rijcken 1887, p. 118-119 in de noot en Prins & Van Wijk 1954, p. 1-2.

tieambtenaren kan hierbij noodzakelijk of gewenst zijn, maar is zeker geen algemene regel. De rol van de politie bij de feitelijke uitoefening van politie- of bestuursdwang is derhalve een afgeleide: het zo nodig verlenen van hulp aan degenen die bestuursdwang effectueren, en het ter plaatse meewerken aan het handhaven van de openbare orde.<sup>14</sup> Met het *effectueren* of het *toepassen* van politie- of bestuursdwang wordt bedoeld op het fysieke optreden door of namens het bestuursorgaan.

In onderstaande tabel is weergegeven in welke artikelen de bestuursdwangregeling in de genoemde tijdvakken is te vinden. De bestuursdwangregeling in het Awb-tijdperk wordt in het volgende hoofdstuk beschreven.

	1851 - 1931	1931 - 1992	1992 - 1998	1998 - 2009*	2009 - heden*
<b>Gem.wet.</b>	art. 180	artt. 152-155 jo. 210	artt. 126- 139		
<b>Awb</b>				artt. 5:21- 5:31	Titel 5.1 en Afdeling 5.3.1

Tabel 1: Overzicht bestuursdwangregeling

\* De periode 1998-heden komt pas in de hoofdstukken 3 en 4 aan bod, maar wordt voor de volledigheid in dit overzicht al genoemd.

## 2.2 De bestuursdwangregeling in de gemeentewet

### 2.2.1 gemeentewet 1851

De huidige organisatiestructuur van gemeenten vindt zijn oorsprong in de Grondwet van 1848 en de gemeentewet van 1851. In deze tijd breekt de wetgever rigoureuus met een aantal oude tradities. Het onderscheid tussen steden en platteland wordt opgeheven; het lokale bestuur dat hoofdzakelijk berustte bij door de koning benoemde stedelijke magistraten, komt in handen van de gemeenteraad. De raad is voortaan het orgaan bekleed met de hoogste lokale macht en wordt door bepaalde gefortuneerde ingezetenen direct gekozen. Wat over is aan heerlijke rechten uit het feodale stelsel, schaft de grondwetgever af. De nieuwe gemeentewet introduceert vervolgens eenzelfde bestuurlijke regeling voor alle gemeenten en voert twee nieuwe organen in: het college van burge-

<sup>14</sup> De Vries 1846, p. 91-92; Snijders 1982, p. 17-19; Van Buuren en Michiels 1989, p. 7-8; *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 149 of zie PG AWB III, p. 359.



meester en wethouders en de burgemeester als eenhoofdig bestuursorgaan.<sup>15</sup> In deze periode bestaat er alleen voor het college een bevoegdheid tot ‘politiedwang’.

De eerste bestuursdwangbepaling in de gemeentewet, artikel 180, bevindt zich in het derde hoofdstuk getiteld ‘Van het dagelijksch bestuur van de gemeente’ dat ziet op de bevoegdheden van het college van b en w en luidt als volgt:

**DERDE HOOFDSTUK.  
VAN HET DAGELIJKSCH BESTUUR DER GEMEENTE.**

**§ 1. Van het dagelijksch bestuur in het algemeen.**

(..)

**Artikel 180**

Onder de uitvoering der verordeningen van den Raad, behoort de bevoegdheid tot het, des noods ten koste der overtreders, doen wegnemen, beletten of verrigten van hetgeen, in strijd met die verordeningen en besluiten wordt daargesteld, ondernomen of nagelaten.

Spoedeischnende gevallen uitgezonderd, geschiedt dit niet, dan nadat de belanghebbende schriftelijk is gewaarschuwd.<sup>16</sup>

De nalatigheid van de Hagenaar in het begin van dit hoofdstuk – te weten het voortdurende illegale gebruik van zijn loods – drijft het bestuur halverwege de negentiende eeuw tot wanhoop. Men overweegt een civiele vordering tot afbraak, een gebruikelijke actie destijds. Een speciale rechtskundige commissie concludeert uiteindelijk dat een dergelijke vordering door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk zou worden verklaard omdat de zaak beheerst wordt door artikel 180. Het toepassen van deze bepaling kan leiden tot de sloop van hetgeen in strijd met de verordening is gebouwd, ware het niet dat voor deze actie inbreuk op het woonrecht van de eigenaar nodig zou zijn.<sup>17</sup>

*2.2.1.1 Intrinsieke bevoegdheid*

Het dagelijks bestuur van de gemeente, opgedragen aan het college van burgemeester en wethouders, bestaat onder meer uit het uitvoeren van verordeningen van de raad (artikel 179 onder a gemeentewet van 1851). Volgens Polak Daniels ziet ‘uitvoeren’ hier op handelingen ‘welke zich nog niet in het feitelijk optreden

<sup>15</sup> Wet van den 29sten Junij 1851, regelende de zamenstelling, inrigting en bevoegdheid der Gemeentebesturen, *Stb.* 1851, 85; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 18-21. Zie ook: Oud I 1956, p. 9-18.

<sup>16</sup> Artikel 180 is ook te vinden in: *De gemeentewet voorheen en thans: vergelijkende tekst in rood en zwart* (...), Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1931, p. 77.

<sup>17</sup> Zie noot 13. In feite ziet men hier een eerste aanzet tot de tweewegenleer aangezien sprake is van een exclusieve publiekrechtelijke bevoegdheid.

en handelen openbaar', te weten 'het beramen van maatregelen en het nemen van besluiten'.<sup>18</sup> Met de politiedwangebepaling in artikel 180 expliciteert de wetgever dat het college bij het uitvoeren bevoegd is om fysieke handelingen te (laten) verrichten. Het gaat om het recht om fysiek in te grijpen door een overtreiding te doen wegnemen, te beletten of door het ten uitvoer brengen van de bepaling uit de verordening die niet wordt nageleefd. Voordat het college daadwerkelijk fysiek ingrijpt, dient het de belanghebbende schriftelijk te waarschuwen (lid 2 van artikel 180).

Er is niet zozeer sprake van een nieuw gecreëerde als wel van codificatie van de bevoegdheid tot het uitoefenen van politiedwang. In de tweede helft van de negentiende eeuw heerst de algemene rechtsopvatting dat deze bevoegdheid logischerwijze besloten ligt in het uitvoeren van wettelijke regels; men beschouwt politiedwang als zodanig vanzelfsprekend en legitiem dat die bevoegdheid al aanwezig was voordat de wetgever deze wettelijk ging regelen. Omdat het bestuur geen nieuwe norm stelt, maar slechts een norm handhaaft, ziet men in het geheel geen strijd met het legaliteitsbeginsel. Er is immers sprake van een daad van uitvoering: een bestaand wettelijk voorschrift, waarop het legaliteitsvereiste onverkort van toepassing is, wordt daadwerkelijk tot gelding gebracht.<sup>19</sup> De memorie van toelichting op artikel 180 verwoordt dit als volgt:

“Zorg voor de uitvoering inzonderheid van politie-verordeningen, gelijk de plaatselijke verordeningen veelal zijn, had weinig te beteekenen, indien hij, die er mede belast is, niet bevoegd ware, hetgeen de verordeningen gebieden, waar het wordt nagelaten, zelf te bewerkstelligen, hetgeen zij verbieden, te beletten, hetgeen in strijd met hare bepalingen is aangelegd, weg te nemen.”<sup>20</sup>

Zodoende heeft de nieuwe bepaling in artikel 180 slechts een bevoegdheidsbevestigende betekenis: het orgaan bevoegd tot uitvoering is ook gerechtigd tot het uitoefenen van politiedwang. Volgens Thorbecke, de grondlegger van de gemeentewet, bestaat dit artikel om alle twijfel over deze bevoegdheid weg te nemen en de kracht van de uitvoering van politieverordeningen te verzekeren. Behalve een competentieregeling, ligt de betekenis van dit artikel ten slotte in de mogelijkheid van kostenverhaal. In de gemeentewet van 1851 is verder geen aparte regeling opgenomen over de inning van de gemaakte kosten van politiedwang.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Polak Daniels 1867, p. 46-48. Zie ook volgende noot.

<sup>19</sup> Pels Rijcken 1887, p. 30; Van den Brandhof 1924, o.a. p. 7 en 12; Prins & Van Wijk 1954, p. 5; Snijders 1982, p. 29; Van Buuren & Jurgens & Michiels 2011, p. 21-22.

<sup>20</sup> Francken 1851, p. 343.

<sup>21</sup> Francken 1851, p. 343; Pels Rijcken 1887, p. 34; Van den Brandhof 1924, p. 20 e.v.; Elenbaas I 1926, p. 541-543; Prins & Van Wijk 1954, p. 67; Van Buuren & Jurgens & Michiels 2011, p. 21-22.

### 2.2.1.2 *Reikwijdte*

De precieze reikwijdte van politiedwang is in deze tijdsperiode bij lange na niet duidelijk. Een belangrijke onduidelijkheid is de vraag: schending van welk voorschrift levert nu een overtreding op? Op basis van artikel 180 kan het college op kosten van de overtreder fysiek optreden (doen wegnemen, beletten of verrichten) tegen hetgeen in strijd met raadsverordeningen ‘wordt daargesteld, ondernomen of nagelaten’.

De Hoge Raad meent op basis van de wettekst dat het louter gaat om schending van politieverordeningen in de zin van algemene plaatselijke regels. Volgens de doctrine kan het eveneens gaan om bijzondere verordeningen en besluiten van de gemeenteraad. Men wijst op de memorie van toelichting die de zorg voor de uitvoering van politieverordeningen in het bijzonder (‘inzonderheid’) noemt, ‘gelijk de plaatselijke verordeningen veelal zijn’. Ook het systeem van de gemeentewet zou op een ruime interpretatie duiden van ‘verordeningen van de Raad’, aangezien artikel 150 bepaalt dat hieronder alle voorschriften en beschikkingen vallen van de raad en het college van b en w.<sup>22</sup>

Overige opvallende twistpunten in dit tijdvak zijn voorts of alleen sprake is van een dwangmiddel of ook van een straf, in hoeverre politiedwang inbreuk mag maken op bepaalde (grond)rechten en of het bestuur verplicht of slechts bevoegd is om in te grijpen. Over deze punten bereikt men geen overeenstemming.<sup>23</sup>

### 2.2.1.3 *Naar preventieve bestuursdwang*

In de periode 1851-1931 staat men nauwelijks stil bij de vraag in welke fase van de (dreigende) overtreding het bestuur fysiek kan ingrijpen. Kijkend naar de wettekst en de wetsgeschiedenis lijkt politiedwang niet alleen repressief, maar ook preventief te kunnen worden ingezet. Repressief handelen vindt plaats door middel van het wegnemen of herstellen van de overtreding (‘verrichten van hetgeen in strijd met verordeningen en besluiten wordt daargesteld, ondernomen of nagelaten’). Dit impliceert dat de overtreding gaande is op het moment dat het

<sup>22</sup> HR 3 juni 1859, *W.* 2070, laatste alinea. Zie o.a. Pels Rijcken 1887, p. 49-52; Oppenheim II 1928, p. 107-108; Van Loenen 1914, deel II, p. 456. Lid 1 van artikel 150 bepaalde tot de herziening van de Gemeentewet in 1931: “De plaatselijke verordeningen, waaronder alle voorschriften en beschikkingen van den Raad en van Burgemeester en Wethouders worden verstaan, treden niet in hetgeen van algemeen, Rijks- of provinciaal belang is [cursivering LDR].”

<sup>23</sup> Rb. ‘s Gravenhage 5 september 1910, *W.* 9044; Polak Daniels 1867, o.a. p. 35-38, 48 en 55, 63-66; Pels Rijcken 1887, o.a. p. 34-38, 39, 63-65; Van Loenen 1914, deel II, p. 453

bestuur ingrijpt. Een preventief element zou in de term ‘beletten’ kunnen zitten. Polak Daniels schrijft echter enkel over het herstellen en wegruimen. Volgens Pels Rijcken en Oppenheim houdt het preventieve element in artikel 180 niet meer in dan dat het verdere vervolg van de overtreding wordt verhinderd. Het is De Vries die als enige aangeeft dat politiedwang – hoewel deze bevoegdheid in zijn tijd nog niet is gecodificeerd – mede omvat het voorkomen van een (eerste) overtreding voordat deze een aanvang neemt.<sup>24</sup>

### 2.2.2 gemeentewet 1931

Met de herziening van 1931 ontstaat een wettelijke politiedwangregeling die, in tegenstelling tot de gemeentewet van 1851, werkelijk materiële betekenis heeft. Artikel 180 gaat op in artikel 210 van de gemeentewet waarbij de oorspronkelijke tekst nagenoeg onveranderd blijft; toegevoegd aan de opsomming is de fysieke handeling het ‘in vorige toestand herstellen’ van hetgeen in strijd met raadsverordeningen is of wordt gehouden e.d.<sup>25</sup> Nieuw zijn de afzonderlijke bepalingen gecreëerd voor politiedwang uitgeoefend ter uitvoering van autonome verordeningen (artikel 210) en ter uitvoering van verordeningen van hogerhand (artikel 152). Met het uitvoeren van medebewindsregels is het college van b en w belast, voor zover de gemeenteraad of de burgemeester niet als het uitvoerende orgaan is aangewezen (artikel 151). De relevante bepalingen luiden als volgt:

#### Artikel 210

Tot de uitvoering der verordeningen van den raad behoort de bevoegdheid tot het op kosten van de overtreders doen wegnemen, beletten, verrichten of in vorige toestand herstellen van hetgeen in strijd met die verordeningen is of wordt gehouden, gemaakt of gesteld, ondernomen, nagelaten, beschadigd of weggenomen.

De artikelen 152, tweede lid, en 155 vinden daarmee overeenkomstige toepassing.

#### Artikel 151

Wanneer ter uitvoering van wetten, van algemeene maatregelen van bestuur en van provinciale reglementen en verordeningen door het gemeentebestuur moet worden medegewerkt, geschiedt dit door burgemeester en

---

en 462; Van den Brandhof 1924, o.a. p. 6-7, 45-52, 112-115; Oppenheim II 1928, p. 112-113.

<sup>24</sup> De Vries 1846, p. 233-235; Polak Daniels 1867, o.a. p. 37-38, 41, 43, 67, 80; Pels Rijcken 1887, p. 119-120; Oppenheim II 1928, p. 111-112. Van den Brandhof laat met name anderen aan het woord en gaat zelf niet in op de fases waarin het bestuur fysiek kan ingrijpen (Van den Brandhof 1924, zie bijv. p. 2-13, 20-21 en 24-25).

<sup>25</sup> Kooiman 1931, p. 429. Op deze wijze bestond er geen twijfel meer over de vraag tot hoever het bestuur fysiek kon ingrijpen, zie Oud 1959, deel II, p. 450.

wethouders, voor zoover niet de medewerking bepaaldelijk van den raad of van den burgemeester wordt gevorderd.

Vorderen de wetten, maatregelen, bevelen, reglementen of verordeningen eene bepaalde medewerking van den raad en wordt die door dezen geweigerd, dan voorzien burgemeester en wethouders daarin.

### **Artikel 152**

Tot de medewerking aan de uitvoering van wetten, algemeene maatregelen van bestuur en provinciale reglementen en verordeningen behoort de bevoegdheid tot het op kosten van de overtreders doen wegnemen, beletten, verrichten of in vorige toestand herstellen van hetgeen in strijd met de bepalingen, tot uitvoering waarvan wordt medegewerkt, is of wordt gehouden, gemaakt of gesteld, ondernomen, nagelaten, beschadigd of weggenomen.

Spoedeisende gevallen uitgezonderd, wordt van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt, dan nadat belanghebbende schriftelijk is gewaarschuwd.

In de nieuwe regeling zijn verder voorschriften te vinden die zien op het betreden van woningen tegen de wil van bewoners (de artikelen 153-154) en op het invorderen van de kosten die de overtreder verschuldigd is via een dwangbevel (artikel 155). Tegen het dwangbevel kan verzet worden aangetekend bij de burgerlijke rechter.<sup>26</sup>

Zo'n zestig jaar gaan bovenstaande politiedwangbepalingen mee totdat deze in de laatste twee decennia beginnen te knellen. In meerdere opzichten blijkt deze eerste wettelijke regeling haar beperkingen te hebben.

#### *2.2.2.1 Problemen met effectuering*

Een eerste beperking is dat het wettelijke kader niet alle handelingen dekt die nodig zijn om het ingrijpen daadwerkelijk te kunnen effectueren. Een voorbeeld hiervan dat destijds op juristen grote indruk maakte, is de casus van de Westerschouwense stacaravans.

De bv 'Nieuw Verzicht' in de Gemeente Westerschouwen heeft een stuk beschermd duingebied in eigendom. Het bedrijf verkoopt grond aan caravanhouders waarbij stroken rondom de verkochte stukken in eigendom blijven van de vennootschap. De stacaravanhouders plaatsen hun wagens vervolgens zonder de vereiste vergunningen in het duingebied. Zowel het gemeente- als het provinciebestuur willen hun politiedwangbevoegdheden effectueren, maar lopen tegen het probleem aan dat de bv geen toegang verschaft tot haar erf.

---

<sup>26</sup> *De gemeentewet voorheen en thans*, 1931, p. 56 e.v.; Kooiman 1931, p. 273 e.v.

In een poging het listige systeem van de zogenaamde ‘plaagstroken’ te omzeilen, overweegt het bestuur helikopters in te zetten om vanuit de lucht politiedwang toe te passen. Uiteindelijk ziet men daar in verband met de kosten vanaf. De burgerlijke rechter kan de gemeente ook niet verder helpen; de bv heeft als eigenaar van de plaagstroken geen rechtsplicht geschonden en mag op grond van haar absolute eigendomsrecht de toegang weigeren. Als de gemeente via de plaagstroken naar de illegale stacaravans toegaat, zou zij strafrechtelijke risico’s lopen of een onrechtmatig daad begaan.<sup>27</sup>

Uit een variant op bovenstaande zaak blijkt dat het dwarsbomen van de politiedwangtoepassing nog makkelijker kan zijn. Dit keer bevinden illegaal geplaatste caravans zich op een camping waarbij een chauffeur zijn vrachtwagen zodanig voor de ingang van het terrein parkeert dat de toegang volledig versperd wordt. Ook in deze zaak vangt het bestuur bot aangezien de vrachtwagen niet in strijd met het Wegenverkeersreglement is geparkeerd, noch sprake is van strijd met de openbare orde. Van Eijk meent dat politiedwang in dit geval niet slechts een ‘papieren tijger’ hoeft te zijn, aangezien de delictsinhoud van artikel 184 Sr wordt vervuld: de vrachtwagenchauffeur belet, belemmert of verijdelt opzettelijk een handeling van een ambtenaar die verricht wordt ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.<sup>28</sup>

De voorbeelden laten zien dat de politiedwangregeling in deze periode geen antwoord heeft op situaties van blokkades in de vorm van plaagstroken of een vrachtwagen; men beschouwt de bevoegdheid dan ook in de praktijk als een ‘papieren tijger’.<sup>29</sup> Bestuursorganen in handhavingsnood zoeken hun heil vervolgens bij de burgerlijke rechter. Daar verzoeken zij in een kort geding een rechterlijk bevel tot naleving van wettelijke voorschriften met daaraan verbonden een dwangsom. Overige voorstellen die gedaan worden, zijn strafrechtelijke vervolging met daarbij inbeslagneming en/of verbeurdverklaring of het afsluiten van de water-, gas- en elektriciteitsvoorzieningen door de gemeente als eigenaar van nutsbedrijven of van woningen.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Hof 's-Gravenhage 16 oktober 1974, *NJ* 1975, 302; De Schipper in *TvO* 1976, p. 116-118; Figeo in *NG: Magazine* 1994, p. 20-22.

<sup>28</sup> Langelaar in *NJB* 1974-1, p. 20-24, noot 8; Van Eijk in *TvO* 1974 (1250), p. 245-246. Hoewel de vrachtwagen op privé-grond moet hebben gestaan, heb ik de precieze casuspositie niet kunnen achterhalen.

<sup>29</sup> Zie vorige noot.

<sup>30</sup> De Schipper 1976, p. 117; Van Buuren in *NJB* 1976-27, p. 898-901; Damen in *TvO* 1976 (20), p. 418-420; Stellinga in *TvO* 1976 (22), p. 461. Zie ook Snijders 1982, hoofdstuk 9. In het arrest *Limmen-Houtkoop* (HR 9 november 1974, *NJ* 1974, 91) ontnemt de Hoge Raad het bestuur in beginsel de mogelijkheid om via een onrechtmatige daad een rechterlijk bevel en een daaraan gekoppelde dwangsom te verkrijgen.

### 2.2.2.2 *Gewrongen definitie*

Een tweede beperking ontstaat na de komst van de Wet Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen in 1976 (Wet Arob), de voorganger van de Algemene wet bestuursrecht. In de doctrine laait een discussie op rondom de eis van de voorafgaande schriftelijke waarschuwing zoals verplicht gesteld in artikel 152 lid 2 gemeentewet. De vraag is hoe deze waarschuwing (aankondiging) voor het toepassen van politiedwang vanuit dogmatisch perspectief een rechtshandeling, te weten een Arob-beschikking, kan vormen. De Wet Arob definieert het begrip beschikking als volgt: ‘een schriftelijk besluit van een bestuursorgaan gericht op enig rechtsgevolg, niet zijnde een besluit van algemene strekking of een handeling naar burgerlijk recht’.

Vanuit pragmatische overwegingen valt er veel voor te zeggen om de uitoefening van politiedwang onder de Wet Arob te laten vallen; rechterlijke controle vóóraf is dan mogelijk en de procedure zou goedkoper en eenvoudiger zijn dan een civiel proces. Tot dan toe bestaat slechts de mogelijkheid voor een overtreder en een derdebelanghebbende om de rechtmatigheid van de voorgenomen politiedwangtoepassing door de burgerlijke rechter te laten beoordelen – vooraf door middel van een kort geding en achteraf via verzet bij het kostenverhaal of via een actie uit onrechtmatige daad.<sup>31</sup>

Het verschil van mening tussen de Minister van Binnenlandse Zaken en de Afdeling rechtspraak van de Raad van State vormt het startpunt van het debat hierover. De minister schrijft in een circulaire dat de werkingssfeer van de Wet Arob zich niet uitstrekt tot feitelijke handelingen van de overheid, ‘ook niet als daarvan op een of andere wijze schriftelijk zou blijken’. Het gaat om handelingen die niet gericht zijn op een rechtsgevolg of geen verplichtingen in het leven roepen, maar slechts verwijzen naar een bestaande verplichting die uit de wet zelf voortvloeit. Te denken valt hierbij aan: mededelingen van zuiver feitelijke aard, het bevel om een einde te maken aan een door de wet verboden toestand resp. een besluit tot (aankondiging van de) uitoefening van politiedwang.<sup>32</sup>

Niet lang daarna kwalificeert de Voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State echter de aan politiedwang voorafgaande schriftelijke waarschuwing als een beschikking in de zin van de Wet Arob. Het gaat om de schriftelijke aankondiging van een ontruiming van kraakpanden die zonder vergunning in gebruik zijn genomen. Het college van b en w wordt bevoegd geacht om de illegale actie in de vorige toestand te doen herstellen waarbij de voorzitter redeneert dat de waarschuwing een voorwaarde is voor het rechtsgeldig uitoefenen van de bevoegdheid tot politiedwang en dus op een rechtsgevolg is ge-

<sup>31</sup> Van Wijk/Konijnenbelt 1979, p. 51; Snijders 1982, p. 81-85.

richt.<sup>33</sup> Ruim een jaar later neemt de Afdeling het standpunt van de Voorzitter over.<sup>34</sup>

In deze redenering, ook wel aangeduid als de ‘waarschuwingsconstructie’ of de ‘voorwaardetheorie’, zou het rechtsgevolg zijn dat door de schriftelijke waarschuwing een bevoegdheid tot het uitoefenen van politiedwang in het leven wordt geroepen. In Van Wijk/Konijnenbelt wordt gesproken over een latente bestuursdwangbevoegdheid zolang geen waarschuwing is gegeven. De waarschuwing heeft, met andere woorden, het rechtsgevolg dat de aanvankelijk latente bevoegdheid een reële bevoegdheid wordt.<sup>35</sup>

In de literatuur vindt men de redenering van de (Voorzitter van de) Afdeling weinig overtuigend. De kern van de kritiek sluit aan bij het standpunt van de minister en komt erop neer dat de waarschuwing geen nieuwe rechten en plichten in het leven roept. Zij is hier niet op gericht en verandert niets aan de bestaande juridische situatie. De waarschuwing herinnert de burger slechts aan zijn verplichtingen en geeft hem de mogelijkheid om alsnog voor een rechtmatige situatie te zorgen voordat op zijn kosten door het bestuur wordt ingegrepen; het doel van de waarschuwing is niet het rechtsgeldig maken van de uitoefening van de politiedwang.<sup>36</sup>

Snijders meent een dogmatische oplossing te hebben voor de bestuursdwangaanschrijving – de auteur vervangt de term politiedwang. Het beschikkingselement zoekt hij in de beslissing om bestuursdwang toe te passen en niet in de waarschuwing. De beslissing verplicht de belanghebbende bij die concrete situatie te gedogen dat de overheid met politiedwang tegen de overtreding optreedt. De burger blijft hierbij gehouden de basisverplichting na te komen. Het rechtsgevolg – de verplichting om feitelijk optreden te gedogen – vloeit niet rechtstreeks uit de wet voort, maar is enkel een gevolg van het overheidsbesluit om in een concreet geval bestuursdwang toe te passen. Deze redenering wordt uiteindelijk tijdens de herziening van de Gemeentewet in 1992 overgenomen.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Weerkamp in *Bondsblad* 1976 (3655), p. 905-907.

<sup>33</sup> Vz. ARRvS 25 augustus 1976, *BR* 1976, p. 708-709; Weerkamp 1976. Zie ook: Vz. AR-RvS 3 januari 1977, *Gst.* 6441 (1977), p. 64. In deze laatste uitspraak motiveert de voorzitter net even anders, namelijk dat het rechtsgevolg niet alleen bestaat uit het feit dat een bevoegdheid tot politiedwang wordt geschapen, maar ook dat voor betrokkenen een ont-ruimingsplicht ontstaat.

<sup>34</sup> ARRvS 9 december 1977, *AB* 1978, 194.

<sup>35</sup> HR 25 november 1977, *AA* 1976 (6), p. 361-371, m.nt. Jeukens; Van Wijk/Konijnenbelt 1990, p. 217.

<sup>36</sup> Ham-Wagner in *BR* 1976, p. 478-481; Van Buuren 1976, p. 906; Dassen in *NJB* 1977-44, p. 1094; Hindriks in *Hartmans tijdschrift voor studerende in het openbaar bestuur* 1978, p. 241-248. Zie ook: Damsteegt in *TvO* 1979-9, p. 133-137.

<sup>37</sup> Snijders in *TvO* 1981 (2), p. 34-39; Snijders 1982, p. 98. Zie ook: Van Zanten in *Gst.* 6655 (1981), p. 187-188; *Kamerstukken II* 1985/1986, 19 403, nr. 3, p. 124.



Tot de herziening is het vaste jurisprudentie van de Arob-rechter dat een waarschuwing als voorafgaand vereiste voor bestuursdwang te gelden heeft als een beschikking. Een belangrijk nadeel van deze juridische constructie is dat in gevallen van spoedeisendheid geen waarschuwing is vereist zodat dan geen sprake kan zijn van een beschikking. De burger kan in dat geval zoals voorheen achteraf bij de burgerlijke rechter terecht.<sup>38</sup>

Dezelfde omslachtigheid bestaat bij een verzoek tot handhaving van een derdebelanghebbende. Aanvankelijk maakt de Arob-rechter een onderscheid tussen de schriftelijke waarschuwing en de toepassing van bestuursdwang in overeenstemming met het adagium dat als een bepaalde handeling geen beschikking is, het weigeren van die handeling evenmin een beschikking is. In dit licht vormt de weigering om een schriftelijke waarschuwing te doen uitgaan dus een beschikking, maar de weigering tot effectuering van bestuursdwang daarentegen niet aangezien de toepassing van bestuursdwang een feitelijke handeling is. Soms echter – Michiels spreekt van een annexatiedrift – vindt de Afdeling een redenering om bij een weigering van een bestuursdwangtoepassing toch van een beschikking te kunnen spreken namelijk door het weigeren in dit geval te zien als een intrekking van een waarschuwing. Tegen deze achtergrond meent Schipper dat de rechtsbescherming vóór de inwerkingtreding van de Wet Arob procesrechtelijk eenvoudiger was geregeld, aangezien het toen de burgerlijke rechter was die over álle bestuursdwanggeschillen oordeelde.<sup>39</sup>

### 2.2.2.3 *Onvolkomen competentieverdeling*

De politiedwang- of bestuursdwangregeling blijkt deze periode niet alleen problematisch voor betreft het daadwerkelijk effectueren of de gevolgen van de gewrongen waarschuwingsconstructie, maar ook vanwege een onvolkomen competentieverdeling. Dit is de derde beperking in de wettelijke bestuursdwangregeling. Artikel 210 gemeentewet koppelt de bestuursdwangbevoegdheid aan het bestuursorgaan dat belast is met de uitvoering van autonome raadsverordeningen. Niet altijd blijkt duidelijk te zijn wie deze verordeningen uitvoert. De wet verwijst alleen naar het college van b en w, terwijl men in de jurisprudentie aanneemt dat de burgemeester eveneens de bevoegdheid tot politiedwang bezit wanneer hij als eenhoofdig orgaan raadsverordeningen uitvoert, bijvoorbeeld als het gaat om artikel 221 gemeentewet.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Michiels in *Gst.* 6832 (1987), p. 150-151; Teunissen in *TvO* 1986 (10), p. 201-202; Snijders 1982, p. 97-101.

<sup>39</sup> Duchateau in *Bondsblad* 1981-2, p. 9-11; Van Wijk/Konijnenbelt 1988, p. 217; Michiels in *Gst.* 6832 (1987), p. 150-152; De Schipper in *NJB* 1986, p. 737-741; De Schipper in *NJB* 1987, p. 1286-1287.

<sup>40</sup> Van Wijk 1954 (prae-adviezen), p. 68-69; Goorden in *Gst.* 6795 (1985), p. 213-215. Anders: Snijders 1982, p. 39 e.v.

**Artikel 221**

De politie over de schouwburgen, herbergen, tapperijen en alle voor het publiek openstaande gebouwen en samenkomsten, benevens over openbare gemakkelijkheden, behoort aan den burgemeester.

Hij waakt tegen het doen van met de openbare orde of zedelijkheid strijdige vertooningen.

Voor het woord ‘politie’ moet gelezen worden ‘handhaving der openbare orde en der daaromtrent gemaakte plaatselijke verordeningen’. Dit betekent dat de burgemeester niet alleen in specifieke situaties de orde moet handhaven, maar ook dat hij verantwoordelijk is voor het uitvoeren van verordeningen ‘daaromtrent’. Deze verordeningen zien op de handhaving van de openbare orde in voor publiek openstaande gebouwen, zoals in schouwburgen en tapperijen, bij voor publiek openstaande samenkomsten en bij openbare gemakkelijkheden.

De onduidelijkheid in de bestuursdwangregeling is terug te zien in de arob-jurisprudentie. De Voorzitter van de Afdeling bepaalt dat de politiedwangbevoegdheid een zelfstandige bevoegdheid is en dus niet (langer) vanzelfsprekend gekoppeld is aan de uitvoeringsbevoegdheid. Anders gezegd: een bestuursorgaan waaraan een bevoegdheid tot uitvoering is toegekend, zou niet langer automatisch óók beschikken over een bestuursdwangbevoegdheid. Een voorbeeld in dit verband is de Wet op de kansspelen dat in artikel 30 bepaalt dat de burgemeester beslist op vergunningaanvragen om speelautomaten te exploiteren. De bestuursrechter meent dat er geen voorschrift aanwezig is op grond waarvan de burgemeester gehouden is mee te werken aan het handhaven van overtreding van de relevante verbodsbepalingen in de Wet op de kansspelen.<sup>41</sup>

De onvolkomen competentieverdeling maakt een belangrijke verschuiving zichtbaar in het denken over de aard en het karakter van de bestuursdwangbevoegdheid. Tot de komst van de Wet Arob geldt als gangbare opvatting dat sprake is van een algemene bevoegdheid die de overheid van nature toekomt – dus zonder dat een wettelijk voorschrift de overheid uitdrukkelijk daartoe bevoegd verklaart. De Voorzitter van de Afdeling maakt hier korte metten mee door te bepalen dat een schriftelijke waarschuwing erop gericht is om de uitoefening van politiedwang in ieder apart geval concreet rechtsgeldig te maken. Daarnaast neemt zij niet langer zonder expliciete wettelijk grondslag aan dat een bestuursorgaan tot politiedwang bevoegd is, omdat dit orgaan verantwoordelijk is voor het uitvoeren van bepaalde regels.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Vz. ARRvS 27 april 1984, AB 1985, 95 m.nt. J.H. van der Veen (Zandvoortse speelautomaten); Teunissen 1986, p. 200-201; Janssen in *TvO* 1988, p. 96-97; ARRvS 27 augustus 1991, AB 1992, 313. Van der Veen meldt in zijn noot bij de afdelingsuitspraak van 27 augustus 1991 dat de burgemeester en het college van b en w het zekere voor het onzekere namen en beiden het besluit opmaakten en te handhaafden waarmee zij de keuze aan de Afdeling lieten.

<sup>42</sup> Zie vorige noot.

#### 2.2.2.4 *Problemen met kostenverhaal*

De vierde beperking in de bestuursdwangregeling in deze periode heeft te maken met de mogelijkheid tot kostenverhaal. Artikel 152 en artikel 210 gemeentewet bevatten niet alleen een bevoegdheid tot bestuursdwang, maar ook een verhaalsmogelijkheid voor het bestuursorgaan ('op kosten van de overtreders'). De formulering doet vermoeden dat het kostenverhaal een wezenlijk bestanddeel is van de bevoegdheid tot bestuursdwang, terwijl het bij de toepassing van bestuursdwang slechts accessoir is. Primair gaat het om het bewerkstelligen van een toestand conform de door de overheid vastgestelde normen, aldus Damsteegt. De hoofdregel is dat indien bestuursdwang rechtmatig heeft plaatsgevonden, de kosten ervan in beginsel ten laste van de overtreder komen.<sup>43</sup>

Voor wat betreft de legaliteit van het doorberekenen van de kosten, is een zelfde verschuiving in denken te zien als ten aanzien van de bevoegdheidsgrondslag en competentieverdeling. Eind negentiende eeuw heerst de opvatting dat het in de aard van de zaak ligt dat de kosten van politiedwang voor rekening van de overtreder komen. Bijna een eeuw later wordt algemeen verdedigd dat zonder deze uitdrukkelijke, wettelijke regeling de kosten van de bestuursdwangtoepassing ten laste van de gemeente zouden komen; om de burger te bezwaren met uitgaven die een gevolg zijn van een handeling van de overheid, is een wettelijke regeling nodig.<sup>44</sup>

Een belangrijke vraag in deze periode is welke rechter een oordeel dient te vellen over de rechtmatigheid van het kostenverhaal. In de schriftelijke waarschuwing bevinden zich naar de mening van de Afdeling twee elementen met rechtsgevolg namelijk de waarschuwing én de aanzegging van kostenverhaal. Ook deze redenering vindt men in de literatuur gewrongen. De mededeling dat de kosten voor rekening van de overtreder komen, zou niet meer zijn dan het informeren over de wettelijke regeling. Daarmee is niet gezegd dat de waarschuwing gericht is op het doen ontstaan van een betalingsplicht voor de overtreder. Er zou geen sprake zijn van een rechtshandeling, maar van een verbintenis uit de wet. Zo ontstaat bij de onrechtmatige daad weliswaar de plicht tot het vergoeden van schade, maar de aankondiging of de beslissing om die daad te verrichten, noch de daad zelf, verworden daarmee tot een rechtshandeling. Sommige auteurs menen daarom dat de burgerlijke rechter de rechtmatigheid van het kostenverhaal moet toetsen in de verzetsprocedure tegen het dwangbevel (artikel 155 gemeentewet). In 1986 is het echter vaste arob-jurisprudentie dat

<sup>43</sup> Damsteegt sluit zich hierbij aan bij Van Buuren: Damsteegt in *TvO* 1979, p. 92 en 90.

<sup>44</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 27 november 1891, *W.* 6163; Snijders 1982, p. 27-28.

een aanzegging van kostenverhaal rechtsgevolg heeft zodat de rechtmatigheid daarvan door de bestuursrechter wordt getoetst.<sup>45</sup>

Een ander knelpunt is dat niet duidelijk is welke kosten nu precies verhaald kunnen worden. Niet goed geregeld is bijvoorbeeld dat de gemeente de gemaakte kosten van opslag en bewaring van goederen via het dwangbevel kan invorderen. Er bestaat bovendien onzekerheid over het verhalen van kosten die het bestuur maakt ter voorbereiding van het toepassen van bestuursdwang. Bij deze voorbereidingskosten moet men denken aan de situatie waarin de eigenaar van een te slopen bouwsel uit pesterij tot het allerlaatste moment wacht met het verwijderen van het bouwwerk en het bestuur hier pas achter komt nadat het een sloopkraan en slopers heeft ingehuurd.<sup>46</sup>

#### 2.2.2.5 *Weinig aandacht voor preventieve bestuursdwang*

Een vijfde beperking in deze periode is dat men in de rechtspraktijk en doctrine tot aan het tijdperk van de Algemene wet bestuursrecht weinig aandacht besteedt aan de mogelijkheid van preventieve bestuursdwang.<sup>47</sup> In de gepubliceerde jurisprudentie is slechts sporadisch een zaak te vinden die in dit verband relevant is. Het is goed om voor ogen te houden dat het begrip preventieve bestuursdwang als zodanig in deze periode nog niet wordt gebezigd. Hierbij associëren rechtspraktijk en doctrine de preventieve mogelijkheden van politie- of bestuursdwang vooral met fysiek handelen. Men sluit aan bij de term ‘beletten’ in artikel 152 en 210 van de gemeentewet (‘Tot de medewerking aan de uitvoering van wetten e.d. en de uitvoering der verordeningen van den raad behoort de bevoegdheid tot het op kosten van de overtreders doen wegnemen, beletten, verrichten of in vorige toestand herstellen’). De wetgever gaat niet nader in op de term ‘beletten’ of op het onderwerp preventief handelen.<sup>48</sup>

#### **Meerdere betekenissen ‘beletten’**

Het woord ‘beletten’ doet zich in deze periode in meerdere betekenissen voor. De eerste interpretatie is vooral onder rechtsgeleerden te vinden en ziet op het tegenhouden van een voortdurende overtreding van een verordening; beletten

---

<sup>45</sup> Van Zanten in *Gst.* 6527 (1978), p. 465-466 en *Gst.* 6528 (1978), p. 453-454; Van Zanten in *Gst.* 6633 (1980) en in *Gst.* 6675 (1981), p. 363-364 en *Gst.* 6655 (1981), p. 187-188; Snijders 1982, p. 27-28 en hoofdstuk 10, met name p. 212-219; Teunissen in *TvO* 1986, p. 202-203; Michiels 1987, p. 177.

<sup>46</sup> Teunissen in *De Nederlandse gemeente* 1981 (10), p. 327-330; Figuee 1994, p. 22.

<sup>47</sup> Sikkes en Zadel 1958, p. 329-330; Oud 1959, deel II, p. 446 en 450-451; Van Wijk/Konijnenbelt 1979, p. 121, 124, 129; Schroot, Van Vliet en Wijma 1979, deel III, p. 357 en 367. Zie ook Snijders 1982, noot 30 van hoofdstuk 2 en auteurs die hij noemt in noot 49.

<sup>48</sup> *Kamerstukken II* 1928-1929, 235, nr. 1-2 en nr. 3, p. 20 en 18 (MvT); Kooiman 1931, p. 429 en 312-313.

bezig men in de betekenis van *verhinderen van de voortzetting van (de gevolgen van) een overtreding*. Ten Berge en Stroink geven aan dat beletten alleen kán slaan op het tegenhouden van een reeds bestaande onwettige toestand – en niet op het voorkomen van een onwettige toestand – gezien de slotzinsnede van het eerste lid van artikel 210 en artikel 152: ‘van hetgeen in strijd met die verordeningen is of wordt gehouden, gemaakt of gesteld, ondernomen, nagelaten, beschadigd of weggenomen’.<sup>49</sup>

Uit de volgende uitspraak blijkt dat de Hoge Raad de term beletten evenzeer op deze manier interpreteert. Het gaat om een zaak waarin het college van b en w een pension ontruimt en sluit omdat de eigenaar dit pand zonder vergunning exploiteert als verblijfsinrichting. De vraag is onder meer of de fysieke sluiting (het dicht timmeren) rechtmatig is, omdat het pand al was ontruimd. Op het moment van sluiten zou het gebouw feitelijk niet meer als verblijfsinrichting worden gebruikt. Volgens de advocaat-generaal verandert de ‘bestemming’ van het pand niet enkel en alleen als gevolg van de ontruiming. Het beëindigen van de overtreding was niet volledig gerealiseerd, omdat het bestuur het pand nog fysiek moest sluiten. Het sluiten zag daarmee op het verhinderen van de voortzetting van de overtreding. De Hoge Raad gaat hierin mee:

“Onderdeel 2a miskent vooreerst dat B en W ingevolge art. 210 gemeentewet o.m. bevoegd zijn tot het beletten van hetgeen in strijd met een verordening van de gemeenteraad wordt ondernomen, en dat zij dus ook [bij, LDR] gegronde vrees voor *voortzetting* van een krachtens verordening verboden exploitatie van een inrichting bevoegd zijn dwangmaatregelen te nemen, ook al is op het tijdstip van het nemen daarvan de verboden exploitatie onderbroken [cursivering LDR].”<sup>50</sup>

In enkele rechterlijke uitspraken vindt men een tweede betekenis terug van de term ‘beletten’ in relatie tot politiedwang, namelijk *het voorkomen van een herhaling van een overtreding*. De normschending heeft in deze situatie plaatsgevonden – is dus geëindigd – en het bestuur vreest voor recidive. Een om meerdere redenen interessant voorbeeld in dit verband is een arrest van de Hoge Raad van 1969: het Amsterdamse college van b en w beveelt een eigenaar van meerdere panden in de rosse buurt om zijn inrichtingen te sluiten. Het is namelijk op basis van de APV verboden om in een perceel aan anderen de gelegenheid te geven ontuchtige handelingen te verrichten. Ter uitvoering van dit besluit plaatst

<sup>49</sup> Van Wijk 1968, p. 176; De Haan, Drupsteen en Fernhout 1978, p. 53; Ten Berge en Stroink in noot bij Vz. ARRvS 11 maart 1980, *tB/S*, nr. 177, p. 949 (Houtopstand Berghem); impliciet Van Wijk/Konijnenbelt 1984, p. 281; Schroot, Van Vliet en Wijma 1979, deel III, p. 369; Van Buuren en Michiels 1989, p. 9-10; Brederveld, Schroot en Wijma 1990, deel I, p. 320-321. Verg. ook Vz. ARRvS 27 november 1986, *AB* 1987, 365.

<sup>50</sup> HR 1 mei 1987, *AB* 1987, 504 m.nt. FHvdB, r.o. 3.2 en conclusie A-G Franx onder punt 4.

het college voor elk perceel een politieambtenaar die derden daadwerkelijk verhindert de percelen te betreden. De rechters in deze zaak menen dat sprake is van politiedwang ex artikel 210. Het hof oordeelt dat ‘dit – op zich rechtmatige – posteren mag voortduren zolang niet redelijkerwijze kan worden aangenomen, dat art. 225 APV niet meer zal worden overtreden’. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand en geeft daarbij aan dat het college in casu de bevoegdheid heeft om door middel van politiedwang te beletten dat in strijd met APV-bepalingen wordt gehandeld.<sup>51</sup>

De tweede betekenis van ‘beletten’ hanteert ook de Voorzitter van de Afdeling blijkens de volgende uitspraak. Het college van b en w schrijft de eigenaar van een woonschip aan opdat hij zijn schip niet langer illegaal aanmeert. Hoewel de eigenaar aan de last voldoet, spreekt hij desondanks de intentie uit terug te willen keren naar de illegale ligplaats. De Voorzitter wijst het college op het volgende: “Verweerders verliezen uit het oog dat art. 210 gem. niet alleen ziet op het doen verrichten of in de vorige toestand doen herstellen van hetgeen in strijd met de verordeningen van de raad is of wordt gehouden, maar ook op het beletten van een met de Verordening strijdige situatie.”<sup>52</sup> Indien de woonboot-eigenaar niet in de aanschrijving berust, kan het bestuur op deze wijze herhaling van de overtreding voorkomen.

Het is de vraag of de term ‘beletten’ in een derde betekenis wordt gehanteerd, te weten in de zin van preventieve handhaving in de meest strikte zin van het woord: *het voorkomen van een eerste overtreding* zonder dat sprake is van een vroegere overtreding. In deze situatie ageert het bestuur voordat de eerste overtreding een aanvang heeft genomen (men handhaaft dus niet om recidive tegen te gaan). In de schaarse doctrine en jurisprudentie ontbreekt substantiële aandacht voor deze derde betekenis op zichzelf. Men maakt namelijk geen onderscheid tussen ‘het voorkomen van een eerste overtreding’ en ‘het voorkomen van herhaling van een overtreding’; de tweede en derde betekenis gooit men als het ware op één hoop.<sup>53</sup>

De uitspraak *Natuurgebied Swalmen* uit 1985 is hier een voorbeeld van. De Afdeling hanteert in deze zaak ‘het klaarlijkheids criterium’ in een situatie die ziet op gevaar voor hernieuwde overtreding. Uit §3.6.3 blijkt dat deze maatstaf inmiddels alleen wordt gebezigd in omstandigheden waarin het bestuur een eerste overtreding wil voorkomen.

---

<sup>51</sup> HR 20 juni 1969, *NJ* 1969, 347 (posteren politie); Snijders 1982, p. 22-23.

<sup>52</sup> Vz. ARRvS 7 oktober 1986, *AB* 1987, 377 m.nt. JHvdV. Ten aanzien van de preventieve aanzegging bestuursdwang oordeelde de Voorzitter eerder dat dit niet rechtsgeldig was, zie noot 55. Zie ook: ARRvS 1 februari 1985, *AB* 1985, 587 m.nt. PJJvB (*Natuurgebied Swalmen*).

<sup>53</sup> Prins 1954 (prae-adviezen), p. 4-5; Van Wijk/Konijnenbelt 1976, p. 112 (de auteurs veranderen echter in deze periode van mening, zie: Van Wijk 1968, p. 176 en Van Wijk/Konijnenbelt 1984, p. 281); Snijders 1982, p. 20-22.

In de betreffende uitspraak gaat het om een boer die in strijd met het bestemmingsplan in een natuurgebied drijfmest dumpst en in een stuk grasland maïs zaait. Een plaatselijke milieuorganisatie verzoekt als derdebelanghebbende een waarschuwing te doen uitgaan voor het geval de landbouwer opnieuw de regels zou overtreden. Het college van b en w weigert dit echter. De Afdeling geeft aan dat ‘een bevoegdheid tot het doen van een zodanige waarschuwing’ kan worden aangenomen ‘wanneer *het gevaar dat een overtreding van een wettelijk voorschrift zal plaatsvinden, klaarblijkelijk is* [cursivering LDR]’. Aangezien ten tijde van het besluit geen ‘klaarblijkelijk gevaar’ bestond voor hernieuwde overtreding door de boer, meent de Afdeling dat het weigeren van het doen uitgaan van een waarschuwing terecht was. Ter zitting blijkt overigens dat daarna opnieuw verboden bewerkingen hadden plaatsgevonden.<sup>54</sup>

### Preventief aanschrijven

Het leerstuk van de preventieve bestuursdwang, voor zover daar in dit stadium al van gesproken kan worden, krijgt een andere dimensie naarmate men bestuursdwang steeds minder gaat relateren aan alleen fysiek handelen (zie §2.2.2.2). Langzaamaan erkennen rechters de mogelijkheid van een schriftelijke preventieve waarschuwing van politie- of bestuursdwang. In 1978 wil de Voorzitter van de Afdeling nog niets weten van de mogelijkheid van een dergelijke preventieve aanschrijving. Het gaat om een zaak waarin het een ondernemer verboden wordt om zijn winkel te openen gezien het ter plaatse geldende bestemmingsplan. Het pand wordt op dat moment niet in strijd met zijn bestemming gebruikt. Volgens de Voorzitter is in het deze fase niet mogelijk om rechtsgeldig politiedwang toe te passen als bedoeld in artikel 152 lid 2. De aanschrijving is dan ook niet aan te merken als een beschikking.<sup>55</sup>

In de beroemde uitspraak *Houtopstand Berghem* blijkt één jaar later dat de Voorzitter ‘om’ is gegaan. Nadat verzoeker in deze zaak zijn voornemen uit tot het omhakken van 90 are grove den, deelt het college van b en w hem daarop schriftelijk mede dat hij niet tot het vellen mag overgaan zonder de voorgeschreven vergunning. De Voorzitter oordeelt dat de preventieve of ‘voorwaardelijke waarschuwing’ in casu is toegestaan en dat deze op enig rechtsgevolg is gericht:

---

<sup>54</sup> ARRvS 1 februari 1985, *AB* 1985, 587 m.nt. PJJvB (Natuurgebied Swalmen). De Afdeling koppelt het klaarblijkelijkheids criterium niet expliciet aan de term ‘beletten’. Naar huidig recht sprake zou zijn van een reguliere last onder bestuursdwang of dwangsom ter voorkoming van herhaling van de overtreding (in plaats van preventieve handhaving).

<sup>55</sup> Vz. ARRvS 2 februari 1978, *Gst.* 6507 (1978), p. 234-235. De uitspraak van de Afdeling zelf blijkt helaas onvindbaar.

“Uit de tekst van evengenoemde bepaling volgt Onzes inziens evenwel niet dat de waarschuwing als bedoeld in het tweede lid, niet voorafgaande aan de feitelijke overtreding van wettelijke voorschriften zou mogen worden uitgevaardigd indien *het gevaar dat bedoelde overtreding zal plaatsvinden aanwezig is*. (...) De aanschrijving van verweerders, vervat in hun brief aan verzoeker van 8 febr. 1980 dient blijkens de duidelijke bewoordingen dan ook te worden opgevat als een *voorwaardelijke waarschuwing* in die zin dat zij eerst dan tot het treffen van de door hen aangekondigde maatregelen zullen overgaan indien en zodra verzoeker zonder aanlegvergunning diens voornemen tot het vellen van de houtopstand ten uitvoer zou brengen. (...) De bestreden aanschrijving dient naar Ons voorlopig oordeel dan ook te worden aangemerkt als een *beschikking* in de zin van art. 2 eerste lid Wet Arob, zodat verzoeker in zoverre in zijn verzoek om schorsing kan worden ontvangen [cursivering LDR].”<sup>56</sup>

In de eerder aangehaalde uitspraak *Natuurgebied Swalmen* verfijnt de Afdeling het criterium ‘indien het gevaar dat de overtreding zal plaatsvinden aanwezig is’ (zie citaat uit de zaak *Houtopstand Berghem* hierboven).<sup>57</sup>

### 2.2.3 Gemeentewet 1992

De herziening van de Gemeentewet begin jaren negentig is de laatste groot-scheepse herziening van deze organieke wet en is broodnodig: uit de decennia ervóór blijkt dat de gemeentewet van 1931 werkelijk uit zijn voegen barst. Hoewel de wens tot een modernisering eerder bestaat, blijken de werkzaamheden van de staatscommissie-Van Kinschot eind jaren zeventig bepalend te zijn geweest voor de totstandkoming van de herziening. De werkgroep onder leiding van Van Kinschot komt in 1980 met haar eindrapport waarop als reactie in 1983 het rapport ‘Meer gemeente, minder staat’ volgt. In het jaar 1986 dient de regering het wetsvoorstel in.<sup>58</sup>

Gezien de onvolkomenheden in de vorige paragraaf geschetst, is het niet verwonderlijk dat de bestuursdwangregeling grondig wordt aangepast. De wetgever kiest voor een nieuwe terminologie en een andere systematiek. Ook inhoudelijk voert men belangrijke wijzigingen door. Door deze aanpassingen probeert de wetgever tegemoet te komen aan de problemen met het effectueren van

<sup>56</sup> Vz. ARRvS 11 maart 1980, *AB* 1980, 449 m.nt. v.d.V, *tB/S*, nr. 177, p. 949 m.nt. Ten Berge en Stroink (*Houtopstand Berghem*). Zie verder: Snijders 1982, p. 24-25. Opnieuw blijkt de uitspraak van de Afdeling zelf helaas onvindbaar.

<sup>57</sup> ARRvS 1 februari 1985, *AB* 1985, 587 m.nt. PJJvB (*Natuurgebied Swalmen*). Zie ook noot 54.

<sup>58</sup> Gemeentewet, *Stb.* 1992, 96; Werkgroep Herziening Gemeentewet, *Eindrapport van 20 oktober 1980*; Wiardi Beckman Stichting, *Meer gemeente minder staat: de herziening van de Gemeentewet*, 1983, o.a. p. 11; *Kamerstukken II 1985-1986*, 19 403 A en nr. 3, p. 3 e.v.; Dölle & Elzinga & Engels 2004, p. 26-27.



bestuursdwang, de gewrongen waarschuwingsconstructie, de competentieverdeling en met het kostenverhaal.

De nieuwe regeling bevindt zich voor maar een korte periode in de Gemeentewet – tot 1998 – in verband met de inwerkingtreding van de derde tranche Awb. Zij is te vinden in paragraaf 4 getiteld ‘Bestuursdwang’ en bestaat uit de artikelen 126 tot en met en 139.

### 2.2.3.1 Definitie

Om te beginnen valt op dat de wetgever de term ‘bestuursdwang’ in het vernieuwde artikel 126 letterlijk noemt. Hiermee verdwijnt het oude begrip ‘politiedwang’ definitief van het toneel.

#### **Artikel 126**

1. Ter uitvoering van wetten, algemene maatregelen van bestuur en van provinciale en gemeentelijk verordeningen heeft het gemeentebestuur de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang overeenkomstig deze paragraaf.
2. De bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang omvat het doen wegnemen, beletten, verrichten en in de vorige toestand herstellen van hetgeen in strijd met die regels of met ingevolge die regels ingestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten.
3. Bij de toepassing van bestuursdwang is een ieder verplicht deze toepassing te gedogen.

Ten opzichte van de regeling onder de gemeentewet van 1931 is de definitie ingrijpend gewijzigd. Op basis van de oude artikelen 152 jo. 210 moest sprake zijn van strijd met ‘wettelijke’ voorschriften, dat wil zeggen met bepalingen van raadsverordeningen of bepalingen met de uitvoering waarvan een gemeentelijk bestuursorgaan was belast. In het nieuwe artikel 126, tweede lid, eist de wetgever ‘strijd met die regels of met ingevolge die regels gestelde verplichtingen’ waarbij verwezen wordt naar lid 1. Door deze verruiming is helder dat bijvoorbeeld ook een voorschrift verbonden aan een beschikking door middel van bestuursdwang afdwingbaar is.<sup>59</sup>

Om tegemoet te komen aan de kritiek op de oude gewrongen definitie, sluit de wetgever aan bij de dogmatische oplossing van Snijders. De oude redenering hield in dat het beoogde rechtsgevolg van de schriftelijke waarschuwing de ontstane bevoegdheid was om bestuursdwang te mogen uitoefenen. Nieuw is de gedoogplichtconstructie waarbij het rechtsgevolg ligt in de plicht die voor de

---

<sup>59</sup> Van Zanten 1981 in *Gst.* 6655 (1981), p. 187-188; Snijders in: Van Geest, De Leede en Ringeling 1979, p. 127-135.

belanghebbende ontstaat om feitelijk optreden te gedogen zodra het bestuur een schriftelijk besluit tot toepassing van bestuursdwang neemt.<sup>60</sup>

Een duidelijk voordeel van de nieuw ingeslagen weg is de mogelijkheid om spoedeisende gevallen aan bestuursrechterlijke controle te onderwerpen; een schriftelijke waarschuwing vooraf is niet langer vereist voor toegang tot de bestuursrechter, slechts een schriftelijk besluit. Uit artikel 131 volgt dat dit besluit bij spoed achteraf alsnog op schrift mag worden gesteld.

### Artikel 131

1. Het besluit tot toepassing van bestuursdwang wordt, zo mogelijk, aan de overtreder en, in voorkomend geval, tevens aan belanghebbenden schriftelijk meegedeeld. De overtreder wordt daarbij gewezen op het bepaalde in artikel 132.
2. De mededeling, bedoeld in het eerste lid, geschiedt voorafgaande aan de toepassing van bestuursdwang. Daarbij worden de overtreder en, in voorkomend geval, de belanghebbenden gewaarschuwd en in de gelegenheid gesteld binnen een te stellen termijn maatregelen te treffen zodat aan de verplichtingen van de overtreder wordt voldaan.
3. Het tweede lid is niet van toepassing, indien voorafgaande mededeling in spoedeisende gevallen niet mogelijk is.

Men neemt de omslachtigheid rondom derdebelanghebbenden weg doordat artikel 131, tweede lid, bepaalt dat het besluit tot het al dan niet toepassen van bestuursdwang ook aan hen moet worden medegedeeld. Ook tegen de beslissing van het bestuur om niet over te gaan tot het aanzeggen van bestuursdwang – dus de afwijzing van het verzoek tot handhaving – is het voor de betrokken derde mogelijk om bij de bestuursrechter op te komen.<sup>61</sup>

De dogmatische oplossing die de wetgever van Snijders overneemt, is op haar beurt te bekritisieren. Het rechtsgevolg, de gedoogplicht, treedt namelijk alleen in als ook daadwerkelijk tot toepassing van bestuursdwang wordt overgegaan. Strikt genomen zou alleen sprake zijn van een beschikking als vaststaat dat het bestuur tot feitelijk optreden overgaat en dus niet als daadwerkelijke effectuering achterwege blijft. Teunissen meent dan ook dat het beter zou zijn geweest als was bepaald: *indien* een besluit tot toepassing van bestuursdwang is genomen, is de belanghebbende verplicht deze toepassing te gedogen.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Van Kinschot 1980, p. 110; *Kamerstukken II* 1985/1986, 19 403, nr. 3, p. 124-125; Teunissen in *De Nederlandse gemeente* 1981, p. 328-329; Teunissen in *TvO* 1986, p. 201-202.

<sup>61</sup> *Kamerstukken II* 1985/1986, 19 403, nr. 3, p. 124.

<sup>62</sup> Polak in *Bestuurswetenschappen* 1983-4, p. 263-270, zie m.n. p. 269; Teunissen in *TvO* 1986, p. 202.

### 2.2.3.2 Competentie

De ontwikkelingen ten aanzien van de grondslag voor bestuursdwang en de competentieverdeling blijken een cyclische beweging te maken. In de Gemeentewet van 1992 is de volgende bepaling hierover te vinden:

#### Artikel 130

1. De bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang wordt uitgeoefend door het college van burgemeester en wethouders.
  2. De bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang wordt evenwel uitgeoefend door de burgemeester, indien de toepassing van bestuursdwang dient tot handhaving van de regels welke hij uitvoert.
- (...)

In deze bepaling zien we de rechtsopvatting herleven zoals die gold ten tijde van Thorbecke: het orgaan dat de taak heeft om bepaalde regels uit te voeren, is bevoegd bestuursdwang uit te oefenen. Jansen verwoordt dit als volgt: 'Orgaan uitvoering = orgaan bestuursdwang.' Onder de gemeentewet in de periode 1931-1992 bleek het in bepaalde gevallen niet duidelijk te zijn bij welk bestuursorgaan de uitvoering berustte. De wetgever verwees in de bestuursdwangregeling van die tijd alleen naar het college van b en w, terwijl men soms ook aannam dat de burgemeester uitvoerder was. Als reactie hierop trad de arob-rechter streng op; hij eiste een afzonderlijke wettelijke grondslag voor het uitoefenen van bestuursdwang en koppelde daarmee het uitvoeringsorgaan los van het handhavingsorgaan.<sup>63</sup>

Op basis van de formulering van artikel 130 en de bijbehorende toelichting in de memorie van toelichting, valt te constateren dat de wetgever gebruik maakt van de oude formule waarbij de bevoegdheid tot bestuursdwang samenvalt met de uitvoeringsbevoegdheid. De terugkeer wordt ook mogelijk gemaakt doordat met de herziening in 1992 het onderscheid is afgeschaft tussen het uitoefenen van bestuursdwang ter uitvoering van een medebewindsregeling en ter uitvoering van autonome gemeentelijke verordeningen.<sup>64</sup>

Het is ten slotte van betekenis op te merken dat de burgemeester met de herziening van 1992 eindelijk over een eigen bestuursdwanggrondslag beschikt, te weten artikel 130 lid 2.

<sup>63</sup> Janssen in *TvO* 1988, p. 96-97. Zie verder §2.2.2.3 .

<sup>64</sup> Van Kinschot 1980, p. 108; Teunissen in *De Nederlandse gemeente* 1981, p. 328; Sniijders 1982, p. 20 en 39; *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 123; Teunissen in *TvO* 1986, p. 200-201.

### 2.2.3.3 *Accessoire bevoegdheden bij het effectueren*

De overige aanpassingen zijn veelal direct te relateren aan de onderwerpen die in de oude regeling voor problemen zorgden. De problemen met het daadwerkelijk effectueren van bestuursdwang – denk aan de eerder genoemde voorbeelden van de plaagstroken en de vrachtwagen die de toegang versperde – verhelpt de wetgever eenvoudigweg door op te nemen dat ook plaatsen betreden mogen worden die niet bij de overtreding betrokken zijn (artikel 128). Ook krijgen bestuursorganen de bevoegdheid om bij de uitvoering van bestuursdwang gebouwen, terreinen en hetgeen zich daarin of daarop bevindt, te doen verzegelen (artikel 129). Daarnaast codificeert men de bevoegdheid tot het meevoeren en opslaan van daarvoor vatbare goederen (artikel 127); men beschouwde deze bevoegdheid als inherent aan de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang. Anders zou bestuursdwang slechts een ‘armetierig, in veel gevallen onbruikbaar instrument’ zijn geweest. Nieuw zijn weer wel het retentierecht en de bevoegdheid om de opgeslagen goederen na verloop van een bepaalde tijd te verkopen (artikel 135).<sup>65</sup>

### 2.2.3.4 *Kostenverhaal*

De lacunes in het kostenverhaal zijn met de herziening van 1992 opgevuld door het creëren van een aparte, wettelijke grondslag (artikel 132). Hierbij is het mogelijk geworden om van de hoofdregel af te wijken door de zinsnede ‘tenzij de kosten redelijkerwijze niet te zijnen laste behoren te komen’. De relevante artikelen luiden als volgt:

#### **Artikel 132**

1. De overtreder is de kosten, verbonden aan de toepassing van bestuursdwang, verschuldigd, tenzij de kosten redelijkerwijze niet te zijnen laste behoren te komen.
2. Onder de kosten, bedoeld in het eerste lid, worden begrepen de kosten verbonden aan de voorbereiding van bestuursdwang, voor zover deze kosten gemaakt zijn na het tijdstip waarop de termijn bedoeld in artikel 131, tweede lid, is verstreken. Dit geldt mede indien de bestuursdwang door de opheffing van de onwettige situatie niet is voltooid.
3. Onder de kosten, bedoeld in het eerste lid, worden tevens begrepen de kosten, voortvloeiende uit de vergoeding van schade, bedoeld in artikel 128, vijfde lid.

---

<sup>65</sup> Van Kinschot 1980, p. 108, 109 en 111; Van Zanten 1981 in *Gst.* 6655 (1981), p. 187-188; Teunissen in *De Nederlandse gemeente* 1981, p. 329; Figeo in *NG: Magazine* 1994, p. 21.

**Artikel 133**

1. Het orgaan dat bestuursdwang heeft toegepast, kan van de overtreder bij dwangbevel de ingevolge artikel 132, eerste lid, verschuldigde kosten, verhoogd met de op de invordering vallende kosten, invorderen.
2. Het dwangbevel wordt op kosten van de overtreder bij deurwaarders-exploot betekend en levert een executoriale titel op in de zin van het Tweede Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
3. Gedurende dertig dagen na betekening staat verzet tegen het dwangbevel open door dagvaarding van de gemeente voor de arrondissementsrechtbank binnen wiens rechtsgebied de gemeente is gelegen.
4. Het verzet schorst de tenuitvoerlegging. Op verzoek van de gemeente kan de rechter de schorsing van de tenuitvoerlegging opheffen.

De wetgever heeft met deze regeling gekozen om de burgerlijke rechter te laten oordelen over de vraag of de overtreder de kosten van de bestuursdwangtoepassing moet betalen en over de hoogte van die kosten. Ook komt men tegemoet aan de laatste onduidelijkheden ten aanzien van de vraag welke kosten verhaalbaar zijn. Het gaat niet alleen om de kosten van opslag, bewaring en wettelijke rente, maar eveneens om voorbereidingskosten. In verband met dit laatste heeft men het ook wel over het ‘etterbak-artikel’. De meter begint sindsdien te lopen zodra de termijn afloopt waarbinnen de illegale situatie hersteld moet zijn. Noire etterbakken kunnen niet langer tot het allerlaatste moment wachten met bijvoorbeeld het afbreken van een bouwwerk, terwijl het bestuur de slopers af heeft ingeschakeld.<sup>66</sup>

Afsluitend valt op dat de wetgever zich uitlaat over het kostenverhaal en de inzet van politie. Wanneer politiemensen worden ingezet bij de daadwerkelijke uitoefening van bestuursdwang, mogen bestuursorganen deze kosten doorberekenen. De achtergrond van deze opvatting is hoogstwaarschijnlijk een arrest van de Hoge Raad uit 1969 waarin politiedwang in de vorm van het posteren van agenten voor illegaal geopende bordelen, rechtmatig werd geacht. Op deze wijze werd het bezoekers belet om de desbetreffende panden binnen te gaan.<sup>67</sup>

## 2.3 Conclusie

In dit hoofdstuk is de ontwikkeling van de bestuursdwangfiguur in drie tijdperiodes aan bod gekomen: 1851-1931, 1931-1992 en 1992-1998. De beschrijving laat zien hoe deze rechtsfiguur is ontstaan en welk groeiproces de bestuurs-

<sup>66</sup> Van Kinschot 1980, p. 110-112; *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 125-127; Teunissen in *TvO* 1986, p. 20-203; Fiege in *NG: Magazine* 1994, p. 22.

<sup>67</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 125; HR 20 juni 1969, *NJ* 1969, 347. Zie ook §2.2.2.5.

dwangregeling heeft doorgemaakt; dit proces heeft de vorm en inhoud beïnvloed van de regeling zoals die heden ten dage bestaat.

Politie- of bestuursdwang is ontstaan als alternatief voor een civiele vordering tot afbraak (amotie) van het bestuur bij de niet naleving van bepaalde regels. In de tijd van Thorbecke beschouwt men deze bevoegdheid – waar alleen het college van b en w over beschikt – als intrinsiek verbonden aan het uitvoeren van raadsverordeningen.

Ten tijde van de gemeentewet van 1931 is niet langer sprake van slechts één (onduidelijk) artikel, maar begint zowaar een wettelijke regeling vorm te krijgen. Ter uitvoering van autonome raadsverordeningen en medebewindsregels is primair het college bevoegd om fysieke handelingen te verrichten bestaande uit: het doen wegnemen, beletten, verrichten of in vorige toestand herstellen. De bestuursdwangregeling in deze periode blijkt op een aantal punten gebrekkig. Zo worden niet alle handelingen gedekt die nodig zijn om bestuursdwang daadwerkelijk te kunnen effectueren, is sprake van een gewrongen definitie, blijkt de bevoegdheidsgrondslag en competentieregeling onvolkomen, zijn er problemen met het kostenverhaal en bestaat er nog weinig aandacht voor de preventieve vorm van bestuursdwang.

Tijdens de herziening van de Gemeentewet in 1992 wordt de bestuursdwangregeling grondig hervormd. Onder de definitie vallen nu ook overtredingen van verplichtingen die uit bepaalde regels volgen, zoals strijd met een vergunningsvoorschrift. Het betreden van alle plaatsen wordt mogelijk en de wetgever codificeert de accessoire bevoegdheden als de bevoegdheid tot verzegeling en het meevoeren en opslaan van goederen. Nieuw in deze tijd zijn het retentierecht en het recht van executoriale verkoop van de opgeslagen goederen.

Dogmatisch kiest men in dit tijdvak voor de gedoogconstructie van Snijders: het rechtsgevolg ligt in de plicht die ontstaat om het fysieke ingrijpen te gedogen als het bestuur daadwerkelijk overgaat om bestuursdwang toe te passen. Een schriftelijke waarschuwing vooraf is niet langer vereist voor toegang tot de bestuursrechter; in spoedgevallen kan nu sprake zijn van een besluit. De bestuursrechter oordeelt evenzeer over handhavingsverzoeken van derdebelanghebbenden. Alleen als het gaat om het kostenverhaal na bestuursdwangtoepassing kunnen burgers nog bij de burgerlijke rechter terecht.

Tot slot is de cirkel voor wat betreft de bevoegdheidsgrondslag en de competentieverdeling rond. Men keert uiteindelijk terug bij de oorspronkelijke visie van Thorbecke: het orgaan dat is aangewezen tot uitvoering, is tevens het handhavingsorgaan en dus bevoegd om bestuursdwang uit te oefenen.

# Hoofdstuk 3

## Bestuursdwang vanaf 1998

### 3.1 Inleiding

In 2010 is de bundel ‘Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb’ uitgebracht. De auteurs staan met dit lijvige boek stil bij het behalen van de meerderjarige leeftijd<sup>68</sup> van deze wet. In het voorwoord merkt men op dat het uiterlijk van de Awb in deze periode is veranderd: de wet die thans geldt, is veel omvangrijker dan de wet die begin jaren negentig in werking trad.<sup>69</sup> De bestuursdwangregeling is hiervoor mede verantwoordelijk. De regeling is sinds inwerkingtreding van de derde tranche onder het bereik van de Awb gebracht. Sindsdien is de omvang van de bepalingen die op herstelsancties zien, behoorlijk gegroeid.

Dit hoofdstuk beschrijft de ontwikkelingen van de bestuursdwangfiguur in de moderne tijd – de post-gemeentewetperiode. De beschrijving en analyse zijn geenszins volledig. Ik heb zo veel mogelijk getracht daar aan te vullen waar de huidige literatuur ophoudt.<sup>70</sup>

In de eerste paragrafen (§3.2 en §3.3) ga ik in op de belangrijkste wijzigingen die de derde en vierde tranche Awb met zich mee hebben gebracht.<sup>71</sup> Vervolgens onderscheid ik drie soorten bestuursdwang: reguliere bestuursdwang (§3.4), bestuursdwang in spoedeisende situaties (§3.5) en preventieve bestuursdwang (§3.6). Hoewel bestuursdwang een algemeen toegepast handhavingsmiddel is, spits ik de analyse waar mogelijk toe op de inzet daarvan door of namens de burgemeester (zie met name het onderwerp mandaat en delegatie in §3.4.4).

#### Terminologische opmerkingen

Met de uitdrukking *uitoefenen van bestuursdwang* doel ik op de herstelsanctie in het algemeen, dus zowel op het aanzeggen als effectueren van de last onder bestuursdwang. De formulering *toepassen van bestuursdwang* is ten tijde van de

---

<sup>68</sup> Gerekend vanaf het jaar van publicatie: 1992 (*Stb.* 315). Zie volgende noot.

<sup>69</sup> Barkhuysen, Den Ouden en Polak (red.) 2010, p. 9, 11 en 23.

<sup>70</sup> Zie met name: Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011; Damen e.a. 2009; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011; Dölle, Elzinga & Engels 2004.

<sup>71</sup> De derde tranche trad op 1 januari 1998 in werking en de vierde tranche Awb op 1 juli 2009.

derde tranche enigszins verwarrend gebezigd. Hoewel de wetgever voor het merendeel het effectueren van bestuursdwang voor ogen heeft – dus het fysieke ingrijpen – gebruikt hij de zinsnede ook wel om bestuursdwang in zijn algemeenheid aan te duiden (zie bijvoorbeeld artikel 5:22 Awb-Dt en artikel 125 Gem.wet-oud).

De aanduiding *feitelijk handelen* ziet op de juridische restcategorie voor alle bestuurshandelingen die niet op enig rechtsgevolg zijn gericht. Het zijn veelal fysieke daden (het herbestraten van de weg), maar in deze categorie kan het ook gaan om beslissingen (de beslissing om de openbare weg te gaan herbestraten) of mededelingen niet op enig rechtsgevolg gericht (een circulaire waarin een wetswijziging wordt toegelicht).<sup>72</sup>

### 3.2 Van Gemeentewet naar Algemene wet bestuursrecht: de derde tranche

Als in 1998 de derde tranche Awb in werking treedt, komt de paragraaf over bestuursdwang (artt. 126-134) in de Gemeentewet voor een belangrijk deel te vervallen. Daarvoor in de plaats ontstaat er een geharmoniseerde bestuursdwangregeling.<sup>73</sup> De enige bepaling van de regeling in de Gemeentewet die overblijft, is het artikel waarin de bevoegdheid tot bestuursdwang aan de gemeentelijke bestuursorganen wordt toegekend (het huidige artikel 125 Gem.wet, voorheen artikel 130).<sup>74</sup> De overige artikelen neemt men – al dan niet anders geformuleerd – op in afdeling 5.3 Awb-Dt.

De paragraaf uit de Gemeentewet en de geharmoniseerde bestuursdwangregeling vertonen op het eerste gezicht weinig verschillen. In de literatuur stelt men ook wel dat de derde tranche voor de bestuursdwangregeling nauwelijks gevolgen had.<sup>75</sup> Voor dit onderzoek is echter een aantal verschillen noemenswaardig.

<sup>72</sup> Damen e.a. 2009, p. 179, 182-184. In de literatuur hanteert men voor de categorie feitelijke handelingen geen eenduidig systeem en is men niet altijd duidelijk in het definiëren van zijn begrippen, zie: Van der Meulen in *NTB* 1991-9, p. 267-278 en Van der Meulen 1993, p. 52-55; Versteden in *NTB* 1996-5, p. 175-176; Helder & Rensen in *NTB* 1996-7, p. 224-225; Goorden 1997, p. 91-93; Govaers 2000, p. 142; Van der Vlies 2001, p. 44-45; Govaers in *VR* 2005-5, p. 141-143; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 150, 154-158 en 164-166.

<sup>73</sup> Aanpassingswet derde tranche Awb I, Wet van 6 november 1997, *Stb.* 510.

<sup>74</sup> Voor wat betreft de burgemeester bepaalt artikel 125 lid 3 Gem.wet: “De bevoegdheid tot oplegging van een last onder bestuursdwang wordt uitgeoefend door de burgemeester, indien de last dient tot handhaving van regels welke hij uitvoert.”

<sup>75</sup> Borman in *AA* 1998 (47), m.n. p. 190; Addink en Sluijs in *NJB* 1994, m.n. p. 1206; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 740.



### 3.2.1 Definitie

Het eerste dat opvalt, is dat ogenschijnlijk voor een andere definitiebepaling is gekozen. Onder de derde tranche vermeldt artikel 5:21 Awb het volgende:

**Artikel 5:21**

Onder bestuursdwang wordt verstaan: het door feitelijk handelen door of vanwege een bestuursorgaan optreden tegen hetgeen in strijd met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten.

Het artikel spreekt slechts over ‘feitelijk handelen’ waarmee het bestuursorgaan optreedt tegen een (dreigende) illegale situatie. De wetgever geeft evenwel aan dat in deze definitie de beproefde omschrijving uit de gementewet van 1851 vervat zit. Zodoende doelt men met feitelijk handelen dus in elk geval op: wegnemen, ontruimen, beletten en in de vorige toestand herstellen. Daarbij beoogt de voorgestelde definitie ‘mede te omvatten het treffen van maatregelen om verdere nadelige gevolgen van de overtreding te voorkomen’ zoals het buiten werking stellen van een inrichting en het stilleggen van werkzaamheden. Deze maatregelen lagen volgens de wetgever daarvoor besloten in de woorden ‘beletten’ en/of ‘ontruimen’ en ‘wegnemen’.<sup>76</sup>

Volgens Addink en Sluijs is door het noemen van de mogelijkheid om inrichtingen te sluiten toch sprake van een verruiming. Het toepassen van bestuursdwang gaat al snel over in het sluiten ‘hetgeen verder gaat dan hantering van een bestuursdwangbevoegdheid in strikte zin’. Hiervoor geeft de wetgever noch een expliciete basis, noch verbindt hij daar speciale eisen aan. Volgens de auteurs is het sluiten niet alleen op herstel gericht, aangezien het ook effecten heeft op het niet illegaal handelen dat in de inrichting plaatsvindt. De auteurs waarschuwen er voor om van het bestuursdwangbegrip niet een containerbegrip te maken, omdat het anders onvoldoende aangeeft wat het precies omvat.<sup>77</sup>

Sluiten op basis van de Wet milieubeheer-oud – De Wet milieubeheer bevat tot aan inwerkingtreding van de derde tranche een bepaling om buiten twijfel te stellen dat ‘sluiten’ één van de modaliteiten van bestuursdwang was (deze bepaling is met de noodzakelijke aanpassingswetgeving verdwenen). Artikel 1.1. lid 4 bepaalde uitdrukkelijk dat bestuursdwang eveneens omvatte ‘het treffen van maatregelen om verdere nadelige gevolgen voor het milieu te voorkomen, beperken of ongedaan te maken’.

<sup>76</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 149-150 of zie PG AWB III, p. 395-360.

<sup>77</sup> Addink en Sluis in *NJB* 1994, p. 1206. Zie ook: Snijders, p. 36.

Het tweede lid gaf aan dat ook het stilleggen en het buitenwerkingstellen van een inrichting onder de bestuursdwangbevoegdheid viel.<sup>78</sup>

Of nu wel of niet sprake is van een verruiming, de wetgever heeft nadrukkelijk aangegeven dat het sluiten van een inrichting onder de bestuursdwangomschrijving in de Awb valt. Sluiting is mogelijk als zonder vergunning of als anderszins in strijd met de wet wordt gehandeld en bestuursdwang een evenredig middel is. Naast stillegging en het afsluiten van een terrein, kan sluiting ook plaatsvinden door gebruik te maken van de verzegelingsbevoegdheid in artikel 5:28 Awb (artikel 128 Gemeentewet-oud).<sup>79</sup>

### 3.2.2 Bestuursdwangbeslissing als een beschikking

Artikel 5:24 vormt ten tijde van de derde tranche een sleutelbepaling in de bestuursdwangregeling.<sup>80</sup> De redactie van het oude artikel (131 Gemeentewet-oud) lijkt inhoudelijk weinig veranderd.

#### Art. 5:24

1. Een beslissing tot toepassing van bestuursdwang wordt op schrift gesteld. De schriftelijke beslissing is een beschikking.
2. De beschikking vermeldt welk voorschrift is of wordt overtreden.
3. De bekendmaking geschiedt aan de overtreder, aan de rechthebbenden op het gebruik van de zaak ten aanzien waarvan bestuursdwang zal worden toegepast en aan de aanvrager.
4. In de beschikking wordt een termijn gesteld waarbinnen de belanghebbenden de tenuitvoerlegging kunnen voorkomen door zelf maatregelen te treffen. Het bestuursorgaan omschrijft de te nemen maatregelen.
5. Geen termijn behoeft te worden gegund indien de vereiste spoed zich daartegen verzet.
6. Indien de situatie dermate spoedeisend is dat het bestuursorgaan de beslissing tot toepassing van bestuursdwang niet tevoren op schrift kan stellen, zorgt het alsnog zo spoedig mogelijk voor de opschriftstelling en voor de bekendmaking.

#### Artikel 131 Gemeentewet-oud

Tijdens de totstandkoming van de precieze formulering van dit artikel voert men opnieuw discussie over het juridische karakter van bestuursdwang. De kern hiervan is uiteindelijk terug te voeren op de kritiek die destijds al bestond op de dogmatische oplossing van Snijders (zie vorige hoofdstuk, §2.2.2.2 ). In dit

---

<sup>78</sup> Blomberg 2000, p. 90.

<sup>79</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 4, p. 31 en 32 en nr. 5, p. 93 of zie PG AWB III, p. 361-363 en 375.

<sup>80</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 154 of zie PG AWB III, p. 366.

debat is goed te zien waar het verschil in accent zit tussen beide bestuursdwangregelingen.

Tijdens het opstellen van de oude tekst in artikel 131 hield de wetgever rekening met de komst van de Awb. Het oude artikel sprak van een ‘besluit’ tot toepassing van bestuursdwang in de veronderstelling dat het daarmee om een besluit in de zin van de Awb zou gaan waartegen bezwaar en beroep mogelijk was (een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling).<sup>81</sup>

### Formulering artikel 5:24

Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male wil deze gedachtegang niet overnemen met artikel 5:24 Awb-Dt; de beslissing tot het effectueren van bestuursdwang is immers, net als onder het oude recht, gericht op het verrichten van puur fysieke handelingen (het wegnemen, beletten, verrichten en in de vorige toestand herstellen). Hoe nuttig en nodig de rechtsgevolgen van het uitoefenen van bestuursdwang ook zijn – het meenemen van goederen, het betreden van plaatsen, het verzegelen van gebouwen e.d. – de beslissing zelf is niet gericht op het bewerkstelligen van dat rechtsgevolg; die rechtsgevolgen betreffen louter ‘accessoire zaken’.

Blij zijn de auteurs dan ook als tijdens de parlementaire behandeling van de derde tranche blijkt dat het voorgestelde artikel 5.4.2 in het eerste lid een correcte formulering kent: ‘Een beslissing tot toepassing van bestuursdwang wordt op schrift gesteld. De schriftelijke beslissing *geldt als* een beschikking [cursivering LDR]’.<sup>82</sup> De opstellers van deze formulering willen duidelijk maken dat sprake is van een fictie waardoor de beslissing tot bestuursdwangtoepassing moet worden behandeld als een beschikking. Regeringscommissaris Scheltema, één van de belangrijkste grondleggers van de Awb, legt uit dat systematisch bekeken de beslissing tot het overgaan tot feitelijk handhaven niet een rechtshandeling is.<sup>83</sup>

Naar aanleiding van het amendement Koekkoek en Van den Berg, kiest de wetgever desondanks voor de definitieve tekst van artikel 5:24 Awb-Dt voor een andere bewoordingen: ‘De schriftelijke beslissing *is* een beschikking [cursivering LDR]’. In de visie van het Kamerlid Koekkoek is het rechtsgevolg verbonden aan de beslissing dat vanaf het moment waarop de beslissing is genomen en op schrift is gesteld, voldaan wordt aan de voorwaarden die de wet stelt om bestuursdwang vanaf dat moment toe te passen. Dit is in lijn met de waarschuwingsconstructie – of wel de ‘voorwaardetheorie’ – die de Afdeling aanhangt. Hoewel de bestuursdwangbeslissing in de meeste gevallen een voorwaarde is

<sup>81</sup> Ten Berge e.a. 1994, p. 386.

<sup>82</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 1994, p. 501-504.

<sup>83</sup> *Handelingen II* 1995-1996, 49, p. 3665-3666; *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 20 (Amendement Koekkoek en Van den Berg). Zie ook volgende noot.

voor het toepassen van bestuursdwang, meent Scheltema dat ‘niet iedere voorwaarde die rechtsgevolg heeft’ een rechtshandeling is ‘gericht op het veroorzaken van dat rechtsgevolg’.<sup>84</sup>

Anderen zijn in deze tijd vanwege dezelfde systematische argumenten evenmin gecharmeerd van de nieuwe door het parlement doorgedrukte redactie van artikel 5:24. Verheij en Lubberdink vinden de wijziging geen verbetering; als het waar is wat er staat, namelijk dat de beslissing tot feitelijk handelen een beschikking is, valt niet in te zien waarom het nodig is dat te bepalen. In artikel 1:3 Awb geeft men immers al een omschrijving van het beschikkingsbegrip. Als het niet waar is wat er staat, verdient een gelijkstellingsbepaling die dat tot uitdrukking brengt, veruit de voorkeur, aldus de auteurs.<sup>85</sup>

De vraagstukken die het beschikkingsbegrip oproept, vormen voor Kortmann aanleiding om zijn kritiek breder te trekken en in het geheel af te willen van het Awb-besluit. Hij stelt dat het besluitbegrip meer problemen creëert dan oplost, zeker waar het gaat om de toepasselijkheid van de bepalingen over bezwaar en beroep. Complicerende factoren hierbij zijn volgens hem of sprake is van een besluit of van een handeling (alsof een handeling geen rechtshandeling zou kunnen zijn) en als sprake is van een besluit of het vervolgens gaat om een voorbereidingsbeslissing, een met een besluit gelijkgestelde beslissing of van een beslissing die, hoewel een besluit, niet een appellabel besluit oplevert. Hij ageert hiermee tegen de fundamentele keuze voor het ophangen van de competentie van de administratieve rechter aan een materieel begrip – beschikking, handeling of besluit – omdat dit leidt tot ondoorzichtige, zwabberende en dogmatisch nagenoeg onbegrijpelijke jurisprudentie. Zijn voorkeur gaat dan ook uit naar de aansluiting bij een formeel begrip, zoals een bevoegdheidsstelsel naar Frans voorbeeld. Deze subjectum litis-leer heeft als grondslag voor rechterlijke competentie de vraag wie al dan niet handelt (in de ruime zin van het woord): gaat het om een handeling, met of zonder beoogd rechtsgevolg, afkomstig van het bestuur, dan is de bestuursrechter bevoegd.<sup>86</sup>

### 3.2.3 Bevoegdheidsgrondslag

Een belangrijke nieuwe bepaling ten opzichte van de regeling in de Gemeentewet, is artikel 5:22 Awb. Deze bepaling geeft een verschuiving weer in de doctrine ten aanzien van de invulling van het legaliteitsbeginsel. Dit artikel luidt als volgt:

---

<sup>84</sup> *Handelingen II* 1995-1996, 49, p. 3667 en 3672 en *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 20 (Amendement Koekkoek en Van den Berg) of zie PG AWB III, p. 369-370.

<sup>85</sup> Verheij en Lubberdink 1996, p. 127.

**Artikel 5:22**

De bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang bestaat slechts indien zij bij of krachtens de wet is toegekend.

De algemene rechtsopvatting onder de oude bestuursdwangregeling is dat politiedwang resp. bestuursdwang van nature besloten ligt in het uitvoeren van wettelijke regels; de redenering is dat een bestaand wettelijk voorschrift, waarop het legaliteitsvereiste onverkort van toepassing is, daadwerkelijk tot gelding wordt gebracht (dit is nog de leer van Thorbecke). De bevoegdheid voor het uitvoeren van bepaalde regels impliceert daarmee een bevoegdheid tot het uitoefenen van bestuursdwang.<sup>87</sup>

Voor wat betreft de burgemeester is de oude leer terug te vinden in artikel 125 Gem.wet in combinatie met een uitvoeringstaak of -bevoegdheid in een bijzondere wet; het derde lid van artikel 125 bepaalt: “De bevoegdheid tot oplegging van een last onder bestuursdwang wordt uitgeoefend door de burgemeester, indien de last dient tot handhaving van regels welke hij uitvoert.” Een uitvoeringsbevoegdheid is bijvoorbeeld te vinden in artikel 30b Wet op de kansspelen of artikel 74 Gezondheids- en welzijnswet voor dieren. Verder is de burgemeester op grond van artikel 174 eerste lid Gem.wet kort gezegd belast met het toezicht op openbare samenkomsten en voor het publiek openstaande gebouwen. Voor zover een verordening een onderwerp regelt dat onder dit toezicht valt, is hij exclusief belast met de uitvoering daarvan (artikel 174 lid 3 Gem.wet).<sup>88</sup>

De bijgestelde rechtsopvatting in artikel 5:22 Awb gaat ervan uit dat sprake kan zijn van een direct toegekende bestuursdwanggrondslag zonder dat die (nadrukkelijk) gekoppeld wordt aan het uitvoeren van bepaalde regels. Voorbeelden van een direct toegekende bestuursdwangbevoegdheid zijn: artikel 13b Opiumwet, artikel 22 Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden en artikel 34 lid 4 Wet op de publieke gezondheid. De nieuwe invulling van het legaliteitsbeginsel ontstaat in een tijd waarin langzamerhand het besef groeit dat er voor een ingrijpende sanctie als bestuursdwang niet alleen een wettelijke grondslag nodig is, maar ook dat deze zo specifiek of concreet mogelijk geformuleerd dient te zijn.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> Kortmann in *RM Themis* 1998-6, p. 190-191.

<sup>87</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 121 en 123; Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 21-22. Zie ook §1.2.3.2 van het vorige hoofdstuk (competentie Gem.wet '92).

<sup>88</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 123; Van Ommeren 1996, p. 124-127; Van Buuren, Jurgens en Michiels 2005, p. 41 (Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 24-25).

<sup>89</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 153 of zie PG AWB III, p. 363-364; Rb. Breda (pres.) 26 april 1995, *JB* 1995, 168 m.nt. Schlössels; Van Ommeren 1996, p. 113-

Door de nieuwe wijze van bevoegdheidstoekenning brengt de wetgever een scheiding aan tussen de bevoegdheidsgrondslag en de uitoefening van de bestuursdwangbevoegdheid. De bevoegdheid is in de bijzondere wetten te vinden, van oudsher in de organieke wetten; bij de inzet van die bevoegdheid dient het bestuur de geharmoniseerde regels in de Awb na te leven (voorheen beschikten de organieke wetten zowel over de bevoegdheidsbepaling als de nadere regeling).<sup>90</sup>

### 3.3 Van de derde naar de vierde tranche

Op 1 juli 2009 treedt de vierde tranche Awb in werking. De wetgever geeft hiermee uitvoering aan het voornemen om voor een drietal nieuwe onderwerpen een uniforme regeling te creëren. Deze onderwerpen zijn: bestuursrechtelijke geldschulden (titel 4.4.), bestuurlijke handhaving, in het bijzonder de bestuurlijke boete (titel 5.1 en 5.4) en attributie (afdeling 10.1.3). Op advies van de Raad van State maakt de wetgever van de gelegenheid gebruik om de afdeling over bestuursdwang – afdeling 5.3.1 – iets anders op te zetten.<sup>91</sup>

#### 3.3.1 Nieuwe terminologie

De overgang van de derde naar de vierde tranche zorgt ervoor dat de wetgever opnieuw sleutelt aan de definitie van bestuursdwang. Niet langer wordt gesproken van het ‘toepassen van bestuursdwang’, maar men introduceert het begrip ‘last onder bestuursdwang’ – gelijk het reeds bestaande begrip ‘last onder dwangsom’.

**Art. 5:21.**

Onder last onder bestuursdwang wordt verstaan: de herstelsanctie, inhoudende:

- a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding; en
- b. de bevoegdheid van het bestuursorgaan om de last door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.

Volgens de Raad van State en de Tweede Kamer deed de oude regeling in de Awb het voorkomen alsof optreden door het bestuursorgaan de regel was en

---

115 en 124-127; Schlössels 1998, o.a. p. 124-127; De Jong en Michiels 2004, o.a. p. 5-6, 50-51, 68-71; ABRvS 4 juli 2007, *AB* 2007, 315 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BA8728; Hennekens in *Gst.* 2009, nr. 70, noot 2.

<sup>90</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 130-132, 152-153 of zie PG AWB III, p. 307 en 363-364

<sup>91</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, o.a. p. 4 en 76.

herstel door de overtreder zelf de uitzondering, terwijl dit in werkelijkheid andersom is. Bij de bestuursdwangbevoegdheid gaat het allereerst om het bevel (de last) – voorheen aangeduid als aanschrijving of waarschuwing – dat de overtreder krijgt opdat hij de noodzakelijk geachte maatregelen neemt. Het fysiek ingrijpen op kosten van de overtreder volgt alleen als de overtreder nalaat de vereiste maatregelen te nemen – en dus niet aan de last voldoet. Bij het niet-uitvoeren van de opgelegde last onder dwangsom, bestaat de sanctie uit het verbeuren van een geldbedrag. De nieuwe terminologie zorgt er volgens de Raad van State bovendien voor dat het gelijksoortige karakter van bestuursdwang en dwangsom beter tot uitdrukking komt en dat de quasi-fictie van het oude artikel 5:24 lid 1, tweede volzin, kan verdwijnen.<sup>92</sup>

Het is van belang om op te merken dat de wetgever met het begrip ‘last’ alleen duidt op de aanzeggingshandeling; het begrip ‘toepassing van bestuursdwang’ is in de huidige regeling gereserveerd voor het aanduiden van het uitvoeren, ofwel het effectueren, van bestuursdwang door middel van fysiek ingrijpen.

Bevoegdheid tot fysiek optreden – Oorspronkelijk was in het wetsvoorstel geen uitdrukkelijke verwijzing te vinden naar het recht van het bestuur om daadwerkelijk over te gaan tot feitelijk, fysiek handelen. Onderdeel b van artikel 5:21 bepaalde aanvankelijk slechts dat onder een last onder bestuursdwang inhield ‘de verplichting om te dulden dat het bestuursorgaan de last door feitelijke handelingen tenuitvoerlegt, indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd’. Mede als gevolg van de kritiek hierop is het onderdeel gewijzigd in zijn huidige redactie. Op deze wijze werd de bevoegdheid tot feitelijk ingrijpen bij bestuursdwang wel benadrukt. De regering merkt hierbij op dat het niet zo is dat er twee aparte bevoegdheden bestaan, te weten de bevoegdheid om de last op te leggen en die om feitelijk bestuursdwang toe te passen. Zodra de begunstigingstermijn – die is vermeld bij het opleggen van de last – verloopt, ontstaat de bevoegdheid om fysiek op te treden.<sup>93</sup>

Nieuw is dat zowel de last onder bestuursdwang, als de last onder dwangsom als de bestuurlijke boete onder de algemene noemer de ‘bestuurlijke sanctie’ vallen. In titel 5.1 zijn alle algemene handhavingsbepalingen te vinden, waaronder de definities van de begrippen ‘bestuurlijke sanctie’, ‘herstelsanctie’ en ‘bestrafende sanctie’.

<sup>92</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 4, p. 17. Zie ook: Konijnenbelt in *Gst.* 7188 (2003), p. 388.

<sup>93</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 2, p. 11 (voorstel van wet) en nr. 7, p. 42 en 43 (nota van wijziging); Hartmann en Rogier in *NJB* 2004-36, p. 1877-1882, m.n. p. 1879.

**Artikel 5.2 Awb:**

1. In deze wet wordt verstaan onder:

- a. bestuurlijke sanctie: een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak;
- b. herstelsanctie: een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding;
- c. bestraffende sanctie: een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen.

(...)

### 3.3.1.1 *Kritiek op nieuwe terminologie*

Hoewel de wetgever met de nieuwe terminologie uitdrukkelijk geen materiële wijziging beoogt,<sup>94</sup> zijn de begripwijziging en haar gevolgen in de literatuur zeer kritisch ontvangen.

#### **Wezen van bestuursdwang**

Blomberg, Jurgens en Michiels betwijfelen ten eerste of bestuursdwang met de nieuwe omschrijving niet toch een andere betekenis krijgt. Volgens de auteurs miskent de vernieuwde definitie het wezen van bestuursdwang: de bevoegdheid tot fysiek ingrijpen van overheidswege. Met het idee dat een bestuursdwangbeschikking onder de oude Awb-regeling al een last bevatte, wordt een belangrijke denkfout gemaakt. In de beschikking (zowel in de oude als in de nieuwe regeling) moet het bestuur weliswaar de te nemen maatregelen omschrijven, van een last – in de zin van een opgelegde verplichting – is echter geen sprake. Er ontstaat door de brief geen afdwingbare verplichting om de last uit te voeren, maar alleen een geboden gelegenheid om zelfstandig voor een rechtmatige situatie te zorgen; overtreders lopen hierbij slechts het risico dat bestuursdwang op hun kosten wordt geëffectueerd wat doorgaans tot hogere kosten leidt dan de illegale situatie zelf herstellen.<sup>95</sup>

Voor wat betreft het wezen van bestuursdwang, is tot dusverre onderbelicht gebleven dat als gevolg van de vierde tranche in één opzicht duidelijk een verruiming is ontstaan ten opzichte van de oude bestuursdwangdefinitie. Dit heeft te maken met het samenvoegen van de definities van bestuursdwang en de last onder dwangsom onder de genusdefinitie ‘herstelsanctie’ in artikel 5:2 Awb. Deze term brengt tot uitdrukking dat het bestuur een sanctie oplegt met het doel om een (dreigende) onrechtmatige situatie te herstellen. Dit kan volgens artikel 5:2 lid 1 onder b Awb door het ongedaanmaken of beëindigen van de overtre-

---

<sup>94</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 100.

<sup>95</sup> Blomberg in *BR* 2005, m.n. p. 850; Jurgens en Michiels in *NJB* 2005-21, p. 1092-1093. Zie ook Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 8-9.



ding, het wegnemen of beperken van de gevolgen hiervan of het voorkomen van herhaling.

Onder de derde tranche definieerde de wetgever bestuursdwang en dwangsom afzonderlijk van elkaar waarbij de dwangsom een ruimer bereik had dan bestuursdwang. Bestuursdwang zag volgens artikel 5:21 Awb-Dt en de wetsgeschiedenis op feitelijk handelen bestaande uit het wegnemen, het ontruimen, het beletten, het in de vorige toestand herstellen en het treffen van maatregelen om verdere nadelige gevolgen van de overtreding te voorkomen. In de definitie van bestuursdwang ontbrak het element ‘ter voorkoming van herhaling’. De oude omschrijving behorend bij de dwangsom noemde dit onderdeel wel: de (reguliere) last onder dwangsom strekt tot het ongedaan maken van de overtreding, het voorkomen van verdere overtreding of ‘het voorkomen van een herhaling van de overtreding’.<sup>96</sup> Een belangrijk gevolg van de samenvoeging van de oude definities onder de term ‘herstelsanctie’, is dus dat bestuursorganen volgens de wet zowel de dwangsom als bestuursdwang in kunnen zetten om recidive te voorkomen. Dit is een belangrijk verschil ten opzichte van het oude recht.<sup>97</sup>

### **Gevallen zonder (voorafgaande) last**

Een tweede punt van kritiek van verschillende auteurs betreffen de uitzonderingssituaties waarin de term ‘last’ niet (direct) toepasselijk lijkt. Want wat gebeurt er met de last als ‘wezen van bestuursdwang’ indien de overtreder niet bekend is? In dat geval is het voor een bestuurder niet mogelijk om een last te geven, maar wél om bestuursdwang toe te passen. Het is daarnaast vreemd om van het opleggen van een last te spreken als het bestuursdwangbesluit tevens wordt gestuurd naar de aanvrager en een rechthebbende die niet als overtreder zijn aan te merken, maar die het wel in hun macht hebben om de overtreding

---

<sup>96</sup> Het gevolg van het verschil in bereik van beide sancties onder het oude recht was dat per omschrijving ook de aanknopingspunten voor preventieve handhaving verschilden. Het voorkomen van herhaling beschouwde de rechtspraak in het geval van de dwangsom als reguliere handhaving, terwijl men het uitoefenen van bestuursdwang ter voorkoming van recidive schaarde onder preventieve handhaving. Zie: *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 149-150 en 162 of zie PG AWB III, p. 395, 382 en 384; Verweij 1997, p. 124; Blomberg 2000, p. 89-90 en 99-100; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 476 en 2011, p. 457. Anders: Van Buuren, Jurgens en Michiels 2005, p. 13 (maar zie tegelijkertijd p. 15 en 78); Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 13 (en tegelijkertijd p. 59 en 123); Damen e.a. 2005, p. 658 in noot 4 en 2009 in noot 4, p. 656. Voor jurisprudentie zie noot Albers bij ABRvS 24 mei 2006, *LJN* AX4387, JB 2006, 216 (Megarave Reunion) en bijv. ABRvS 25 juli 2007, *LJN* BB0369; ABRvS 16 januari 2001, *LJN* AB0119; Rb. Maastricht 6 oktober 2006, *LJN* AZ0037.

<sup>97</sup> Zie vorige noot en §3.6. Zie ook Ruigrok in *Gst.* 7341 (2010), p. 434-442.

ongedaan te maken. Aan hen kan geen afdwingbare verplichting worden opgelegd.<sup>98</sup>

De critici menen dat de vergelijking met de last onder dwangsom dan ook mank gaat, aangezien die last alleen aan een overtreder mag worden opgelegd als deze in staat is de overtreding te beëindigen. Ten slotte vindt men het vanuit wetsystematisch oogpunt niet zuiver om in afdeling 5.3.1 getiteld ‘last onder bestuursdwang’ de gevallen van spoedeisende bestuursdwang te plaatsen, aangezien die worden uitgeoefend zonder last.<sup>99</sup>

Spoeedgevallen – Gevallen van spoed of superspoed hebben door de vierde tranche een eigen bepaling gekregen (artikel 5:31 Awb). In een regulier spoedgeval is geen sprake van een last, maar moet sprake zijn van een bekendgemaakt besluit dat een omschrijving bevat van de benodigde herstelmaatregelen (deze kan de overtreder in verband met de vereiste spoed alleen niet zelf meer treffen). In een situatie van superspoed staat het fysieke ingrijpen voorop: er is noch is sprake van een last, noch van een vooraf bekendgemaakt besluit. De beslissing moet wel achteraf zo snel mogelijk alsnog worden medegedeeld.<sup>100</sup>

Als reactie op deze kritiek geeft Konijnenbelt aan dat de praktijk met de vernieuwde bestuursdwangregeling niet slechter uit de voeten kan dan met de oude regeling. De bezwaren in de literatuur zouden louter theoretisch zijn. In meer dan 80% van de bestuursdwangsituaties is de overtreder immers bekend en wordt deze in staat geacht de overtreding te beëindigen. In al die gevallen is een last onder bestuursdwang dus zonder meer adequaat. Voor de uitzonderingen (maximaal 20%) onderscheidt Konijnenbelt de volgende situaties: a) er is sprake van een bekende overtreder, maar onvindbaar, b) er is sprake van een bekende overtreder die niet (langer) in staat is de overtreding te beëindigen of c) er is sprake van een onbekende overtreder.<sup>101</sup>

Als het gaat om een bekende doch onvindbare overtreder – situatie a – diende het bestuur de beschikking onder de oude regeling in elk geval aan de rechthebbende en eventuele aanvrager bekend te maken. De overtreder werd in dit geval bereikt via een bericht in een huis-aan-huisblad of via het ‘aanslaan op het gemeentehuis’ of op de plek van de ‘zaak’. Kostenverhaal is alleen daadwerkelijk mogelijk als er zaken van de overtreder bekend zijn waarop het bestuur verhaal kan zoeken. In de vernieuwde regeling kan men op gelijke wijze handelen. De last kent formeel geen geadresseerde en is dan min of meer gericht aan de rechthebbende. Deze kan naar aanleiding van de last met het bestuur overleggen

<sup>98</sup> Blomberg 2005, p. 850; Jurgens en Michiels in *NJB* 2005-21, p. 1092-1093; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 8-9, 74 en 80-82.

<sup>99</sup> Zie vorige noot.

<sup>100</sup> Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 57-58. Zie verder §3.5.

<sup>101</sup> Konijnenbelt in *NJB* 2005-29, p. 1518-1519.

over de meest praktische oplossing zonder dat er voor hem kosten mee zijn gemoeid.<sup>102</sup>

In de situatie waarin de overtreder bekend is – situatie b – , maar deze geen beschikkingsmacht heeft, vindt vervolgens iets soortgelijks plaats. Op grond van zowel de oude als de huidige regeling kan na de bekendmaking aan alle betrokkenen overleg plaatsvinden tussen de rechthebbende en het bestuur en/of de overtreder over de vraag hoe de bestuursdwang het beste te effectueren valt. Ook hier is de overtreder volledig aansprakelijk voor de kosten.

In situatie c, die sterk overeenkomt met de eerste situatie waarin de overtreder onbekend is, is ten slotte geen enkele mogelijkheid tot kostenverhaal. Konijnenbelt vindt het wezen van bestuursdwang uiteindelijk minder van belang dan een zo levensrecht mogelijke bestuursdwangconstructie die daarnaast zo effectief mogelijk is.<sup>103</sup>

### **Beschikkingskarakter**

Een derde punt van kritiek op de definitiewijzing is dat de zinsnede is weggelaten waarin de bestuursdwangfiguur expliciet werd aangemerkt als een beschikking: de quasi-fictie in artikel 5:24 lid 1 (zie §3.2.2 ). Het gevolg hiervan is de terugkeer tot de oude discussie over het precieze beschikkingskarakter van bestuursdwang.

Volgens Blomberg was de heersende leer tot de vierde tranche dat de bestuursdwangbeslissing was gericht op feitelijk handelen en werd niet het ontstaan van een rechtsgevolg beoogd. Met het oog op de rechtsbescherming was het welbewust aanmerken als een beschikking – in lijn met artikel 1:3 Awb – in dat opzicht geen overbodige luxe. De regering stapt van deze visie af, omdat het beschikkingskarakter uit de aard van de last volgt in combinatie met de omschrijving van het beschikkingsbegrip in artikel 1:3 Awb. In de literatuur wijst men erop dat de verplichting om bestuursdwangtoepassing te dulden niet door de bestuursdwangbeslissing of de last ontstaat, maar door de wet (artikel 184 Sr). Bovendien zou de aanwezigheid van een verplichting tot dulden nog niet betekenen dat sprake is van een handeling met beoogd rechtsgevolg; het tolereren van fysiek ingrijpen speelt alleen *als* het bestuur overgaat tot actie hetgeen zeker niet altijd het geval is. Dit argument gebruikte regeringscommissaris Scheltema destijds bij de behandeling van het voorontwerp van de derde tranche Awb ook.<sup>104</sup>

<sup>102</sup> Konijnenbelt in *NJB* 2005-29, p. 1519.

<sup>103</sup> Konijnenbelt in *NJB* 2005-29, p. 1520. Zie ook het naschrift van Jurgens en Michiels in *NJB* 2005-29, p. 1520.

<sup>104</sup> *Handelingen II* 1995-1996, 49, p. 3667 en 3672 en *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 106 of zie PG AWB III, p. 369-370; Hartmann en Rogier in *NJB* 2004-36, p.

Het is duidelijk dat de wetgever opnieuw een appelabel besluit construeert dat niet de schoonheidsprijs verdient. Naast de gewrongen redenering dat het beschikkingskarakter volgt uit de aard van de last, gebruikt men ook de nieuwe algemene bepalingen om tot de interpretatie te komen dat bestuursdwang een besluit is. Zo is de bestuursdwangbeslissing een herstelsanctie die geschaard wordt onder het nieuwe begrip ‘bestuurlijke sanctie’. In artikel 5.2 verstaat de wetgever hieronder ‘een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak’. Van Buuren, Jurgens en Michiels geven aan dat de bestuurlijke sanctie met deze omschrijving in beginsel materieel als een besluit is gedefinieerd – op het schriftelijkheidsvereiste na waar in de praktijk snel aan zal zijn voldaan behoudens in spoedgevallen.<sup>105</sup>

### 3.3.2 Nieuwe voorzieningen

Naast de nieuwe terminologie introduceerde de wetgever met de vierde tranche voor bestuursdwang een tweetal nieuwe voorzieningen: de toepassingsbeschikking en de kostenbeschikking. Het doel van deze bijkomende beschikkingen is het bieden van extra rechtsbescherming op het moment dat bestuursdwangtoepassing uitblijft en op het moment dat de hoogte van het kostenverhaal is vastgesteld.

#### 3.3.2.1 Toepassingsbeschikking

Met de toepassingsbeschikking in artikel 5:31a Awb versterkt men de positie van de derde die handhaving van het bestuur verlangt. Het is hierbij van belang twee zaken van elkaar te scheiden: het aanzeggen van bestuursdwang en de feitelijke uitvoering van de beslissing tot bestuursdwang.

Ten tijde van de derde tranche Awb was het voor de derdebelanghebbende al mogelijk om bij de bestuursrechter op te komen tegen de aanzegging bestuursdwang, omdat deze handeling werd aangemerkt als een beschikking. Door de gelijkstelling in artikel 1:3 lid 2 Awb, kon de derdebelanghebbende eveneens bij de bestuursrechter opkomen tegen de afwijzing van de aanvraag tot het aanzeggen van bestuursdwang. Het is vervolgens mogelijk dat het bestuur weigert

---

1879; Blomberg 2005, p. 850-851; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 22-23 en 2011, p. 28-29. Zie ook §3.2.2.

<sup>105</sup> Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 23. Volgens de auteurs bevat het begrip herstelsanctie in artikel 5.2 nog een schoonheidsfoutje: het is incorrect om te spreken van het ‘ongedaan maken van de overtreding’ – zoals ook gebruikt in verband met de last onder dwangsom in artikel 5:32 lid 2 Awb – nu een overtreding zelf nooit ongedaan gemaakt kan worden. Dat eventuele gevolgen ongedaan kunnen worden gemaakt, wordt afzonderlijk vermeld. Het betreft hier een ingeburgerde wijze van zeggen (Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005 en 2011, p. 9).

om daadwerkelijk over te gaan tot fysiek ingrijpen (het effectueren van bestuursdwang). Omdat het verzoek niet zag op het nemen van een beslissing maar op het overgaan tot fysiek handelen, stond er tegen de weigering van dat verzoek voor de derdebelanghebbende ook geen bezwaar of beroep open.

Door de toepassingsbeschikking is hier verandering in gekomen. Het is nu voor de derdebelanghebbende eveneens mogelijk om te ageren tegen de weigering om bestuursdwang te effectueren. De beschikking wordt op aanvraag gegeven en bevat een gemotiveerde beslissing om al dan niet tot toepassing van de reeds aangezegde bestuursdwang over te gaan. Uit artikel 5:31a Awb volgt dat het bestuur dit besluit alleen kan geven op voorwaarde dat een last onder bestuursdwang is opgelegd én de begunstigingstermijn is verstreken (lid 1 en lid 2). Blomberg merkt op dat de wetgever het opvallend genoeg in lid 3 wel weer noodzakelijk vond om uitdrukkelijk aan te geven dat de beslissing in kwestie een beschikking is.<sup>106</sup>

### 3.3.2.2 *Kostenbeschikking*

Als gevolg van de inwerkingtreding van de vierde tranche verandert de procedure van het kostenverhaal aanzienlijk. Onder de oude regeling vond kostenverhaal in de regel plaats door het versturen van een nota, terwijl dit niet verplicht was. Het bestuursorgaan was overigens wel gehouden in de aanzegging te vermelden of het al dan niet over zou gaan tot kostenverhaal (artikel 5:25 lid 2 en lid 3 Awb-Dt). De bekendgemaakte brief met de beslissing van bestuursdwang was een beschikking, maar het in rekening brengen en het innen van de kosten beschouwde men niet als een publiekrechtelijke rechtshandeling. Als na aanmaning de verschuldigde geldsom niet werd betaald, kon het bestuursorgaan kiezen uit twee procedures bij de burgerlijke rechter om te kosten te innen: een dwangbevelprocedure (artikel 5:26 Awb-Dt) of een reguliere dagvaardingsprocedure. De dwangbevelprocedure was eenvoudiger, aangezien het bevel op grond van de wet een executoriale titel vormde en men de rechter niet hoefde in te schakelen. In het geval een overtreder bezwaren had tegen de hoogte van het geldbedrag kon hij niets ondernemen – behalve niet betalen – totdat het bestuur overging tot het invorderen. Zodra de betaling geëist werd, was het vervolgens uitsluitend de burgerlijke rechter die een oordeel velde (tegen een dwangbevel kon verzet aangetekend worden, zie artikel 5:26 lid 3 en lid 4 Awb-Dt).<sup>107</sup>

Nieuw is de huidige geldschuldenregeling in titel 4.4 en de introductie van de kostenbeschikking. In deze beschikking stelt het bestuur de hoogte van de

<sup>106</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 108-110; Blomberg 2005, p. 852. Zie ook Vermeer 2010, §6.5.12.

<sup>107</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 101, 106; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 194; Hartmann en Rogier 2004, p. 1879.

verschuldigde kosten vast waarna voor de burger bezwaar en beroep openstaat (artikel 5:25 lid 6 jo. 5:31c Awb). Het is volgens de wetgever systematischer om ook deze geschillen onder de competentie van de bestuursrechter te brengen. De nieuwe titel is van toepassing op geldschulden die voortvloeien uit ofwel een wettelijk voorschrift dat uitsluitend een betalingsverplichting aan of van een bestuursorgaan regelt, ofwel een besluit dat vatbaar is voor bezwaar en beroep (artikel 4:85 Awb). Toepassing van bestuursdwang leidt in principe tot het ontstaan van een bestuursrechtelijke geldschuld. Het nieuwe uitgangspunt is dat de betalingsverplichting alleen kan ontstaan als deze is vastgesteld in een beschikking (artikel 4:86 Awb).

Het invorderen van de kosten blijft plaatsvinden via een dwangbevelprocedure: artikel 5:10 jo. afdeling 4.4.4 Awb. De opstellers van het voorontwerp hebben er evenwel niet voor gekozen om een algemene bevoegdheid tot invordering bij dwangbevel te creëren. De invorderingsbevoegdheid wordt bij bijzondere wet toegekend dan wel in de Algemene wet bestuursrecht voor slechts een bijzondere categorie gevallen. De definitie van een dwangbevel is volgens artikel 4:114: ‘een schriftelijk bevel van een bestuursorgaan dat ertoe strekt de betaling van een geldsom (...) af te dwingen’. Dit bevel kan alleen worden uitgevoerd als de schuldenaar eerst in verzuim is geraakt en de verplichte termijn van twee weken is gepasseerd. In de aanmaning dient men te vermelden dat bij het niet tijdige voldoen van het bedrag de betaling kan worden afgedwongen op kosten van de schuldenaar (zie artikel 4:112 lid 3 Awb). Het bestuursorgaan kan voor het invorderen overigens gebruik blijven maken van de bevoegdheden die hij als schuldeiser op grond van het privaatrecht heeft (artikel 4:124 Awb).<sup>108</sup>

### 3.4 Reguliere bestuursdwang

#### 3.4.1 Inleidende opmerkingen

Als het bestuur denkt via bestuursdwang een rechtmatige situatie te kunnen bewerkstelligen, wordt burgers de meeste rechtsbescherming geboden bij de inzet van *reguliere* bestuursdwang. Gezien het evenredigheidsbeginsel ex artikel 3:4 lid 2 Awb mag men alleen onder bijzondere omstandigheden afwijken van het reguliere rechtsregime – zoals het geval is bij *spoed- of preventieve bestuursdwang*.

---

<sup>108</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 23, 61-69, 101; Du Perron, ‘Bestuursrechtelijke geldschulden’, *NJB* 2000-24, p. 1178-1184; Van Hees en Laurijssens in *AA* 2000 (49), p. 150-159; Blomberg 2005, p. 854.

In deze paragraaf bespreek ik het reguliere bestuursdwangregime door achtereenvolgens in te gaan op: de eisen die gelden bij het nemen van het bestuursdwangbesluit, de eisen die aan het effectueren van bestuursdwang worden gesteld en het onderwerp mandaat en delegatie. Voor zover de vierde tranche niet of nauwelijks wijzigingen met zich mee heeft gebracht, verwijs ik (ook) naar de parlementaire geschiedenis van de derde tranche. In §3.5 en §3.6 ga ik in op (super)spoedbestuursdwang en op preventieve handhaving. Bij het onderwerp preventieve handhaving komt ook – voor zover relevant – de last onder dwangsom aan bod.

### **Overtreding**

Voor alle vormen van bestuursdwang geldt dat het bestuur deze herstelsanctie kort gezegd slechts mag inzetten om een overtreding ongedaan te maken of te beëindigen of herhaling daarvan te voorkomen. Sinds de vierde tranche expliciteert de Awb wat er verstaan moet worden onder een ‘overtreding’: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Zie de artikelen 5:1 lid 1 jo. 5:2 lid 1 onder b jo. 5:4 lid 2 jo. 5:21 Awb. Het moet hierbij gaan om een uitdrukkelijke verbods- of gebodsbepaling.<sup>109</sup>

Van Buuren, Jurgens en Michiels wijzen erop dat de gedraging juridisch moet worden opgevat, niet feitelijk. Het is niet ondenkbaar dat door één feitelijke gedraging meerdere overtredingen worden gepleegd. Denk aan het in de inleiding van dit onderzoek gebruikte voorbeeld van het gratis dansfeest op het strand in Hoek van Holland, waar hooligans hekken neerhalen. In deze omstandigheden levert deze gedraging zowel schending op van het verbod in de APV om de orde te verstoren bij een evenement (artikel 2:26 Model-APV 2010) als een aantal delicten op die in het Wetboek van Strafrecht strafbaar zijn gesteld (denk aan vernieling ex 350 Sr of straatschenderij ex artikel 424 Sr). Het begrip ‘gedraging’ moet ten slotte ruim worden opgevat en ziet zowel op een nalaten als het laten bestaan van een illegale situatie.<sup>110</sup>

### **Keuze bestuursdwang of dwangsom**

Als in een bijzondere wet de bevoegdheid is toegekend tot het opleggen van een last onder bestuursdwang, mag het bestuursorgaan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen (zie artikel 5:32 lid 1 Awb). Bij de keuze tussen de inzet van het middel van bestuursdwang of de last onder dwangsom, spelen verschillende factoren een rol. De sanctie van de dwangsom is strikt

<sup>109</sup> ABRvS 14 september 2011, *Gst.* 7361 (2011), 111 m.nt. J.M.H.F. Teunissen, *LJN* BS8863; ABRvS 7 februari 2007, nr. 200606192/1.

<sup>110</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 77; Damen e.a. 2009, p. 627; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 67; ABRvS 7 februari 2007, *JBselect* 2009, 5 m.nt. Theunissen, *LJN* AZ7977.

genomen niet meer dan een overredingsmiddel en heeft daarmee een indirect karakter; indien de overtreder de last niet uitvoert, dient het bestuur een ander middel aan te wenden. In dit verband heeft de Afdeling in 1999 uitgemaakt dat het bestuur in zijn besluit mag mededelen dat als de dwangsom niet leidt tot beëindiging van de onrechtmatige situatie, men tot toepassing van bestuursdwang zal overgaan. Deze praktijk acht de Afdeling niet in strijd met artikel 5:34 Awb-DT (het huidige artikel 5:6 Awb).<sup>111</sup>

Bestuursdwang kent een direct karakter in de zin dat het bestuur zelf bij machte is de onrechtmatige toestand op te heffen. Dit betekent wel dat het middel van bestuursdwang in bepaalde complexe gevallen minder geschikt is indien specialistische kennis of ervaring nodig is. Men kan hierbij denken aan een situatie waarin het ongedaan maken van de overtreding inhoudt dat er giftige stoffen of gevaarlijke dieren verwijderd, vervoerd en opgeslagen dienen te worden. Bestuursdwang is in het algemeen niet mogelijk of niet praktisch bij:

- regelmatig terugkerende overtredingen – dus ter voorkoming van herhaling – en voortdurende overtredingen (bestuursdwang zou dan voortdurende bewaking betekenen);<sup>112</sup>
- overtreding van technische of administratieve voorschriften, bijvoorbeeld door het niet verzenden van gegevens of het niet doen van een melding aan het bevoegd gezag;
- situaties waarin de voorkeur niet uitgaat naar het volledig stilleggen van een inrichting maar wel tot het geven van de juiste prikkel om zich voortaan aan de regels te houden, bijvoorbeeld in het geval van niet naleving van de emissievoorschriften;
- situaties waarin kosten moeilijk of niet verhaalbaar zijn;
- situaties waarin men een verplichting wil opleggen die de overtreder moet kunnen nakomen in plaats van een geboden gelegenheid om maatregelen te treffen om de illegale situatie te beëindigen.<sup>113</sup>

### 3.4.2 Eisen aan bestuursdwangbesluit

Zoals in §3.2.2 en §3.3.1.1 is beschreven, gaat het bij het uitoefenen van bestuursdwang de facto om feitelijk handelen, maar heeft de wetgever besloten om

---

<sup>111</sup> ABRvS 16 oktober 1998, *Gst.* 7107 (1999), nr. 8 m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

<sup>112</sup> Hier is te zien dat het preventieve element dat de *reguliere* last onder dwangsom van nature in zich draagt, een factor is die mee kan wegen bij het maken van een keuze tussen de twee sancties (zie §3.6.2.1).

<sup>113</sup> Blomberg 2000, p. 98-100; Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 13-14; Damen 2009, p. 654.



dit handelen onder het beschikkingsbegrip te brengen. De gevolgen van het zijn van, of de gelijkstelling aan, een beschikking mogen niet onderschat worden – zie bijvoorbeeld artikel 3:1 lid 2 Awb. Het belangrijkste gevolg is dat de rechtsmiddelen uit de Awb voor de burger openstaan, te weten het bezwaar respectievelijk het administratief beroep en de toegang tot de bestuursrechter (hoofdstuk 6, 7 en 8 Awb). Daarnaast zijn de belangrijke hoofdstukken 3 en 4 van de Awb van toepassing. Hoofdstuk 3 ziet op besluiten in het algemeen en hoofdstuk 4 op de categorie beschikkingen in het bijzonder.<sup>114</sup>

### **Voorfase**

Voordat het bestuur een sanctie oplegt, is het gebruikelijk dat handhavingsambtenaren onder diens leiding de situatie monitoren. In deze voorbereidende fase van besluitvorming wordt de nodige kennis omtrent de relevantie feiten en af te wegen belangen vergaard (artikel 3:2 Awb).<sup>115</sup> In sommige gevallen ontvangt de overtreder een waarschuwing.<sup>116</sup> Als het vaste voornemen bestaat om bestuursdwang uit te oefenen, moet het bestuur de (derde)belanghebbende ingevolge artikel 4:8 Awb horen. Van belang is dat zij de kans krijgen om te beargumenteren waarom het bestuur handhaving achterwege zou moeten laten. Het bestuur heeft immers de plicht tot het maken van een evenredige belangenafweging (artikel 3:4 lid 2 Awb).<sup>117</sup>

### **Aanzegging bestuursdwang**

Onder de oude regeling waren de belangrijkste waarborgen voor een juiste aanzegging van bestuursdwang te vinden in artikel 5:24. Na de inwerkingtreding van de vierde tranche is de helft van dit artikel verplaatst; sindsdien kan niet

---

<sup>114</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 3, p. 154-156 of zie PG AWB III, p. 366-368. Onder de derde tranche zorgde de zinsnede ‘De schriftelijke beslissing is een beschikking.’ in artikel 5:24 lid 1 voor deze gevolgen (*Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 3, p. 154-156).

<sup>115</sup> Voor voorbeelden van onzorgvuldige voorbereiding zie: Rb. ’s-Gravenhage 9 februari 2011, *LJN* BP7281; Rb. Roermond 7 juli 2010, *LJN* BN0961; Rb. Amsterdam 18 november 2008, *LJN* BH4354; ABRvS 26 januari 2005, *LJN* AS3905 en ABRvS 3 september 2003, *LJN* AI1766. Zie ook: Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 39-42.

<sup>116</sup> Een schriftelijke vooraankondiging of ‘informatieve waarschuwing’ is de mededeling dat er ernstig rekening gehouden moet worden dat mogelijk bestuursdwang zal worden toegepast, indien in de toekomst een bepaalde overtreding wordt begaan. Dergelijke mededelingen hebben niet te gelden als een Awb-besluit, omdat het bestuur nog niet (definitief) heeft besloten om bestuursdwang toe te passen. Zie: *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 152 of zie PG AWB III, p. 361; Van Buuren en Michiels 1989, p. 11-12; Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 30; ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011, 307 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BT6683.

<sup>117</sup> Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 39-42.

meer gesteld worden dat artikel 5:24 een sleutelbepaling vormt.<sup>118</sup> De wettelijke regeling eist niet langer nadrukkelijk dat de bestuursdwangbeslissing op schrift moet worden gesteld; dat een dergelijke schriftelijke beslissing een Awb-besluit is, volgt volgens de wetgever uit de aard van de last in combinatie met de omschrijving van het beschikkingsbegrip in artikel 1:3 Awb.<sup>119</sup> De brief met de last onder bestuursdwang dient vervolgens aan een aantal specifieke eisen te voldoen.

Zo is het een eis van formele rechtszekerheid dat de overtreder weet welk voorschrift in het geding is (artikel 5:9 onder a Awb). Als het nodig is om de gedraging te identificeren, dient de beschikking ook de plaats en het tijdstip aan te geven waarop de overtreding is geconstateerd (artikel 5:9 onder b Awb). De brief moet vervolgens de te nemen herstelmaatregelen duidelijk en onvoorwaardelijk omschrijven die bovendien binnen een redelijke termijn uitvoerbaar moeten zijn. De termijn waarbinnen de overtreder de kans krijgt een einde aan de illegale situatie te maken, dient in reguliere gevallen eveneens in de brief te staan (artikel 5:24 lid 1 en lid 2 Awb). Tot slot moet het bestuur schriftelijk aangeven in hoeverre de kosten van bestuursdwang ten laste van de overtreder zullen komen (artikel 5:25 lid 2 Awb).<sup>120</sup>

Na opschriftstelling volgt bekendmaking van het bestuursdwangbesluit. Een uitvloeisel van de toepasselijkheid van hoofdstuk 3 is immers onder andere dat een besluit niet eerder in werking treedt dan nadat het is bekendgemaakt (artikel 3:40 Awb). Het reguliere rechtsregime houdt voorts in dat bekendmaking plaatsvindt door toezending of uitreiking aan (derde)belanghebbenden (artikel 5:24 lid 3 Awb jo. 3:41 Awb). Dit betreft in elk geval de overtreder, de rechtshabende op het gebruik van de zaak en de aanvrager. Het bestuur hoeft niet na te gaan aan welke omwonenden of concurrenten men het besluit ook bekend moet maken. – Dit was in de regeling onder de Gemeentewet nog anders, aangezien in de redactie van artikel 131 was opgenomen dat het bestuursorgaan zowel de overtreder als ‘belanghebbenden’ moest waarschuwen. – Bij de afwijzing van een toepassingsbeschikking dient het bestuur de desbetreffende betrokkenen wel te horen (artikel 5:31a jo. 4:7 en 4: 8Awb).<sup>121</sup>

De overtreder kan tegenwoordig zijn de feitelijke overtreder, de functionele dader of de medepleger (zie artikel 5:1 lid 2 en lid 3 Awb en §4.5). Het is niet

<sup>118</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 3, p. 154-156 en *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 106. Hierin verschilt de bestuursdwangregeling ten tijde van de derde tranche weer van de oude regeling in de Gemeentewet (artikel 130 én 131 Gemeentewet-oud) omdat de wetgever toentertijd niet of althans minder dwingend aangaf wat de schriftelijke mededeling moest behelzen, zie §2.2.3.1 en §2.2.3.2 van het vorige hoofdstuk.

<sup>119</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 3, p. 154; *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 92 en 106.

<sup>120</sup> Damen e.a. 2009, p. 639, 657-658 en 661; Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 45-57.

duidelijk in hoeverre het bestuur in zijn aanzegging moet motiveren waarom iemand als overtreder wordt beschouwd (wat zijn aandeel precies is geweest). Volgens de toelichting bij artikel 5:25 Awb ten tijde van de derde tranche zou voldoende zijn dat de overtreder behoort tot degenen aan wie de beschikking bekend wordt gemaakt zonder dat noodzakelijk is dat hij in die kwaliteit wordt aangeschreven. Dit zou betekenen dat het bestuur een groep overtreders in zijn geheel zou kunnen aanschrijven, waarbij de gedachte is dat ‘de betrokken belanghebbenden zelf wel weten wie van hen de overtreder was’. Duidelijk is wel dat bekendheid met de overtreder nodig is om de kosten van bestuursdwang daadwerkelijk te verhalen.<sup>122</sup>

Voor de overtreder is het mogelijk om in de bezwaarschriftprocedure zijn bezwaren naar voren te brengen en in dat kader gehoord te worden (artikel 7:2 e.v. Awb). Daarna kan hij eventueel in beroep bij de rechtbank, sector bestuursrecht (artikel 8:1 e.v. Awb).

### 3.4.3 Eisen aan feitelijke uitvoering

Op het moment dat de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd – de begunstigingstermijn moet verlopen zijn – is het bestuur bevoegd om over te gaan tot fysiek ingrijpen (‘het door feitelijk handelen ten uitvoer leggen van de last’, zie artikel 5:21 onder b Awb). Het bestuur moet zich hierbij houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie ook artikel 3:1 lid 2 Awb). Men dient de last zorgvuldig ten uitvoer te leggen en de bestuursdwangbevoegdheid mag niet voor een ander doel gebruikt worden dan het doel herstel van een rechtmatige situatie. Voorts mag het bestuur niet meer nadeel toe (laten) brengen dan voor het beëindigen van de illegale situatie noodzakelijk is (volgt onder meer uit de artikelen 3:2, 3:3 en 3:4 Awb).<sup>123</sup>

#### 3.4.3.1 *Accessoire bevoegdheden*

Het effectueren van de last kan verschillende vormen hebben. In beginsel kunnen bestuursorganen elke feitelijke handeling verrichten die nodig is om de onrechtmatige situatie te herstellen.<sup>124</sup> Voor een aantal handelingen is een specifieke

<sup>121</sup> Damen e.a. 2009, p. 660; Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 73-83.

<sup>122</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 5, p. 100 of zie PG AWB III, p. 372; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 56 en 189-190.

<sup>123</sup> Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, o.a. p. 122, 176-179; Van der Meulen in *NTB* 1991-9, p. 272. Interessant in dit verband is: ABRvS 8 december 2010, *AB* 2011, 125 m.nt. F.R. Vermeer.

<sup>124</sup> Dit stelt de wetgever niet uitdrukkelijk, maar is aannemelijk op basis van de geschiedenis en de tekst van de bestuursdwangregeling (waarin er geen handelingen worden uitgeslo-

ke wettelijke grondslag gecreëerd. Het gaat om de volgende accessoire bevoegdheden: het betreden van plaatsen, het verzegelen, de inbeslagneming, en het verkopen van meegenomen zaken, zie de artikelen 5:57 t/m 5:30 Awb. Deze bepalingen maken inbreuk mogelijk op grondrechten als het huisrecht, het recht op ongestoord genot van eigendom en het recht op privacy (artikel 10 en 12 Gw en artikel 1 van het 1<sup>e</sup> Protocol van het EVRM).

De accessoire bevoegdheid om plaatsen te betreden, houdt in dat aangewezen ambtenaren toegang hebben tot elke plaats voor zover redelijkerwijs nodig om bestuursdwang toe te passen. Voor het binnentreden in een woning in het kader bestuursdwang zonder toestemming van de bewoner is een machtiging nodig (zie artikel 2 en 3 van de AWBi). Voor het betreden van plaatsen van derden – bijvoorbeeld om bij de woning van de overtreder te kunnen komen – moet het bestuursorgaan dit de rechthebbende minimaal twee dagen van te voren schriftelijk laten weten. Schade die bij het binnentreden is ontstaan, wordt vergoed.<sup>125</sup> Zie artikel 5:27 Awb.

Om de overtreding te beëindigen of herhaling te voorkomen, is het bestuur bovendien bevoegd om gebouwen, terreinen en alles wat zich daarin of daarop bevindt, te verzegelen (artikel 5:28 Awb). Deze feitelijke handeling kan plaatsvinden naast of in plaats van het dichttimmeren van een gebouw en het verwijderen van de inventaris.<sup>126</sup> Het meevoeren en opslaan van goederen is mogelijk op basis van artikel 5:29 Awb. Het bestuur moet hiervan een proces-verbaal opmaken. Inbeslagneming is zowel een middel om terug te keren naar een rechtmatige situatie als een manier om enige zekerheid te krijgen voor het kostenverhaal. Als het gebruik maakt van het recht van retentie, dient het voldoende zorg in acht te nemen. De geconfisqueerde zaken moeten bijvoorbeeld beschermd zijn tegen weersinvloeden, ongedierte en andere vormen van beschadiging.<sup>127</sup>

### 3.4.3.2 (On)zorgvuldige tenuitvoerlegging

Indien burgers – veelal achteraf – een probleem hebben met de wijze waarop het bestuur bestuursdwang effectueert, dan konden zij vóór inwerkingtreding van de vierde tranche alleen bij de civiele rechter terecht. Sinds de introductie van de

---

ten). Zie ook: *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 3, p. 150 of zie PG AWB III, p. 359, te weten de zin: “De opsomming (...) dekte, zo was de bedoeling, alle denkbare handelingen die nodig kunnen zijn om wettelijke voorschriften daadwerkelijk te effectueren.”

<sup>125</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 3, p. 158 of zie PG AWB III, p. 374; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 180. Zie bijv. CBB 21 april 2011, *AB* 2011, 191, m.nt. F.R. Vermeer, *LJNBQ*3305.

<sup>126</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 3, p. 158-159 of zie PG AWB III, p. 375; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 180-181.

<sup>127</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 3, p. 159 of zie PG AWB III, p. 376; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 181-182.

kostenbeschikking kan men hiertegen ook opkomen bij de bestuursrechter (zie artikel 5:25 lid 6 jo. 5:31c Awb jo. 4:86 Awb). Voor dit onderzoek is met name gepubliceerde jurisprudentie bestudeerd onder de oude bestuursdwangregeling.<sup>128</sup>

De jurisprudentie waarin de zorgvuldigheid van het ingrijpen door het bestuur centraal staat, laat een wisselend beeld zien. Bij het bepalen van de wijze waarop de last wordt geëffectueerd, komt het bestuur grote beleidsvrijheid toe. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de *Terschellingse herten*-zaak waarin een groep vrienden ‘bij wijze van grap’ edelherten loslaat op een waddeneiland en daarmee de Flora- en Faunawet overtreedt. Het oorspronkelijke plan van de minister is om de dieren te vangen. De verdovingsacties leiden echter niet tot het gewenste resultaat en uiteindelijk worden de dieren afgeschoten. De Afdeling geeft aan dat de strekking van het bestuursdwangbesluit duidelijk is, namelijk het ongedaan te maken van de overtreding, en dat zodoende het verhalen van de kosten van het afschieten rechtmatig is (terwijl het primaire besluit uitging van het verhalen van de kosten van het vangen, meevoeren en opslaan).<sup>129</sup>

Uit de uitspraak *Driemaster Sylvia* blijkt dat het bestuur eveneens gebruik heeft gemaakt van zijn beleidsvrijheid. In deze casus is de vraag of de opgelegde herstelmaatregel proportioneel is en niet te specifiek. Het schip de *Sylvia* – bijna 40 meter lang, 7 meter breed en 30 meter hoog inclusief de masten – is op een illegale plaats afgemeerd en blijkt niet veilig verslept te kunnen worden. Omdat bovendien het ter plekke plegen van groot onderhoud niet mogelijk is, meent het college van b en w dat de overtreding alleen beëindigd kan worden door de driemaster te demonteren en de gedemonteerde delen af te voeren. De Afdeling gaat uit van het deskundigenrapport dat het college heeft laten opstellen en keurt de verregaande herstelmaatregel gezien de gereede kans op zinken bij het verslepen, goed.<sup>130</sup>

In sommige gevallen is het evident dat burgers tevergeefs ageren. In reguliere bestuursdwangsituaties moet een overtreder beseffen dat hij bepaalde risico's neemt als hij het tot daadwerkelijk ingrijpen laat komen: het risico dat het bestuur niet zachtzinnig te werk gaat of dat het niet voor de goedkoopste herstelmaatregel kiest.

Zo wordt de gemeente in het arrest *Kioskontruiming Middelburg* ervan beschuldigd onnodige schade te hebben toegebracht bij het verwijderen van een

<sup>128</sup> Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 176; ABRvS 16 december 2009, *Gst.* 7331 (2010), nr. 13, *LJN* BK6758; ABRvS 27 oktober 2010, *LJN* BO1836, r.o. 2.7.1. Anders: Hof Arnhem 7 maart 2006, *LJN* AW2033, r.o. 4.6.

<sup>129</sup> ABRvS 27 april 2011, *AB* 2011, 177 m.nt. T.E.P.A. Lam, *LJN* BQ2667. Zie ook HR 8 juli 2011, *AB* 2012/2, m.nt. G.A. van der veen, *LJN* BQ 4372.

<sup>130</sup> ABRvS 8 december 2010, *AB* 2011, 125 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BO6641; ABRvS 20 april 2011, *LJN* BQ1905.

kiosk door die met een kraan op te tillen in plaats van die te demonteren. De kioskhouders voert eveneens aan dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door zijn goederen voor een te lage prijs te verkopen en voor het overige te vernietigen. Hoewel eiser slechts op dit laatste punt gelijk krijgt, kent de rechter hem niet meer dan grofweg een tiende deel toe van het bedrag dat hij aan vergoeding eist; de schadeposten zijn immers ontstaan doordat eiser weigerde de kosten van bestuursdwang te voldoen.<sup>131</sup>

Ook in de zaak *Afgebroken schuur Eindhoven* is de rechter weinig onder de indruk van de tegenwerpingen door de overtreder. Het gaat in deze zaak om een nieuw gebouwde schuur die qua uiterlijke verschijningsvorm en maatvoering niet overeen komt met de oorspronkelijke schuur. Omdat het technisch niet mogelijk is om de schuur – waarin zich een collectie klassieke Mercedesen bevindt – deels af te breken, wordt de schuur in zijn geheel met de grond gelijk gemaakt. Het hof oordeelt dat overtreder had kunnen en moeten weten dat een schuur die te lang, te breed en te hoog is onmogelijk door gedeeltelijke afbraak in elk van de drie dimensies tot de gewenste maten kan worden teruggebracht.<sup>132</sup>

In andere gevallen blijkt wel degelijk sprake te zijn van onzorgvuldigheid bij de effectuering van bestuursdwang en is het belang van rechtsbescherming goed zichtbaar. Het hof is bijvoorbeeld zacht gezegd niet te spreken over de beleidslijn van de Gemeente Heerlen op grond waarvan men een inboedel die zich een uur na ontruiming nog op straat bevindt, afvoert naar een vuilstortplaats en aldaar vernietigt, tenzij het zeer waardevolle goederen betreft. Volgens het hof is het wettelijke uitgangspunt dat huisraad in beginsel drie maanden doch ten minste twee weken dient te worden bewaard. Het beleid is daarmee nadrukkelijk strijdig aan de wettelijke bestuursdwangregeling.<sup>133</sup>

Ook de Gemeente Almere gaat na een ontruiming rigoureuus te werk. Bij het opslaan van de inboedel maakt men geen onderscheid tussen bederfelijke en niet-bederfelijke zaken; na drie weken werd de inboedel vernietigd wegens stankoverlast en vrees voor ongedierte. De Rechtbank Zwolle oordeelt dat de

---

<sup>131</sup> HR 11 april 1997, *NJ* 1998, 240 m.nt. MS (Kioskontruiming Middelburg). Zie ook: Hof Amsterdam 6 januari 2005, *NJF* 2005, 97 (Woonwagenontruiming Wester-Koggenland) en de uitspraak van de bestuursrechtelijke voorzieningenrechter in deze die een andere mening is toegedaan: Rb. Alkmaar (vzr.) 18 september 2003, *NJF* 2003, 41. Zie daarnaast: Rb. Zwolle 16 december 1998 (*PRG* 1999, 5210) waarin een achteraf vernietigde bestuursdwangbeschikking een onrechtmatige daad oplevert en de rechtbank desondanks alle schadeposten afwijst (dogmatisch gezien vreemd aangezien een onrechtmatige daad gezien artikel 6:162 BW 'schade' vereist, LDR).

<sup>132</sup> Hof 's-Hertogenbosch 21 november 2006, *NJF* 2007, 36, *LJN* AZ2837 en HR 5 september 2008, *LJN* BD3714, zie met name concl. A-G. L.A.D. Keus nr. 2.7 en 2.9. Zie ook: Rb. Almelo 22 maart 2006, *NJF* 2006, 407 en HR 11 april 1997, *NJ* 1998, 240 m.nt. MS.

<sup>133</sup> Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2000, *NJ* 2001, 129. Zie in dit verband de treurige situatie van de eigenaar van de inboedel in: HR 11 oktober 1996, *AB* 1997, 123 m.nt. ThGD (Onderverzekerde inboedel Amsterdam).

gemeente niet voldaan heeft aan haar zorgplicht, aangezien men de zakken met etensafval op eenvoudige wijze zonder onredelijke kosten had kunnen scheiden; het is een feit van algemene bekendheid dat het ongekoeld opslaan van etenswaren ongedierte aantrekt. Onder deze zorgplicht valt ook de verplichting te zorgen voor deugdelijke documentatie bijvoorbeeld in verband met eventuele claims van waardevermindering van de opgeslagen goederen.<sup>134</sup>

Onzorgvuldige bestuursdwangtoepassing kan evenzeer bestaan uit herstelwerkzaamheden die ondeugdelijk zijn uitgevoerd. Denk bijvoorbeeld aan het ten onrechte verwijderen van een keuken of sanitair of juist door het op een gebrekkige wijze laten plaatsen van een douche of keuken. Mocht er bij het fysiek ingrijpen fouten zijn gemaakt, dan is het bestuur gehouden de schade hiervan te herstellen en de kosten daarvan in mindering te brengen op het bedrag dat wordt ingevorderd.<sup>135</sup>

Soms bestaat de onzorgvuldigheid uit slechte of misleidende communicatie naar de burger toe in de fase van het fysieke ingrijpen. In het arrest *Helmondse paardenstal* zegt het college bestuursdwang aan terzake van een opstal die als woning wordt gebruikt. Tussen de aanzegging en de daadwerkelijke effectuering vindt een gesprek plaats tussen de overtreder genaamd Ottenheijm en de betrokken wethouder. In dit onderhoud wordt gesproken over de mogelijkheid om de paardenstal alsnog een geoorloofde bestemming te geven. De Hoge Raad gaat mee met het hof en oordeelt dat Ottenheijm er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat pas tot sloop zou worden overgegaan na de uitslag van het onderzoek naar de voorgestelde nieuwe bestemmingsmogelijkheid. Door rauwelijks tot sloop over te gaan, heeft de gemeente onzorgvuldig gehandeld.<sup>136</sup>

In dit verband kan ook een zaak genoemd worden waarin de Gemeente Assen uiteindelijk een schip naar een andere ligplaats laat verslepen. Verzoeker had het schip zelf willen verplaatsen conform de gemaakte afspraken, maar de gemeente bleek de betreffende ligplaats niet op tijd te hebben vrijgemaakt. De rechtbank concludeert dan ook dat de gemeente wanprestatie pleegde en het gerechtvaardigde vertrouwen van de verzoeker ex 3:35 BW heeft geschonden; verzoeker had erop mogen vertrouwen dat de gemeente hem niet met kosten zou confronteren zolang de gemeente haar verplichting niet was nagekomen.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> Rb. Zwolle 3 juli 2002, *PRG* 2003, 6044 (Bedorven inboedel Almere). Zie ook: Rb. 's-Hertogenbosch 5 februari 2010, *LJN* BL4384.

<sup>135</sup> Rb. Rotterdam 7 mei 2008, *LJN* BD4100; Rb. Rotterdam 18 maart 2009, *LJN* BI2835 en *LJN* BI2836.

<sup>136</sup> HR 16 juni 1989, *NJ* 1990, 214 m.nt. Scheltema (Helmondse paardenstal). Zie ook: Rb. 's-Gravenhage 6 september 2007, *LJN* BB4510, r.o. 4.7-4.8.

<sup>137</sup> Rb. Assen 23 november 2005, *LJN* AV1566.

### 3.4.3.3 Bestuursdwang op mensen

Uit de definitie van bestuursdwang en het bijbehorende wettelijke systeem valt af te leiden dat er eveneens jegens de persoon van de overtreder fysiek kan worden opgetreden. Denk bijvoorbeeld aan het fysiek tegenhouden of verwijderen van personen. Deze handelingen kunnen niet verder gaan dan dat noodzakelijk is om de onrechtmatige situatie te herstellen.

Één van de weinige expliciete bevoegdheden hiertoe is te vinden in artikel 34 van de Wet publieke gezondheid. Bij een bepaalde infectieziekte of ernstig gevaar voor verspreiding daarvan, mag de voorzitter van de veiligheidsregio een persoon onverwijld ter isolatie in een gesloten afdeling van een ziekenhuis doen opnemen (artikel 31). Ingevolge het vierde lid van artikel 34 is de burgemeester dan wel de voorzitter van de veiligheidsregio ter handhaving van deze bepaling vervolgens bevoegd ‘tot het opleggen van een last onder bestuursdwang (...) indien de omstandigheden onmiddellijk ingrijpen noodzakelijk maken.’<sup>138</sup>

Een ander voorbeeld is het uitzetten van illegale vreemdelingen. De Afdeling zegt in 2001 hierover het volgende:

“Uitzetting (...) strekt tot feitelijk handelen door of vanwege de Minister van Justitie, waarmee wordt opgetreden tegen het verzuim van niet rechtmatig hier te lande verblijvende vreemdelingen om de in artikel 62 Vw 2000 neergelegde verplichting Nederland binnen de bij of krachtens die bepaling gestelde termijn te verlaten na te komen door effectuering alsnog van die verplichting. Derhalve valt niet in te zien, waarom uitzetting niet is begrepen in de omschrijving van artikel 5:21 Awb. (...) De Vw 2000 behelst geen bepaling die uitzondering maakt op artikel 5:21 Awb. Nu in die wet uitzetting is opgevat als feitelijk handelen ter effectuering van wettelijke voorschriften en ze in zoverre geheel strookt met het bepaalde omtrent bestuursdwang in artikel 5:21 Awb, bestaat geen grond om appellant te volgen in zijn in grief I neergelegde betoog.”<sup>139</sup>

Het bestuur komt in beginsel keuzevrijheid toe ten aanzien van het deel van het land van herkomst waarnaar de vreemdeling zal worden uitgezet. Van belang bij de uitzetting als vorm van bestuursdwangtoepassing is dat men: zorgvuldig te werk gaat, de minst bezwarende mogelijkheid kiest om aan de illegale situatie een einde te maken en rekening houdt met de belangen van de vreemdeling (door onder meer zijn keuze in acht te nemen voor het deel van het land van

<sup>138</sup> *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 316, nr. 3, p. 46-47. Zie ook: HR 20 juni 1969, *NJ* 1969, 347 (posteren politie) en de volgende noten.

<sup>139</sup> ABRvS 29 mei 2001, *AB* 2001, 266 m.nt. Sew. En hieraan voorafgaand: Rb. 's-Gravenhage 4 april 2001, *LJN* AB0890; Rb. 's-Gravenhage 4 april 2001, *LJN* AB0891; Rb. 's-Gravenhage 19 april 2001, *LJN* AB1399.



herkomst waarnaar hij wordt uitgezet).<sup>140</sup> De Afdeling hanteert verder de strikte lijn dat handelingen ter voorbereiding van het verwijderen van vreemdelingen zoals vreemdelingenbewaring, onderscheiden moeten worden van ‘de wijze waarop en de omstandigheden waaronder uitzetting wordt geëffectueerd’; de zorgvuldigheid van bestuursdwang in deze situaties komt niet aan de orde bij de rechterlijke toetsing van de vreemdelingenbewaring.<sup>141</sup>

### 3.4.4 Mandaat en delegatie

In de meeste gevallen zijn het ambtenaren die ondergeschikt zijn aan het bevoegde bestuursorgaan die feitelijk een last onder bestuursdwang opleggen of de last feitelijk ten uitvoer leggen. In sommige gevallen krijgen ambtenaren deze bevoegdheden toebedeeld. Het onderwerp mandaat en delegatie spits ik zoveel mogelijk toe op de burgemeester als het bevoegde bestuursorgaan. Bij mandaat gaat het om de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen en in het laatste geval betreft het het overdragen van de bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent (zie titel 10.1 Awb).

#### 3.4.4.1 Feitelijk beslisser

De burgemeester kan zijn bestuursdwangbevoegdheid uitoefenen ter handhaving van die regels die hij moet uitvoeren is. Zoals in §3.2.3 beschreven bestaat zijn bevoegdheid op grond van artikel 125 lid 3 Gem.wet in combinatie met een (impliciete) uitvoeringsbevoegdheid in een bijzondere wet of op basis van een direct toegekende bestuursdwanggrondslag. Voor dit onderzoek is voornamelijk artikel 174 lid 3 jo. lid 1 Gem.wet van belang op grond waarvan de burgemeester verordeningen dient uit te voeren die zien op evenementen en bijeenkomsten op voor publiek openstaande plaatsen.

Het is voor de burgemeester niet mogelijk om de bevoegdheid om tot een bestuursdwangbeslissing te komen, te delegeren aan gemeenteambtenaren en politieambtenaren: artikel 10:14 Awb verbiedt delegatie aan ondergeschikten. Het is wel mogelijk om de beslisbevoegdheid over te dragen aan een bestuurs-

<sup>140</sup> Rb. 's-Gravenhage 4 april 2001, *LJN* AB0891, r.o. 11; Rb. 's-Gravenhage 11 februari 2009, *LJN* BI8799; Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2009, *LJN* BJ2015.

<sup>141</sup> ABRvS 1 november 2005, nr. 200808444/1, *JV* 2006, 9; ABRvS 27 mei 2008, *LJN* BD3186, nr. 200802569/1; ABRvS 27 mei 2008, nr. 200802686/1; ABRvS 9 juli 2009, nr. 200904090/1/V3.

commissie, een deelraad of aan (de voorzitter van) het dagelijks bestuur (zie artikel 125 lid 4 jo. 178 lid 1 Gem.wet).<sup>142</sup>

Tussen de burgemeester en zijn gemeenteambtenaren wordt een ondergeschiktheidsrelatie verondersteld. Een dergelijke relatie in het geval van in de gemeente dienstdoende politieambtenaren is vastgelegd in artikel 12 Pol.wet jo. 177 lid 1 Gem.wet. Ondergeschiktheid houdt in dat een ambtenaar in dienst van de gemeente of de politieregio, werkzaam is onder verantwoordelijkheid van de burgemeester of voor hem werkzaamheden uitvoert waarbij de burgemeester aanwijzingen mag geven. In tegenstelling tot delegatie, leent de figuur van mandaatverlening zich bij uitstek voor toepassing in hiërarchische verhoudingen. Er bestaat voor de burgemeester een algemene mandaatbevoegdheid in het geval van gemeenteambtenaren en een specifieke bevoegdheid om politieambtenaren die in de gemeente dienst doen, te kunnen mandateren.<sup>143</sup>

#### **Artikel 177 Gemeentewet**

1. De burgemeester kan een in de gemeente dienstdoende ambtenaar van politie machtigen in zijn naam besluiten te nemen of andere handelingen te verrichten.
2. Geen machtiging wordt verleend tot het nemen van besluiten ingevolge de artikelen 151b, 154a, 172, 173, 174, tweede lid, 174a, 175, 176 en 176a.

#### **Artikel 12 Politiewet 1993**

1. Indien de politie in een gemeente optreedt ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak, staat zij onder gezag van de burgemeester.
2. De burgemeester kan de betrokken ambtenaren van politie de nodige aanwijzingen geven voor de vervulling van de in het eerste lid bedoelde taken.

De specifieke basis voor mandaat aan de politie behoeft enige achtergrondinformatie. Artikel 177 Gem.wet spreekt niet alleen van ‘machtigen’ waar mandaat onder valt, maar ook van het geven van een volmacht en het machtigen tot het uitvoeren van feitelijke handelingen.<sup>144</sup> Deze bepaling kent een turbulente

<sup>142</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 123; PG Awb III, p. 454-459; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, artikel 177, algemeen commentaar en artikel 178, algemeen commentaar en aantekening 2.

<sup>143</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 123-124; PG Awb III, o.a. p. 434; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 453-454; Dölle 2000, o.a. p. 31; Elzinga in *Gst.* 7190 (2003), nr. 135. Zie ook artikel 10:4 Awb.

<sup>144</sup> Mandaatverlening ziet immers alleen op het nemen van besluiten. *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 280, nr. 3, p. 70; *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 547, nr. 3, p. 4; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, artikel 177 aantekening 2.1.

geschiedenis. Inmiddels is het onmogelijk om de letterlijke tekst van artikel 177 Gem.wet anders op te vatten.<sup>145</sup>

De burgemeester kan op basis van het eerste lid van dit artikel zijn beslisbevoegdheid bij het opleggen van een last onder bestuursdwang mandateren. Zoals in §3.2.3 aan bod is gekomen, neemt hij dergelijke beslissingen om te zorgen voor de daadwerkelijke naleving van regels die hij moet uitvoeren. Denk bijvoorbeeld aan mandatering van zijn beslisbevoegdheid in artikel 13b Opiumwet, in het kader van de naleving van bepaalde APV-verordeningen (verordeningen die zien op voor publiek openstaande plaatsen en evenementen ex artikel 174 lid 1 en 3 Gem.wet) of in verband met bevelen die hij op basis van de APV geeft. In het laatste geval bevat de APV de norm of de verplichting en vindt handhaving hiervan plaats door (mandatering van de bevoegdheid tot) het opleggen van een last onder bestuursdwang.<sup>146</sup>

Een ondergeschiktheidsrelatie tussen de burgemeester en het gemeentelijke brandweerpersoneel is eveneens aannemelijk, hoewel een concrete bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen ontbreekt (vgl. artikel 12 lid 2 Pol.wet). Op basis van artikel 4 Wet veiligheidsregio's heeft de burgemeester het gezag over de brandweer.

#### **Artikel 4 Wet veiligheidsregio's**

1. De burgemeester heeft het gezag bij brand alsmede bij ongevallen anders dan bij brand voor zover de brandweer daarbij een taak heeft.
2. De burgemeester is bevoegd bij brand en ongevallen, bedoeld in het eerste lid, de bevelen te geven die met het oog op het voorkomen, beperken en bestrijden van gevaar nodig zijn.

Met het begrip 'gezag' doelt de wetgever op de bestuurlijke leiding, aangezien de feitelijke leiding bij de operationele leider van de brandweer berust. De wetgever geeft aan dat de verantwoordelijkheid voor de taakuitvoering van de brandweer analoog is aan zijn verantwoordelijkheid voor het optreden van de politie in het kader van de handhaving van de openbare orde en de hulpverle-

<sup>145</sup> Door vage en foutieve formuleringen van de wetgever in het verleden is het lange tijd onduidelijk of de burgemeester politie kan inzetten om namens hem handelingen te verrichten ter uitvoering van raadgeveringen. In §8.3.1 ga ik hier nader op in.

<sup>146</sup> In dit kader kan bijvoorbeeld gedacht worden aan mandaat bij handhaving inzake horecabedrijven en prostitutie: noot van F.R. Vermeer onder punt 5 bij ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006, 392; Vz. ARRvS 6 december 1991, *AB* 1992, 472; Rb. Amsterdam (pol.r.) 3 juni 2002, *LJN* AE4749, *NBSTRAF* 2002, 259; ABRvS 12 mei 2004, *JB* 2004, 251 m.nt. Overkleef-Verburg, met name onder punt 4; Rb. Maastricht 19 juli 2004, *JB* 2004, 334 m.nt. Overkleef-Verburg. Een voorbeeld van een APV-bevel is de bevoegdheid van de burgemeester om een horecabedrijf tijdelijk te sluiten nadat zich binnen een korte periode meerdere schermutselingen voordeden. Een dergelijk sluitingsbevel kan hij opleggen in het belang van de openbare orde, veiligheid, zedelijkheid of gezondheid (zie artikel 2.30 van de Model-APV 2010).

ning.<sup>147</sup> Ambtenaren van de brandweer kunnen bijvoorbeeld tot bestuursdwang beslissen als bepaalde brandveiligheidseisen bij evenementen niet worden nageleefd of als er gevaarlijke stoffen verwijderd moeten worden.

#### 3.4.4.2 *Feitelijk uitvoerder*

Indien de burgemeester op regulier bestuursrechtelijke wijze zorgt voor de naleving van verordeningen of APV-normen, ligt het voor de hand om de politie te gebruiken als het feitelijke uitvoeringsorgaan. Artikel 12 van de Pol.wet bepaalt immers dat de politie ondergeschikt is aan de burgemeester als zij optreedt ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak. Ten overvloede heeft de wetgever in artikel 177 Gem.wet bepaald dat de burgemeester een in de gemeente dienstdoende politieambtenaar kan machtigen om feitelijke handelingen te verrichten (ter uitvoering van raadsverordeningen).

Voor overige bestuursorganen die niet over een dergelijke ondergeschiktheidsrelatie beschikken – bijvoorbeeld het college van b en w – , geldt dat zij slechts bestuursdwang kunnen laten toepassen door een derde als deze instemt met de opdracht (verg. 10:4 Awb). Deze derde bestaat veelal uit een particulier, bijvoorbeeld een aannemer. Het bestuur vraagt om hulp of aanwezigheid van politieambtenaren bij de toepassing van bestuursdwang als het nodig is om met geweld op te treden (of te dreigen). Als een andere overheidsdienaar hiertoe bevoegd is, kan deze ook worden ingeschakeld. Om deze reden geeft de wetgever bij de invoering van de bestuursdwangregeling in de Awb aan dat de hulp of de aanwezigheid van politieambtenaren bij de toepassing van bestuursdwang noodzakelijk of gewenst kan zijn, maar zeker geen algemene regel is.<sup>148</sup>

### 3.5 (Super)spoedbestuursdwang

Onder de bestuursdwangregeling van de gemeentewet van 1931 was sprake van ofwel reguliere bestuursdwang ofwel (één soort) spoedeisende bestuursdwang. Als het bestuur besloot in te grijpen in een spoedsituatie, was het nadeel voor de burger dat hij hier alleen tegen kon ageren bij de burgerlijke rechter; de voorafgaande waarschuwing diende bij spoed achterwege te blijven zodat het een feitelijke handeling betrof. Sinds de Gemeentewet van 1992 kan de burger naar de bestuursrechter voor rechtsbescherming nadat toepassing van spoedbestuursdwang al heeft plaatsgevonden. De wetgever maakte de overstap van het vereis-

<sup>147</sup> *Kamerstukken II 2007-2008*, nr. 7, p. 13; Brainich van Brainich Felth in *Gst.* 7284 (2007), p. 590-591; Hennekens 2007, p. 35-36.

<sup>148</sup> Rb. Zutphen 27 augustus 2002, *JB* 2002, 290 m.nt. C.L.G.F.H.A.; *Kamerstukken 1993-1994*, 23 700, nr. p. 149 of zie PG AWB III, p. 359.

te van de voorafgaande waarschuwing naar de eis van een schriftelijke beslissing tot bestuursdwang – desnoods pas achteraf opgemaakt (artikel 131).<sup>149</sup>

In de huidige bestuursdwangregeling bestaan twee gradaties van spoed die voor het bestuursorgaan aanleiding kunnen vormen om van het reguliere rechtsregime af te wijken. Het is de bedoeling dat het bestuur met gepaste terughoudendheid van de afwijkende regimes gebruik maakt; in veel spoedeisende gevallen kan het bestuur de reguliere bestuursdwangprocedure volgen met een aangepaste, verkorte begunstigingstermijn.<sup>150</sup> Artikel 5:31 Awb geeft aan dat sprake kan zijn van een (gewone) spoedsituatie en een extra spoedeisende situatie. Met de vierde tranche zijn beide vormen van spoedbestuursdwang slechts verplaatst naar het nieuwe artikel (voorheen was de regeling te vinden in artikel 5:24 lid 5 en lid 6 Awb-Dt); ten opzichte van de oude regeling is geen sprake van een materiële wijziging.

### **Artikel 5:31**

1. Een bestuursorgaan dat bevoegd is om een last onder bestuursdwang op te leggen, kan in spoedeisende gevallen besluiten dat bestuursdwang zal worden toegepast zonder voorafgaande last. Artikel 5:24, eerste en derde lid, is op dit besluit van overeenkomstige toepassing.
2. Indien de situatie zo spoedeisend is, dat een besluit niet kan worden afgewacht, kan terstond bestuursdwang worden toegepast, maar wordt zo spoedig mogelijk nadien alsnog een besluit als bedoeld in het eerste lid bekendgemaakt.

Het bestuur dient goed voor ogen te houden om wat voor soort spoedeisende situatie het gaat.<sup>151</sup> In de eerste spoedsituatie behoeft het bestuursorgaan de overtreder geen termijn te gunnen om zelf maatregelen te treffen (lid 1). Men kan volstaan met een brief waarin bekend wordt gemaakt dat het bestuur heeft besloten over te gaan tot het uitvoeren van bestuursdwang en welke herstelmaatregelen men treft. In deze gevallen voldoet het bestuur nog wel aan de wettelijke vereisten uit artikel 5:24 lid 1 en 3 Awb.

In de tweede categorie – situaties van uitzonderlijke spoed (hierna aangeduid als superspoedbestuursdwang) – maakt de wetgever het mogelijk voor het bestuur om in te grijpen zonder het besluit vooraf op schrift te stellen en mee te delen aan belanghebbenden. Hiermee komt men tegemoet aan de praktijk waaruit blijkt dat bestuurders soms geen tijd hebben om op het moment van handelen een volwaardig besluit te produceren. Zodoende bestaat op grond van lid 2 de vergaande optie om de (mondelijke) beslissing direct uit te voeren. Het afwijken

<sup>149</sup> Zie verwijzing vorige hoofdstuk, §1.2.3 Gemeentewet 1992.

<sup>150</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 149, 154-157 of zie PG AWB III, p. 357 en 368; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 10 en 179.

van het reguliere rechtsregime in deze gevallen is overigens alleen gerechtvaardigd als de noodzaak terstond in te grijpen veroorzaakt wordt door de illegale situatie zelf en niet door de omstandigheid dat het bestuur eerst talmde met het te nemen benodigde besluit.<sup>152</sup>

Nadat de beslissing tot superspoedbestuursdwang ten uitvoer is gelegd, dient het bestuur deze zo spoedig mogelijk alsnog op schrift te stellen en bekend te maken. Hierna kan de burger de gebruikelijke rechtsmiddelen van bezwaar en beroep bij de bestuursrechter inzetten. Een te late opschriftstelling en bekendmaking is onrechtmatig als betrokkene hierdoor de reële mogelijkheid wordt ontnomen om aannemelijk te maken dat hij ten onrechte als overtreder is aangemerkt.<sup>153</sup> Artikel 5:31 lid 2 Awb biedt hier een wettelijk basis voor de uitzondering op de regel dat een besluit niet in werking treedt voordat het is bekend gemaakt (artikel 3:40 Awb). Vermeer wijst erop dat de superspoedregeling via extensieve interpretatie soms gebruikt wordt in situaties waarin sprake is van een onbekende en afwezige overtreder zodat er te weinig tijd bestaat om het besluit bekend te maken – er is wel voldoende tijd om de beslissing op schrift te stellen.<sup>154</sup>

Er bestaat al langer enige kritiek op de geboden rechtsbescherming na toepassing van (super)spoedbestuursdwang. Hoewel men tegenwoordig naar de bestuursrechter kan, menen sommigen dat dergelijk repressief toezicht als mosterd na de maaltijd komt. Voor de burgerlijke rechter blijft daarmee een kleine rol weggelegd, namelijk als de overtreder vóórafgaand aan het fysieke ingrijpen tijd heeft om een kort geding aan te spannen.<sup>155</sup>

### 3.5.1 Jurisprudentie (super)spoedbestuursdwang

Hoewel bestuursorganen terughoudend gebruik dienen te maken van de beide spoedregelingen, blijkt uit gepubliceerde jurisprudentie een tegenovergestelde trend.<sup>156</sup> Steeds meer wordt het spectrum zichtbaar van de variatie aan spoedsituaties.

<sup>151</sup> Zie noot van Damen vanaf punt 11 bij: ABRvS 12 mei 2010, *AB* 2010, 270, *LJN* BM4174.

<sup>152</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 156 of zie PG AWB III, p. 368.

<sup>153</sup> CBB 27 juni 2011, *AB* 2011, 269 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BR5410; ABRvS 13 oktober 2010, *AB* 2010, 321 m.nt. A.B. Blomberg; Rb. Amsterdam 18 november 2008, *LJN* BH4354, r.o. 2.7.2.

<sup>154</sup> ABRvS 24 oktober 2007, *AB* 2008, 74 m.nt. F.R. Vermeer.

<sup>155</sup> Van der Veen in *NTb* 1994, afl. 9, p. 271-272; noot Albers bij ABRvS 11 mei 2005, *JB* 2005, 203.

<sup>156</sup> In de jaren oplopend tot 2004 is het aantal gepubliceerde uitspraken jaarlijks nog op één hand te tellen, daarna niet meer.

## **Gevaarlijke stoffen**

Zo bestaan er spoedsituaties die veroorzaakt worden door de aanwezigheid van gevaarlijke stoffen. Het bestuur beperkt of voorkomt in deze gevallen ernstige nadelige gevolgen voor mens en milieu door in te grijpen bij gevaar voor ontploffing, brand of zware (bodem)verontreiniging.<sup>157</sup> In deze gevallen is de superspoedregeling van toepassing: op het moment zelf deelt men de beslissing mondeling mede en achteraf wordt het besluit opgemaakt en opgestuurd naar belanghebbenden. De Afdeling gaat kritisch na of het spoedeisende belang aanwezig is en of aan de overige vereisten is voldaan. In de meeste zaken blijkt dit het geval te zijn. Het wekt geen verbazing dat de oorzaak van het kleine percentage gevallen waarin spoedbestuursdwang niet juist is toegepast, ligt in een onzorgvuldige voorbereiding van het besluit.

Onzorgvuldig voorbereid spoedbesluit – In de volgende gevallen wordt het besluit vernietigd waarin de beslissing tot spoedbestuursdwang achteraf in is neergelegd wegens strijd met artikel 3:2 Awb. Zo bepaalt de Rechtbank 's-Gravenhage in haar uitspraak van 9 februari 2011 (*LJN* BP7281) dat er onvoldoende feitelijke basis was om een winkelcentrum met onmiddellijke ingang algeheel te sluiten in verband met asbestgevaar. Er blijken geen onderzoeksrapportages te zijn die aangeven dat het maximum aan toegestane asbestvezels was overschreden.

In de uitspraak van de Afdeling op 26 januari 2005 (*LJN* AS3905) voert het bestuur gevaarlijke stoffen af omdat deze gebruikt kunnen worden om vuurwerk te vervaardigen. Appellant stelt daarentegen dat de stoffen ongevaarlijk zijn en alleen gebruikt worden voor hobbymatige doeleinden. Het bewijsverweer treft doel: verweerder had niet mogen volstaan met een visuele waarneming door middel van chemische analyses (of een gelijkwaardige methode), maar had moeten onderzoeken of met de opgeslagen stoffen daadwerkelijk vuurwerk gefabriceerd kon worden.

Bij het berekenen van het te veel aan gevaarlijk opgeslagen stoffen in verband met brandgevaar, moet het bestuur ook zorgvuldig te werk gaan (*ABRvS* 3 september 2003, *LJN* AI1766). In deze zaak kwam daardoor onvoldoende vast te staan dat sprake was van een overtreding van de Wet milieubeheer.

## **Overige gevaarzettende situaties**

Er zijn ook zaken waarin men tot spoedoptreden besluit omwille van andere redenen dan de risico's van gevaarlijke stoffen. In deze negatieve tweede categorie gaat het om zeer uiteenlopende situaties. Als voorbeelden zijn te noemen:

---

<sup>157</sup> Vz. *ABRvS* 7 juni 2010, *JOM* 2010, 696 (meer dan 10 ton illegaal opgeslagen gevaarlijke stoffen); *ABRvS* 21 februari 2007, *AB* 2007, 108 m.nt. Michiels, *JB* 2007, 119 m.nt. Albers, *JOM* 2007, 164, *LJN* AZ9023 (asbestgevaar); *ABRvS* 4 mei 2005, *LJN* AT5097, *JB* 2005, 174 m.nt. J.L.W. Broeksteeg (brandgevaar); *ABRvS* 27 oktober 2004, *JOM* 2006, 1187 (asbestverontreiniging); *ABRvS* 26 oktober 2000, *JB* 2000, 347 (illegaal opgeslagen vuurwerk) en *ABRvS* 13 juli 1999, *JB* 1999, 222 (bodemverontreiniging en brandgevaar).

het verwijderen van dekzeilen omdat die op de openbare weg dreigen te vallen, de stillegging van een bedrijf om te voorkomen dat de illegale situatie verder in ernst en omvang toeneemt, het verwijderen van een omvangrijke inboedel die na een huisuitzetting op straat is geplaatst om een verkeersonveilige situatie te voorkomen, het wegslepen van een auto die het vrije verkeer belemmert, de inbeslagname van vogelvoer om het illegaal voeren van duiven te beëindigen, het in bewaring nemen van een zwaar verwaarloosde kat of het afschieten van edelherten die onrechtmatig in de vrije natuur zijn uitgezet.<sup>158</sup>

### **Hennepkwekerijen, vuilniszakken- en fietsproblematiek**

Op deze plaats sta ik stil bij een aantal opvallende verschijnselen in de jurisprudentie waarin men tot spoedbestuursdwang overgaat om andere redenen dan de risico's van gevaarlijke stoffen. Om te beginnen valt de toenemende inzet van (super)spoedbestuursdwang op bij hennepkwekerijen in woningen. De gevaarzettende situatie wordt veroorzaakt door de aanwezigheid van bepaalde hoeveelheden planten, lampen, kabels, slangen en chemicaliën al dan niet in combinatie met een illegale aansluiting op het elektriciteitsnet. Het bestuur dient per geval aan te tonen dat sprake is van een daadwerkelijk gevaarlijke situatie en ter plekke te bezien of het vermoeden van het gevaar ook zodanig is dat tot volledige ontmanteling moet worden overgegaan.<sup>159</sup>

Een tweede opvallend verschijnsel in de jurisprudentie is het gebruik van spoedbestuursdwang om overtredingen tegen te gaan bij het aanbieden van huisvuil en bij het stallen van fietsen. Het middel wordt ingezet in de strijd tegen het te vroeg, te laat of onjuist ter inzameling aanbieden van huisvuil. Het bestuur verhaalt hiermee circa € 60,- per direct verwijderde vuilniszak. Gemeenten baseren het vereiste spoedeisende belang op de vuilaantrekkende werking die ontstaat door de verspreiding als zwerfvuil van op straat geplaatste afvalstoffen en de mogelijkheid van het aantrekken van ongedierte.

---

<sup>158</sup> ABRvS 9 januari 2001, *AB* 2001, 207 m.nt. F.R. Vermeer; ABRvS 14 november 2001, *JB* 2002, 3; ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2003, 78 m.nt. F.R. Vermeer; ABRvS 18 maart 2009, *AB* 2010, 63 m.nt. L.J.A. Damen; ABRvS 29 juli 2009, *AB* 2010, 64 m.nt. L.J.A. Damen; ABRvS 16 december 2009, *AB* 2010, 178 m.nt. L.J.A. Damen; CBB, 21 april 2011, *AB* 2011, 191 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BQ3305; ABRvS 27 april 2011, *AB* 2011, 177 m.nt. T.E.P.A. Lam, *LJN* BQ2667. Het middels superspoedbestuursdwang schoonmaken van een zwaar vervuilde woning bleek niet mogelijk aangezien de bepaling in de Bouwverordening niet bedoeld was om vervuiler tegen zichzelf te beschermen: Rb. 's-Hertogenbosch 5 februari 2010, *LJN* BL4384.

<sup>159</sup> Bij de Vaate in *Gst.* 7340 (2010), nr. 80 en zie onder meer: ABRvS 10 november 2010, *Gst.* 2011, nr. 19 m.nt. L.J.J. Rogier, *LJN* BO3470; ABRvS 13 oktober 2010, *AB* 2010, 321 m.nt. A.B. Blomberg; ABRvS 4 augustus 2010, *JOM* 2010, 177; ABRvS 28 juli 2010, *AB* 2010, 301 m.nt. L.J.A. Damen, *LJN* BN2637; ABRvS 30 juni 2010, *LJN* BM9677; ABRvS 17 februari 2010, *JG* 2010/0019 m.nt. LDR. Zie ook: §4.5.1 .



De precieze werkwijze hierbij is dat het bestuur in het afval zoekt naar (post)stukken die naar een overtreder wijzen. Naar vaste jurisprudentie mag in de regel worden aangenomen dat de persoon tot wie het huisvuil herleid wordt, ook overtreder is. Hierbij is de mogelijkheid van het leveren van tegenbewijs wel van belang. In deze huisvuilproblematiek geldt met het oog op kostenverhaal dat de dader diegene moet zijn die daadwerkelijk de overtreding beging. Tegen deze achtergrond acht de rechter het gemeentelijke beleid toelaatbaar. In bepaalde gevallen kan sprake zijn van een functioneel dader.<sup>160</sup>

Vuilniszakkenproblematiek – De Afdeling gaat allerminst losjes om met zowel de wettelijke vereisten die blijven gelden voor spoedbestuursdwang, als haar eigen nader geformuleerde regels.

Zo moeten de Afvalstoffenverordeningen van gemeenten bewoordingen bevatten waaruit blijkt dat het leveren van tegenbewijs mogelijk is. Het is vervolgens niet toegestaan dat als een persoon niet langer op het gevonden adres woont, men de inwoner aanmerkt als overtreder die volgens de gemeentelijke basisadministratie het langst op dat adres ingeschreven staat. Bij het besluit dat het bestuur achteraf opstelt, dient men bovendien zorg te dragen voor een deugdelijke motivering. Zorgvuldig moet men aangeven welk soort afval in de zak is gevonden, de omstandigheden waaronder het afval is aangetroffen en de aanwijzingen die men heeft om aan te nemen dat de genoemde persoon overtreder is.<sup>161</sup>

Het overtrederschap kan ook met succes worden betwist.<sup>162</sup> Omdat het in eerste instantie om de daadwerkelijke dader moet gaan, kan iemand simpelweg aantonen dat hij op dat moment niet in Nederland aanwezig was of dat het op de bewuste dag in werkelijkheid zijn moeder was die het huisvuil buiten zette. Soms kan echter het gedrag van logés aan de officiële bewoner worden toegerekend. Mocht er op een locatie sprake zijn van automatische camerabewaking, dan doet het bestuur er verstandig aan om de video-opnamen van het desbetreffende tijdstip van de overtreding te controleren.<sup>163</sup>

In sommige gevallen is zeker sprake van het overtrederschap, maar kan het gezien bijzondere omstandigheden onredelijk zijn om de verwijderingskosten te verhalen. Voorbeelden hiervan zijn: een gehandicapt per-

<sup>160</sup> ABRvS 8 april 2009, *AB* 2009, 291 m.nt. Michiels, *JG* 2009/0042 m.nt. LDR en zie de volgende noten.

<sup>161</sup> ABRvS 1 juni 2005 *JM* 2005, 79; ABRvS 1 juni 2005, *AB* 2005, 247 m.nt. FM, *JOM* 2006, 1280; ABRvS 1 juni 2005, *LJN* AT6561, *JB* 2005, 211 m.nt. F.A.M.S.; ABRvS 1 september 2004, *LJN* AQ8718; ABRvS 1 juni 2005, *LJN* AT6556; ABRvS 1 september 2004, *LJN* AQ8716.

<sup>162</sup> Zie naast hierbij genoemde voorbeelden van succesvolle verweren ook: ABRvS 12 juli 2006, *LJN* AY3698; ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006, 264 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* AW7362; ABRvS 29 maart 2006, *LJN* AV7520; ABRvS 16 november 2005, *AB* 2005, 438 m.nt. FM, *LJN* AU6240.

<sup>163</sup> ABRvS 14 februari 2007, *LJN* AZ8442; ABRvS 1 juni 2005 *JM* 2005, 79; ABRvS 18 januari 2006, *AB* 2006, 265 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* AU9834; ABRvS 15 maart 2006, *LJN* AV5081; ABRvS 8 december 2010, *JB* 2011, 28.

soon die slecht kan tillen en haar afval in de container probeert te plaatsen tijdens een storing op zaterdag of een overtreedster met op dat moment een zeer ernstig ziek klein kind dat kort na de overtreding overleed.<sup>164</sup>

In mijn ogen kunnen vraagtekens geplaatst worden bij het gemeentelijke afvalbeleid waarbij het bestuur het middel van spoedbestuursdwang gebruikt om vervuiling op straat tegen te gaan. Ofschoon het beperken van straatvervuiling en de kans op ongedierte behartigenswaardige belangen zijn, meen ik dat het spoedeisende belang bij deze vuilniszakkenproblematiek aanzienlijk minder dringend is dan bij de twee hoofdcategorieën waarbij een daadwerkelijk gevaar voor mens en milieu dreigt. In de eerste categorie gaat het om risico's die bepaalde (combinaties van) gevaarlijke stoffen met zich meebrengen en in de tweede categorie gaat het grof gesteld om overige situaties van gevaarstelling. Hierbij moet men voor ogen houden dat het de bedoeling is dat bestuurders niet lichtzinnig gebruik maken van spoedbestuursdwang en dat het bestuur in veel spoedeisende gevallen de reguliere bestuursdwangprocedure kan volgen met een aangepaste, verkorte begunstigingstermijn. Gezien alle moeite die gemeentebesturen doen om per keer zo'n € 60,- te verhalen, vraag ik mij af waarom het niet mogelijk is om zodra de overtreder bekend is, een briefje in de brievenbus van het gevonden adres te deponeren met daarin een last en een verkorte begunstigingstermijn. Op deze manier blijft het herstelkarakter van de sanctie in stand.

Gelijk aan de vuilniszakkenproblematiek kan men dezelfde vraagtekens plaatsen bij het beleid waarbij gemeentebesturen spoedbestuursdwang gebruiken om fietsen te verwijderen. Het gaat om fietsen die gebruikers in strijd met de APV buiten fietsenstallingen stallen op of rond het station en om fietswrakkenacties in bepaalde wijken.

Fietswrakkenacties – Naar aanleiding van klachten over fietswrakkenacties heeft de Nationale ombudsman een tweetal rapporten opgesteld. In beide zaken gaat om fietswrakken die de politie meeneemt en vrijwel direct vernietigt. In de eerste zaak (NO 24 april 1995, rapport 1995/068) betreft het een fietswrakkenactie in de wijk Lombok te Utrecht. Verzoekers voeren maar liefst drie getuigen op die verklaren dat hun voertuigen geen wrakken waren, maar volledig bruikbare fietsen die nog regelmatig door betrokkenen werden gebruikt. Volgens de Nationale ombudsman is niet gebleken van enige spoedeisendheid en had men de reguliere bestuursdwangprocedure moeten volgen. Omdat bij een fietswrakkenactie het vooraf schriftelijk waarschuwen van belanghebbende door middel van een persoonlijke mededeling niet haalbaar is, acht de ombudsman het op zichzelf gerechtvaardigd dat men koos voor publicatie in plaatselijk dagblad.

---

<sup>164</sup> ABRvS 1 november 2006, *LJN* AZ1257; ABRvS 5 juli 2006, *LJN* AY0354; ABRvS 15 maart 2006, *AB* 2006, 266 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* AV5077 en ABRvS 29 juni 2005, *AB* 2005, 248 m.nt. FM; ABRvS 11 april 2007, *LJN* BA2649; ABRvS 23 november 2005, *LJN* AU6672.

In de tweede zaak (NO 19 maart 2004, rapport 2004/091) gaat de ombudsman niet in op de aanwezigheid van een eventueel spoedeisend belang, omdat deze constateert dat de politie niet bevoegd was om de (blote) handelingen in kwestie uit te voeren: “Niet is gebleken dat aan de politie door het college van burgemeester en wethouders mandaat was verleend tot het nemen van besluiten tot toepassing van bestuursdwang ter handhaving van (...) de Afvalstoffenverordening 1998”.

Wat betreft de buiten de stationsstalling geplaatste fietsen kunnen de meningen verschillen. De Rechtbank Arnhem meent in haar uitspraak van 10 december 2002 dat het voorkomen van de aantrekkende werking van het fout parkeren van fietsen niet een spoedeisend belang oplevert. Verweerder voert hierbij tevergeefs aan dat de fiets weliswaar geen trottoir of voetgangersgebied blokkeert, maar dat wanneer de fiets zou omvallen deze op een autoparkeerplaats hinder of schade zou kunnen veroorzaken. De Afdeling oordeelt echter enkele jaren later dat ‘gelet op het intensieve gebruik dat door voetgangers van het Stationsplein wordt gemaakt, de daarop plaatsvindende bouwwerkzaamheden en de verwachting dat de plaatsing van de fiets het onjuist plaatsen van andere fietsen uitlokt – sprake was van de vereiste spoed’.<sup>165</sup>

In de zaak van de Nijmeegse fiets meent de Afdeling dat de superspoedregeling onrechtmatig is aangewend. Betrokkene had zijn fiets in een loze ruimte tussen fietsklemmen geplaatst, maar belemmerde daarmee niet de vrije doorgang in de stalling noch veroorzaakte hij daarmee een bijzonder gevaar. Dat anderen daarvan hinder kunnen ondervinden of dat het buiten de fietsklemmen stallen een aanzuigende werking op anderen kan hebben, maken de situatie niet zo spoedeisend dat toepassing van de superspoedregeling gerechtvaardigd is.<sup>166</sup>

## 3.6 Preventieve herstelsancties

### 3.6.1 Inleidende opmerkingen

De mogelijkheden voor het bestuur om te (re)ageren op een overtreding zijn afhankelijk van de fase waarin deze zich bevindt. Op reguliere wijze een last onder bestuursdwang opleggen is mogelijk als het bestuur een overtreding constateert die gaande is of als het de gevolgen daarvan wil ongedaan maken, weg-

<sup>165</sup> Rb. Arnhem 10 december 2002, *LJN AF2030*; ABRvS 9 februari 2005, *AB 2005*, 226 m.nt. R.S. Wertheim (Amsterdams fiets). Zie ook: ABRvS 24 oktober 2007, *AB 2008*, 74 m.nt. F.R. Vermeer (Amersfoortse fiets).

<sup>166</sup> ABRvS 12 mei 2010, *AB 2010*, 270 m.nt. L.J.A. Damen (Nijmeegse fiets). Zie ook: ABRvS 6 februari 2008, *AB 2008*, 173 m.nt. F.R. Vermeer (Groningse fiets).

nemen of beperken. In spoedgevallen handelt het bestuur evenzeer in de situatie waarin een illegale actie gaande is of de gevolgen daarvan zich continueren. Wat als strikt genomen geen sprake is van een verboden handeling of situatie, maar slechts aanwijzingen bestaan dat een overtreding op het punt staat aan te vangen? Deze vraag luidt het leerstuk van de preventieve bestuursdwang in.

In §1.2.2.4 van het vorige hoofdstuk zijn de eerste voorzichtige contouren van dit leerstuk geschetst. Hoewel de toepassing van preventieve handhaving in het Awb-tijdperk een vlucht neemt, blijft een substantiële analyse van dit leerstuk in de doctrine achterwege. Het zij opgemerkt dat ik in onderstaande bespreking nog het onderscheid maak tussen ontwikkelingen die plaatsvonden tijdens de elf jaren onder de derde tranche Awb (§3.6.2) en huidig recht (§3.6.3) en §3.6.4).

In dit deel van het onderzoek ga ik voor zover relevant óók in op de (preventieve) last onder dwangsom. Bestuursdwang en de dwangsom zijn in die zin aan elkaar gekoppeld dat de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom aanwezig is, als in een bijzondere wet aan een bestuursorgaan de bevoegdheid is toegekend tot het opleggen van een last onder bestuursdwang (zie artikel 5:32 lid 1 Awb). Ook de jurisprudentie waarnaar ik verwijs, ziet op beide rechtsfiguren.

### Terminologie

Ook voor het onderwerp preventieve handhaving is het onderscheid van belang tussen het optreden van het bestuur dat bestaat uit het nemen van een besluit (het bekendmaken van een schriftelijke beslissing) en optreden bestaand uit fysieke handelingen. Wanneer van overheidswege een besluit tot handhaving wordt genomen vóórdat sprake is van een overtreding spreekt men van *het preventief aanzeggen van een last onder bestuursdwang*. Met dit schrijven maakt het bestuur kenbaar dat de toekomstige overtreder de sanctie bestuursdwang kan verwachten zodra wel sprake is van een overtreding. In de subparagraaf die over preventieve handhaving handelt onder de derde tranche Awb, differentieer ik in de categorie ‘preventieve aanzegging’ naar omstandigheden waarin het bestuur preventief aanschrijft ter voorkoming van een eerste overtreding (de zuiver preventieve aanzegging) en ter voorkoming van herhaling van een overtreding (de onzuiver preventieve aanzegging).<sup>167</sup>

In uitzonderlijke gevallen heeft het bestuur ook de verregaande bevoegdheid om over te gaan tot *het preventief effectueren van bestuursdwang*. Het preventieve ingrijpen bestaat dan uit fysieke handelingen (fysieke daden).<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> Zie ook: Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 123-124.

<sup>168</sup> Het onderscheid tussen preventief aanzeggen en preventief handelen wordt expliciet genoemd door: Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 125; Verwey 1997, p. 120-121; Van Buuren en Michiels 1989, p. 10-11 en door de wetgever: *Kamerstukken II* 2003-

## 3.6.2 De derde tranche

### 3.6.2.1 Definitie bestuursdwang versus definitie dwangsom

Onder het regime van de oude gemeentewetten relateert men de preventieve mogelijkheden van politie- of bestuursdwang aan het woord ‘beletten’ in de oude bevoegdheidsomschrijving (zie §2.2.1.3). In de gemeentewet van 1931 is de term ‘beletten’ nog in de bevoegdheidsbepaling zelf te vinden (zie §2.2.2.5). Sinds 1992 valt het begrip onder de algemene definitie van bestuursdwang in artikel 5:21 Awb-Dt.<sup>169</sup>

Door inwerkingtreding van de derde tranche hevelt de wetgever zowel de bestuursdwangvoorschriften als de regeling voor de last onder dwangsom over van de Gemeentewet naar de Algemene wet bestuursrecht. In het tweede lid van artikel 5:32 Awb-Dt staat omschreven tot welke mogelijkheden het opleggen van *een last onder dwangsom* beperkt blijft: het ongedaan maken van de overtreiding of ‘het voorkomen van verdere overtreding dan wel een herhaling van de overtreiding’.<sup>170</sup>

De precieze verhouding van de omschrijving van de dwangsom tot de definitie van bestuursdwang krijgt in de parlementaire geschiedenis geen aandacht. Dit is vreemd aangezien ten tijde van de derde tranche de aanknopingspunten voor de mogelijkheden tot preventieve handhaving in beide begripsomschrijvingen verschillend zijn. In de definitie van *bestuursdwang* bevindt zich mogelijk een preventief aspect vervat in de term ‘beletten’. De definiëring bij de dwangsom daarentegen draagt overduidelijk een preventief component in zich te weten het ‘voorkomen van een herhaling van de overtreding’.<sup>171</sup>

---

2004, 29 702, nr. 3, p. 90 en 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 151 (of PG AWB III, p. 360-361). Impliciet komt dit onderscheid aan bod bij bespreking van de zaak *Houtopstand Berghem* in: Brederveld, Schroot en Wijma 1990, p. 321 en Snijders 1982, p. 24-25.

<sup>169</sup> Artikel 5:21 Awb-Dt: ‘Het door feitelijk handelen door of vanwege een bestuursorgaan optreden tegen hetgeen in strijd met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten’. Hiermee kiest de wetgever niet langer voor een opsomming van fysieke gedragingen waar het effectueren van bestuursdwang uit kan bestaan. Onder feitelijk handelen schaarnt men in elk geval: wegnemen, ontruimen, beletten, in de vorige toestand herstellen en het treffen van maatregelen om verdere nadelige gevolgen van de overtreding te voorkomen (*Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 149-150 of zie PG AWB III, p. 359-360).

<sup>170</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19403, nr. 3, p. 127-128; *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 160-162.

<sup>171</sup> Noot van Michiels bij Vz. ABRvS 9 januari 1996, *AB* 1996, 202; Verwey 1997, p. 85 en 124; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2005, p. 78 en 2011, p. 13; *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 160-161 of zie PG AWB III, p. 380-381. Zie verder noot 174.

De verwarring over de precieze betekenis van de term ‘beletten’ blijft na de aanvang van het Awb-tijdperk voortbestaan. In §2.2.2.5 heb ik uiteengezet dat de rechtspraak en de doctrine deze term destijds gebruikte in de navolgende betekenissen:

- a) het verhinderen van de voortzetting van (de gevolgen van) een overtreding;
- b) het voorkomen van een herhaling van een overtreding;
- c) het voorkomen van een eerste overtreding.

De termen ‘beletten’ en ‘voorkomen’ zijn niet als synoniemen te beschouwen. Het voorkomen van een verboden gedraging bevindt zich in een fase vóór het beletten hiervan. Bij beletten zit men dichterbij de actie dan bij voorkomen; de actie die verhinderd wordt, is of gestart of dreigt onmiddellijk te starten. De derde tranche-wetgever geeft ook blijk van deze opvatting: “Vooropgesteld moet worden dat ‘beletten’ primair ziet op gevallen waarin met een overtreding reeds een aanvang is gemaakt en het er dus om gaat continuering van het verboden handelen door bestuursdwang te voorkomen”.<sup>172</sup>

Gezien het verschil in formulering van bestuursdwang en de last onder dwangsom en het standpunt van de wetgever, dient de term ‘beletten’ mijns inziens slechts in de eerste betekenis geïnterpreteerd te worden: het verhinderen van de voortzetting van (de gevolgen) van een overtreding. Het gaat in deze situatie dus niet om preventieve handhaving, maar om een vorm van het op reguliere wijze aanzeggen en effectueren van bestuursdwang. Voor het ingrijpen op een moment dat er geen sprake is van een overtreding – dát is preventief handelen –, blijven de overige twee betekenissen over. Deze vallen strikt genomen niet onder de definitie van bestuursdwang die tot juli 2009 gelding heeft. Men acht preventieve bestuursdwang (aanzegging en effectuering) ten tijde van de derde tranche desondanks mogelijk door de term ‘beletten’ op te rekken. Anders dan bij de dwangsom, schaaft men onder preventieve bestuursdwang zowel het voorkomen van een eerste overtreding als het voorkomen van herhaling van de overtreding.

Oprekking ‘beletten’ – Snijders rechtvaardigt de extensieve uitleg van de term ‘beletten’ door te stellen dat tussen het beletten van de voortgang van een overtreding en het beletten van een toekomstige overtreding, geen principieel verschil bestaat. De aard en het doel van het overheidsoptreden zijn namelijk in beide gevallen identiek. Het verschil in situatie is slechts van relatief belang voor de beantwoording van de (prelabelle) vraag wanneer in concreto de dreiging of waarschijnlijkheid van een overtreding zo groot is, dat zij belet mag worden. Verwey ziet in verband met het legaliteitsbeginsel echter wel een principieel verschil. Voordat de grenzen van

---

<sup>172</sup> Brouwer 2006 (oratie), p. 12; *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 150 of zie PG AWB III, p. 360; ABRvS 19 juni 2002, *AB* 2002, 388 m.nt. FM, *JB* 2002, 206 m.nt. MP (uitvaren Sandrien).

het toelaatbare zijn overtreden, heeft de vermeende overtreder sanctionering te duchten. Dit terwijl niet is voldaan aan de voorwaarden van het opleggen van een reparatoire sanctie aangezien sprake is van overeenstemming met het recht.<sup>173</sup>

Tot aan de inwerkingtreding van de vierde tranche bestaat er dus een verschil in bereik tussen de preventieve last onder bestuursdwang en de preventieve last onder dwangsom. Zoals aangegeven ziet *preventieve bestuursdwang* op het voorkomen van een eerste overtreding én het voorkomen van recidive. Het voorkomen van herhaling beschouwt men bij de dwangsom niet als preventieve, maar als reguliere handhaving. De *preventieve dwangsom* ziet slechts op het voorkomen van een eerste overtreding (zie de tabel in de volgende paragraaf).

Dit standpunt is mede aannemelijk op basis van de literatuur tot aan 2009. Zo meldt Verwey in haar proefschrift dat de *reguliere last onder dwangsom* zich, anders dan de sanctie van bestuursdwang, naar haar aard al richt op gedragingen in de toekomst; reguliere bestuursdwang beperkt zich tot het feitelijke herstel van een onrechtmatige situatie. Ook Blomberg en Michiels gaan van dit standpunt uit. Volgens deze auteurs is bestuursdwang een reparatoire sanctie waarbij het optreden bestaat uit het ongedaan maken of het beletten van verdere overtreding. De reguliere last onder dwangsom is zowel gericht op reparatie als op preventie in de zin van het voorkomen van herhaling. Een geheel preventieve dwangsom legt het bestuur op in een situatie dat nog geen sprake is van een eerste overtreding. Tot slot merkt ook Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male het verschil tussen beide sancties op. Zij geven aan dat de last onder dwangsom een potentieel ruimer bereik heeft, omdat bij deze sanctie herhaling van de overtreding kan worden voorkomen. Bij bestuursdwang gaat het om fysieke maatregelen die een einde moeten maken aan een situatie waarbij iets 'in strijd met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten'(zie artikel 5:21 Awb-Dt).<sup>174</sup>

### 3.6.2.2 Preventieve aanzegging

Het bestuur kan onder de derde tranche in twee verschillende situaties een preventieve aanzegging tot bestuursdwang doen uitgaan, te weten in een zuivere of onzuivere handhavingssituatie. Indien men handelt ter voorkoming van 'een

<sup>173</sup> Snijders 1982, p. 21; Verwey 1997, p. 120.

<sup>174</sup> Verwey 1997, p. 124; noot Michiels bij Vz. ABRvS 9 januari 1996, AB 1996, 202; Blomberg en Michiels 1997, p. 61 en 76-77; Blomberg 2000, p. 90 en 99-100 (impliciet); Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 476 en 2011, p. 457. Anders: Van Buuren, Jurgens en Michiels 2005, p. 13 (maar zie tegelijkertijd p. 15 en 78) en Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 13 (en tegelijkertijd p. 59 en 123); Damen 2005, p. 658 in noot 4 en 2009 in noot 4, p. 656.

eerste overtreding' – of als een overtreding die als zodanig beschouwd moet worden – kan gesproken worden van een zuiver preventieve aanzegging. In een *onzuivere handhavingssituatie* verwacht het bestuur herhaling van een eerder geconstateerde overtreding. In een *zuivere handhavingssituatie* is de te verwachten overtreding nooit eerder gepleegd ('nieuw') of kan er door bepaalde omstandigheden niet gesproken worden van gevaar van recidive, bijvoorbeeld omdat er tussen de eerdere en de actuele overtreding te veel tijd is verstreken. In beide uitgangsposities speelt het klaarblijkelijkheidscriterium een belangrijke rol. De volgende tabel vat de handhavingsopties ten tijde van de derde tranche samen.

<b>Opties onder Awb-Dt</b> ----- <b>Moment</b>	<b>Bestuursdwang regulier</b>	<b>Bestuursdwang preventief</b>	<b>Dwangsom regulier</b>	<b>Dwangsom preventief</b>
Overtreding niet begonnen, maar klaarblijkelijk gevaar		Ter voorkoming van eerste overtreding (zuiver preventief)		Ter voorkoming van eerste overtreding (zuiver preventief)
Overtreding gaande of gevolgen van overtreding nog gaande	Ongedaan maken, beëindigen, verdere overtreding voorkomen		Ongedaan maken, verdere overtreding voorkomen	
Overtreding is beëindigd		<i>Ter voorkoming van herhaling (onzuiver preventief)</i> <sup>175</sup>	Ter voorkoming van herhaling (onzuiver preventief)	

Tabel 2: Handhavingsopties onder de derde tranche

### 3.6.2.3 Klaarblijkelijkheidscriterium

Het bestuur is tot het preventief aanzeggen van bestuursdwang bevoegd als het aanwezige 'gevaar' van een overtreding 'klaarblijkelijk' is. In de zaken *Houtopstand Berghem* en *Natuurgebied Swalmen* zijn beide voorwaarden geformuleerd.

<sup>175</sup> Met de vierde tranche vallen de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom onder de noemer 'herstelsanctie' (zie artikel 5:2 lid 1 onder b). De onderdelen van de definities van bestuursdwang en de dwangsom die onder de derde tranche afzonderlijk waren opgesteld, koppelt men in dat artikel aan elkaar. Zie verder §3.6.3.



Tegenwoordig noemt men beide in één adem en spreekt men van het klaarblijkelijkheidscriterium. Het klaarblijkelijkheidscriterium is in jurisprudentie verfijnd en komt in twee formuleringen voor. Tot 2006 dient sprake te zijn van ‘een klaarblijkelijk gevaar van een op zeer korte termijn te verwachten overtreding van een concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift’. Sinds de uitspraak *Houseparty Ghosthouse* van de Afdeling in 2006 is de volgende formulering gangbaar: ‘zodanig gevaar voor overtreding van een concreet voorschrift dat deze met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal plaatsvinden’. Hierbij dient de overtreding in de beschikking zo duidelijk te worden omschreven dat aan het rechtszekerheidsbeginsel wordt voldaan.<sup>176</sup>

Hoewel de latere omschrijving – met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid – strenger klinkt dan de eerste formulering – klaarblijkelijk gevaar van op zeer korte termijn te verwachten overtreding –, is mijns inziens sprake van hetzelfde inhoudelijke criterium. Het enige verschil zou kunnen zijn dat de huidige gangbare formulering meer ruimte biedt voor een langere tijdspanne waarbinnen de overtreding dient plaats te vinden.

Potentiële overtreders voldoen op twee wijzen aan het klaarblijkelijkheids-criterium: a) door zich voor te bereiden of klaar te maken voor het overtreden van een wettelijk voorschrift en/of b) door hun voornemen daartoe kenbaar te maken via een expliciete en concrete uitlating ofwel door het aannemen van een niet coöperatieve houding bijvoorbeeld door geen maatregelen te nemen om de overtreding te voorkomen.<sup>177</sup>

Een korte tijd gold bijkomend de voorwaarde dat sprake diende te zijn van dreigende, ernstige schade. Dit bijkomende criterium heeft de Afdeling echter

<sup>176</sup> Vz. ARRvS 11 maart 1980, *AB* 1980, 449 m.nt. v.d.V, *tB/S*, nr. 177, p. 949 m.nt. Ten Berge en Stroink (Houtopstand Berghem); ARRvS 1 februari 1985, *AB* 1985, 587 m.nt. PJJvB (Natuurgebied Swalmen). Voor voorbeelden van verfijning van het criterium zie: Pres. Rb. Maastricht 22 september 1994, *JB* 1994, 297 (criterium (begin van) concrete overtreding); ABRvS 4 september 1997, *JB* 1997, 251 m.nt. R.J.G.H.S.; Vz. ABRvS 1 februari 1999, *JM* 1999, 82, *AB* 1999, 302 m.nt. FM, *LJN* AA8396; Rb. Haarlem (vzr.) 6 september 2004, *LJN* AQ9848; ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 240 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* AU9388 (houseparty Ghosthouse); ABRvS 20 augustus 2008, *AB* 2008, 290 m.nt. F.C.M.A. Michiels. Zie verder: *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 151-152 of zie PG AWB III, p. 3690-361; *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 89-90, 92-93; Verwey 2000, p. 119-126; Vermeer in *Gst.* 7167 (2002), 1 (online via Kluwer Navigator); Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 123-125. Voor de vertaling van deze eisen naar huidig recht zie artikel 5:7 en 5:9 Awb en §3.4.2.

<sup>177</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 89. Voorbeelden van voorbereidingshandelingen: zie noot 181 en 182. Zie voor voorbeelden van uitlatingen: Rb. Alkmaar 12 januari 2004, *LJN* AO1598; Rb. Zutphen 25 augustus 2004, *LJN* AQ8910; Rb. Almelo (vzr.) 30 maart 2007, *LJN* BA2013; Vz. ABRvS 14 april 2008, *LJN* BD0231, nagestreefd gebruik: ABRvS 2 mei 2007, *JOM* 2007, 725, *LJN* BA4188 en een niet coöperatieve houding: Vz. ABRvS 1 november 1996, *AB* 1997, 173 m.nt. G.J. (vgl. ook Rb. Utrecht (vzr.) 13 juli 2005, *LJN* AT9336).

weer laten vallen in de zaken van de *Brunssumse woningontruimingen*. Preventieve handhaving was namelijk wenselijk en de bijkomende eis wierp een te hoge drempel op.<sup>178</sup>

Eis van ernstige schade – In de *Brunssumse woningontruimingen* verwacht het gemeentebestuur met het oog op een aantal huisuitzettingen dat de betrokken huisraden in strijd met de APV op straat terecht komen. Zowel de huurders als de woningbouwvereniging ontvangen een preventieve waarschuwing dat de inboedels op hun kosten verwijderd zullen worden, als zij daar zelf niet voor zorgen. De woningbouwcorporatie laat weten zich niet verantwoordelijk voor te voelen voor de verwachte overtreding en dus acht men het gevaar van de overtreding klaarblijkelijk. De rechtbank oordeelt dat niet voldaan wordt aan het criterium van dreigende, ernstige schade, ‘nu de bruikbaarheid van de weg, die het onderhavig APV-artikel beoogt te beschermen, door de wijze van uitzetting niet in aanzienlijke mate wordt aangetast, de gemiddelde frequentie van de uitzettingen niet hoog is en de kosten van verwijdering van de roerende zaken (...) relatief gering geacht moeten worden’. De Afdeling meent daarentegen dat de vraag of ernstige schade zal ontstaan voor het vaststellen van de bevoegdheid om preventief te handhaven op te treden niet van belang is.<sup>179</sup>

Het effect dat de eis van dreigende, ernstige schade kon hebben, is goed zichtbaar in de zaak Pres. Rb Utrecht 3 november 2000 (*LJN* AA8189). In deze voorlopige voorzieningenprocedure gelast het college van b en w vier personen die een zwerfend bestaan leiden, zich te verwijderen en zich in de toekomst verwijderd te houden van het parkeerterrein waar zij in strijd met de APV in hun caravans hebben geslapen. Volgens de rechtbank is het klaarblijkelijke gevaar van een op zeer korte termijn te verwachten overtreding van de APV aannemelijk, aangezien verzoekers zwerfende zijn, de afgelopen nacht aan de openbare weg in hun caravans sliepen en het waarschijnlijk is dat zij gedurende de komende nachten opnieuw in hun caravans zullen slapen. Niet aannemelijk is evenwel dat door deze dreigende overtreding ernstige schade zal ontstaan. Het verweer van het college dat het toestaan van de overtreding leidt tot het verworden van een vrijplaats voor andere zigeuners resp. woonwagenbewoners zonder vaste standplaats hetgeen inzet van politie en andere mankracht zal vergen, acht de rechtbank onvoldoende concreet en te speculatief om dreigende ernstige schade aan te nemen.

Verwey schrijft in haar proefschrift dat de aard van de mogelijke overtreding preventief optreden dient te rechtvaardigen. Ter illustratie noemt zij gevallen waarin sprake is van uiterst moeilijk herstelbare of onherstelbare gevolgen als verbouwingen, trillingen, ontgrondingen, lozingen, bepaalde vormen van bo-

<sup>178</sup> ABRvS 4 september 1997, *JB* 1997, 251 m.nt. R.J.G.H.S.; Vz. ABRvS 1 februari 1999, *JM* 1999, 82, *AB* 1999, 302 m.nt. FM, *LJN* AA8396 en zie volgende noot. Verder: Verwey 1997, p. 125-126; Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 124.

<sup>179</sup> Rb. Maastricht 29 juni 2000, *LJN* AA6748; ABRvS 7 november 2001, *LJN* AD5810, *AB* 2002, 177 m.nt. GJ en ABRvS 7 november 2001, *LJN* AE0082.

demverontreiniging, geluidshinder of tijdsgebonden overtredingen zoals illegaal georganiseerde evenementen.<sup>180</sup> In de praktijk zijn het inderdaad dit soort situaties waarin het bestuur naar preventieve middelen grijpt.<sup>181</sup>

In het geval van een evenement waarbij het bestuur een bepaalde overtreding verwacht (van geluidsnormen of het bestemmingsplan bijvoorbeeld) lijkt het relatief gemakkelijk om aan het klaarblijkelijkheidscriterium te kunnen voldoen; vaak is men geruime tijd van te voren bezig met de voorbereiding van een evenement al dan niet in combinatie met een concreet voornemen (denk met name aan flyers, posters en aankondigingen op internet).<sup>182</sup>

In de jurisprudentie valt verder op dat gemeentebesturen sinds 2000 regelmatig preventief handhaven als het feitencomplex bestaat uit de gedwongen huisuitzetting. Gemeenten accepteren niet langer dat zij bij ontruiming voor verwijderingskosten opdraaien van inboedels die in strijd met de APV op of aan de openbare weg worden gezet. Het langdurig plaatsen van een inboedel op de openbare weg (langer dan noodzakelijk is om voor de verwijdering zorg te dragen) kan niet worden gerekend tot het gebruik daarvan overeenkomstig zijn bestemming. In dit soort zaken schrijft men niet alleen de huurder preventief aan, maar ook de woningbouwcorporatie als opdrachtgeefster van de ontruiming. Het bestuur deelt in deze aanschrijving mede aan de overtreder dat zodra deze de huisraad niet binnen enkele uren na de ontruiming verwijdert, hij de APV overtreedt en de inboedel vervolgens op zijn kosten – in de praktijk op kosten van de woningbouwcorporatie – opgeruimd en verwijderd wordt. Een belangrijke factor die meespeelt bij het voldoen aan het klaarblijkelijkheidscriterium, is dat er een ontruimingsvonnis ligt en de betrokkene een weigerachtige houding vertoont.<sup>183</sup>

<sup>180</sup> Snijders 1982, p. 22 en Verwey 1997, p. 125.

<sup>181</sup> Zie bijvoorbeeld: ABRvS 29 april 1997, *JM* 1997, 8 m.nt. Schuiling (ernstige milieuschade); ABRvS 1 augustus 2000, 475, *AB* 2000, 475 m.nt. FM (aanleggen mestbassin); Rb. Maastricht (vzr.) 2 februari 2007, *LJN* AZ8042 (illegale bouw supermarkt); ABRvS 5 september 2007, *LJN* BB2946 (illegale lozing). De zwaarwegende gevolgen kunnen ook bestaan uit vertraging van bouwprojecten, zie: ABRvS 25 februari 2009, *LJN* BH3983 (verplaatsing woonschip); ABRvS 26 augustus 2009, *LJN* BJ6077 (verplaatsing woonschip). Zie ook volgende noot.

<sup>182</sup> Zie bijvoorbeeld: ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 240 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* AU9388 (houseparty Ghosthouse); Rb. Almelo (vzr.) 30 maart 2007, *LJN* BA2013 (geluidshinder door brassbands); ABRvS 2 mei 2007, *JOM* 2007, 725, *LJN* BA4188 (geluidsoverlast feestzaal); Vz. ABRvS 4 oktober 2007, *LJN* BB5230 (geluidsoverlast houseparty); Vz. RvS 14 april 2008, *LJN* BD0231 (geluidsoverlast live muziek); Rb. Assen (vzr.) 1 augustus 2008, *LJN* BE9041; Rb. Almelo 7 augustus 2009, *LJN* BJ5292.

<sup>183</sup> Rb. Maastricht 29 juni 2000, *LJN* AA6748, ABRvS 7 november 2001, *LJN* AD5810, *AB* 2002, 177 m.nt. GJ en ABRvS 7 november 2001, *LJN* AE0082; Rb. Zwolle 31 maart 2000, *LJN* AA8348; Rb. Zutphen 25 augustus 2004, *LJN* AQ8910; ABRvS 18 januari 2006, *LJN* AU9832; ABRvS 11 april 2007, *LJN* BA2669, *JB* 2007, 103 m.nt. C.L.G.F.H.A., *AB* 2007, 222 m.nt. F.R. Vermeer (woningontruiming Best) en in verband

Een weigerachtige houding in het verleden kan ook een doorslaggevende factor zijn. Zo acht de Afdeling in de zaak van de Overijsselse grindmaatschappij Nijhoff het gevaar voor overtreding klaarblijkelijk aangezien het bedrijf gedurende negen jaren structureel zijn milieuvergunning niet naleefde.<sup>184</sup>

### Onderbouwing klaarblijkelijk gevaar

Aan de onderbouwing van het klaarblijkelijkheidscriterium dienen mijns inziens strikte eisen te worden gesteld. Immers, nog voordat in strijd met de wet wordt gehandeld, wordt bedreigd met sanctionering. Michiels en Verwey merken in dit verband op dat men moet waken tegen het lukraak uiten van dreigementen; niet iedere kans op een normschending rechtvaardigt het gebruik van een sanctiebevoegdheid.<sup>185</sup> Uit de volgende uitspraken blijkt dat de Afdeling zich hier terdege van bewust is.

Een mooi voorbeeld is de uitspraak van de Afdeling op 15 september 2000: Het dagelijks bestuur van Amsterdam zegt appellant op grond van de Woningwet aan om aan zijn woning bepaalde voorzieningen te treffen die noodzakelijk zijn op grond van de bouwvoorschriften. Op basis van gemeentelijk beleid schrijft het bestuur appellant voor dat hij voorzieningen moet treffen aan het pand die een zodanige verbetering inhouden dat het gedurende 25 jaar geen groot onderhoud meer behoeft. Volgens de Afdeling kan het bestuur slechts in rechte (preventief) aanschrijven als zich feitelijk een defect voordoet, maar ook wanneer naar verwachting binnen een korte termijn een defect zal ontstaan. Deze toekomstgerichtheid kan niet zover strekken dat, zoals in het onderhavige geval, ‘op grond van een beleid om woningen voor een langere periode voor groot onderhoud te vrijwaren, wordt aangeschreven voorzieningen te treffen teneinde defecten die in de verder verwijderde toekomst *mogelijk* zullen ontstaan alvast te ondervangen [cursivering LDR].’<sup>186</sup>

Een ander voorbeeld is een zaak die gaat over een boer die sinds jaren in zijn landbouwschuur een wisselend aantal dieren houdt. Hij krijgt een preventieve last onder dwangsom opgelegd op basis van de verwachting dat hij meer dieren zal houden dan op grond van de Wet milieubeheer is toegestaan. De Afdeling meent dat niet aan het klaarblijkelijkheidscriterium is voldaan omdat de motivering van het bestuur ‘dat er door het kalven van de koeien een reële mogelijkheid bestaat dat het aantal dieren in de stal groter wordt’ te kort schiet ‘omdat – zo hiervan al sprake zal zijn – *wanneer dit zal gebeuren onzeker is* [cursivering LDR]’.<sup>187</sup>

---

met Best de afwijzing van het verzoek om schadevergoeding in Rb. 's-Hertogenbosch 6 mei 2010, *LJN* BM7611.

<sup>184</sup> ABRvS 25 mei 2011, *AB* 2011, 226 m.nt. A.B. Blomberg, *LJN* BQ5928.

<sup>185</sup> Noot Michiels bij Vz. ABRvS 9 januari 1996, *AB* 1996, 202; Verwey 1997, p. 120.

<sup>186</sup> ABRvS 15 september 2000, *LJN* AA7331.

<sup>187</sup> ABRvS 24 december 2002, *JOM* 2008, 500.

Overige voorbeelden van een ontbrekende of ontoereikende motivering in dit verband zijn: het afleiden van verontreiniging bij een bedrijf uit de enkele omstandigheid dat zich op auto's op het terrein van een derdebelanghebbende verfeehtjes bevinden, het idee dat campinggasten op een weiland andere sport- en spelactiviteiten zullen houden in strijd met het bestemmingsplan gezien de eerdere illegale voetbalactiviteiten en de aanschrijving gebaseerd op de verwachting dat een puinbreker in een inrichting zal worden gebruikt, omdat hij daar geparkeerd staat.<sup>188</sup>

### **Vooraankondiging**

Van een preventieve aanzegging dient onderscheiden te worden het versturen van een schriftelijke vooraankondiging of 'informatieve waarschuwing'. Deze mededeling houdt in dat er ernstig rekening gehouden moet worden dat mogelijk bestuursdwang zal worden toegepast, indien in de toekomst een bepaalde overtredding wordt begaan. Een dergelijke vooraankondiging kan niet als een preventieve aanschrijving worden beschouwd, aangezien er (nog) geen sprake is van klaarblijkelijk gevaar. De vooraankondiging heeft in het geheel niet te gelden als een Awb-besluit, omdat het bestuur nog niet (definitief) heeft besloten om bestuursdwang toe te passen.<sup>189</sup>

Een voorbeeld van een dergelijke informatieve mededeling geeft de uitspraak van de Afdeling op 19 juni 2002 waarin het college van b en w 's-Hertogenbosch een brief schrijft aan een café-eigenaar in verband met mogelijke exploitatie van de onderneming zonder drankvergunning. Volgens de Afdeling is geen sprake van een preventieve aanzegging, onder meer omdat de brief geen concreet wettelijk voorschrift bevat, niets vermeldt over het klaarblijkelijke gevaar noch over te verhalen kosten.<sup>190</sup>

### **3.6.3 De vierde tranche**

Na inwerkingtredding van de vierde tranche vallen de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom onder de genusdefinitie 'herstelsanctie' (zie artikel

<sup>188</sup> ABRvS 18 januari 2006, *LJN* AU9783; ABRvS 5 maart 2008, *LJN* BC5797; ABRvS 30 september 2009, *AB* 2009, 348 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* BJ8926. Zie ook Rb. Haarlem (vzr.) 6 september 2004, *LJN* AQ9848 (geluidsoverlast Schiphol); ABRvS 17 oktober 2007, *JOM* 2007, 835 (verbod uitvoer afvalstof); Rb. Middelburg 4 juni 2009, *LJN* BI6351 (gebruik schuur als paardenmelkerij). Vgl. ook: Vz. ABRvS 1 mei 2003, *MR* 2003, 28, zaaknr.: 200301495/1.

<sup>189</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 152; Van Buuren en Michiels 1989, p. 11-12 en Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 30. Zie ook: ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011, 307 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BT6683.

<sup>190</sup> ABRvS 19 juni 2002, *JB* 2002, 206, *LJN* AE4310.

5:2 lid 1 onder b). Hiermee koppelt de wetgever de onderdelen van de omschrijvingen van bestuursdwang en de dwangsom samen die onder de derde tranche afzonderlijk waren opgesteld, aan elkaar.<sup>191</sup> Preventieve handhaving onder het huidige recht ziet in deze context op:

- het voorkomen van een eerste te verwachten overtreding;
- het voorkomen van een overtreding die eerder is gepleegd, maar waarbij door bepaalde omstandigheden niet gesproken worden van recidive (bijvoorbeeld omdat tussen de eerdere en de actuele overtreding te veel tijd is verstreken).<sup>192</sup>

De volgende tabel maakt de handhavingsopties ten tijde van de vierde tranche zichtbaar.

<b>Opties onder Awb-Vt</b> ----- <b>Moment</b>	<b>Bestuursdwang regulier</b>	<b>Bestuursdwang preventief</b>	<b>Dwangsom regulier</b>	<b>Dwangsom preventief</b>
Overtreding niet begonnen, maar klaarblijkelijk gevaar		Ter voorkoming van eerste overtreding (zuiver preventief)		Ter voorkoming van eerste overtreding (zuiver preventief)
Overtreding gaande of gevolgen van overtreding nog gaande	Ongedaan maken, beëindigen, verdere overtreding voorkomen		Ongedaan maken, verdere overtreding voorkomen	
Overtreding is beëindigd	<i>Ter voorkoming van herhaling</i>		Ter voorkoming van herhaling	

Tabel 3: Handhavingsopties onder de vierde tranche

Sinds 1 juli 2009 bestaat voor dit type handhaving een afzonderlijke wettelijke basis in artikel 5:7 Awb; het klaarblijkelijkheidscriterium is daarmee gecodificeerd:

**Artikel 5:7 Awb**

Een herstelsanctie kan worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt.

<sup>191</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 150 of zie PG AWB III, p. 359; artikel 5:21 jo. 5:32 lid 2 Awb-Dt en artikel 5:2 lid 1 onder b jo. 5: 21 en 5:31d Awb.

<sup>192</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 83. Zie verder §3.6.2.1 en §3.6.2.2 .

De wetgever blijft op het standpunt staan dat het om een ingrijpende bevoegdheid gaat die slechts in bijzondere gevallen kan worden gebruikt. Het criterium van klaarblijkelijk gevaar houdt volgens de wetsgeschiedenis in dat met een grote mate van waarschijnlijkheid vast moet staan dat de overtreding plaats zal vinden. De eisen dat de overtreding afkomstig moet zijn van een ‘concreet bij of krachtens de wet gesteld voorschrift’ en dat deze zo duidelijk mogelijk in het besluit omschreven dient te worden, zijn afzonderlijk gecodificeerd in artikel 5:9 Awb. Onverkort geldt ook de eis dat de inzet van een bestuurlijke sanctie dient te berusten op een concrete en volledige afweging van alle betrokken belangen.<sup>193</sup>

#### **Artikel 5:9 Awb**

De beschikking tot oplegging van een bestuurlijke sanctie vermeldt:

- a. de overtreding alsmede het overtreden voorschrift;
- b. zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd.

Het is jammer dat de wetgever zowel in terminologie als criteria geen onderscheid maakt tussen de preventieve last en het preventief effectueren van de last (bestaande uit het feitelijk ten uitvoer leggen dus fysiek handelen). De laatst genoemde handeling is immers ingrijpender van aard dan het ontvangen van een schriftelijke preventieve waarschuwing. Het gevolg van deze keuze is dat het klaarblijkelijkheidscriterium met het nieuw gecodificeerde artikel 5:7 voor beide vormen van preventieve handhaving geldt, aangezien wordt gesproken van ‘opleggen van een herstelsanctie’.

De wetgever laat hierbij het criterium van ‘dreigende ernstige schade’ niet geheel los. Het bestuur kan en moet mogelijk ernstige gevolgen van de overtreding een rol laten spelen bij de belangenafweging inzake artikel 3:4 Awb. In dit opzicht meent Vermeer dat het tweede lid van artikel 3:4 Awb een beperking vormt voor de mogelijkheid van fysiek preventief ingrijpen bij geringe overtredingen.<sup>194</sup>

<sup>193</sup> *Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 89-90, 92-93.*

<sup>194</sup> *Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 89-90; Vermeer in Gst. 7167 (2002), 1 (online via Kluwer Navigator). De eis van ernstige schade heeft – in tegenstelling tot wat de wetgever op dit punt meldt – enige tijd gegolden voor het preventief aanzeggen van herstelsancties. Het is dus vreemd dat men deze eis alleen in verband brengt met de preventieve toepassing van bestuursdwang (waarmee men waarschijnlijk doelt op het preventief effectueren). De term ‘preventieve toepassing’ werkt overigens sowieso verwarring in de hand, omdat de wetgever onder de derde tranche het werkwoord ‘toepassen’ bezigde om zowel het aanschrijven als het effectueren van bestuursdwang te omschrijven. Zie artikel 5:22 en 5:25 Awb-Dt en *Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 105 en 106.**

### 3.6.4 Wanneer preventieve en wanneer reguliere last?

Om tot een juiste keuze te komen tussen het opleggen van een reguliere of preventieve last, dienen bestuursorganen volledig overzicht te hebben over het te handhaven feitencomplex. Wanneer precies sprake is van een ‘zuiver preventieve handhavingssituatie’ – ter voorkoming van een eerste overtreding of een verboden gedraging die als zodanig moet worden beschouwd – dan wel een situatie waarin het bestuur handelt ter voorkoming van recidive, is niet altijd even duidelijk. In dit kader heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in zijn uitspraak van 27 oktober 2009 een aantal algemene richtlijnen geformuleerd.<sup>195</sup>

Wil er sprake zijn van het voorkomen van herhaling, dan moeten de omstandigheden ten tijde van de eerdere overtreding op één lijn zijn te stellen met de actuele overtreding. Het moet gaan om overtreding van hetzelfde wettelijk voorschrift door dezelfde overtreder onder dezelfde omstandigheden als de eerder geconstateerde normschending. Voor het opleggen van een reguliere last is daarnaast het tijdsverloop van belang; dit mag niet zodanig groot zijn dat van een ‘nieuwe’ overtreding gesproken kan worden. Als de omstandigheden niet op één lijn zijn te stellen of als het tijdsverloop te groot is, dan blijft de preventieve last over. Het bestuur wendt de preventieve herstelsanctie dus niet alleen aan in de situatie dat een overtredingsverleden geheel ontbreekt en men ‘een eerste overtreding’ vreest.<sup>196</sup>

Voor zover er jurisprudentie over bestaat, wordt hieronder afzonderlijk aandacht besteed aan factoren die een onderscheidende rol spelen bij de keuze tussen het opleggen van een preventieve of een reguliere last.

#### Wettelijk voorschrift

Voor het aannemen van recidive is het van belang dat hetzelfde wettelijke voorschrift in geding is (dat kan ook een in een vergunning opgenomen verplichting zijn, zie artikel 5:1 lid 1 Awb). In sommige gevallen is niet duidelijk dat het om een andere normschending gaat. Denk aan een verbouwingssituatie waarin er voor bepaalde onderdelen of bepaalde fases van een verbouwing een aparte vergunning nodig is.<sup>197</sup> Als de eerdere en de te verwachten overtreding niet de-

---

<sup>195</sup> CBB 27 oktober 2009, *AB* 2009, 394 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* BK1424; Ruigrok in *Gst.* 7341 (2010), p. 434-442. Zie ook: Vermeer in *Gst.* 7167 (2002), p. 375-376. Het CBB is zich overigens niet altijd bewust geweest van het verschil tussen een preventieve en een reguliere last onder dwangsom, zie: CBB 17 januari 2008, *AB* 2008, 383 m.nt. Michiels en CBB 16 april 2009, *JB* 2009, 157 m.nt. Albers.

<sup>196</sup> Zie vorige noot.

<sup>197</sup> Zo heeft iemand voor het bouwen van een woonark afzonderlijke vergunningen nodig voor het plaatsen van de afmeerpalen en voor het vastleggen van de ark aan die palen, zie: Rb. Breda (vzr.) 24 september 2007, *LJN* BB5122.



zelfde zijn, maar slechts in elkaars verlengde liggen, kan het bestuur alleen kiezen voor een preventieve last.

Soms lijkt het om hetzelfde wettelijk voorschrift te gaan, maar is de wet is gewijzigd. Dit is bijvoorbeeld het geval in een uitspraak van de Afdeling uit 2009 in een situatie waarin de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer onder de oude bepalingen een reguliere last onder dwangsom oplegde. De Afdeling oordeelt echter dat de minister de nieuwe bepalingen niet mocht beschouwen als de voortzetting van de oude bepalingen die waren overtreden, omdat beide qua redactie, systematiek en eisen grote verschillen kennen. De minister was daarom niet bevoegd onder dwangsom de naleving van de nieuwe bepalingen te gelasten.<sup>198</sup>

Ook komt het voor dat exact hetzelfde verboden gedrag zich dreigt te herhalen, maar de in het geding zijnde wettelijk norm wijzigt na optreden van het bestuursorgaan: Een bedrijf handelt stelselmatig in strijd met voorschriften die zijn verbonden aan de milieuvergunning, bijvoorbeeld het systematisch overschrijden van de geluids- en geurvoorschriften in een inrichting waarin slachtafval wordt verwerkt. Na allerlei aanmaningen en lasten onder dwangsom is het bestuur het zat en trekt het daarom de milieuvergunning in. De verwachting is echter dat de overtreder na het intrekingsbesluit hetzelfde gedrag voortzet zodat het bestuur tevens een preventieve last oplegt. Door het intrekken van de vergunning, verandert de onderliggende overtreding echter terwijl het verboden gedrag hetzelfde blijft (het illegaal verwerken van slachtafval); de overtreding bestaat eerst uit het handelen in strijd met vergunningsvoorschriften, maar na de intrekking uit het handelen zonder vergunning zodat alleen een preventieve last mogelijk is.<sup>199</sup> Het voorbeeld toont goed aan dat de scheidslijn tussen een preventieve last en een reguliere last flinterdun kan zijn.

### **Overtreder**

Bij een wirwar van (rechts)personen kan het soms lastig zijn om vast te stellen wie zich waarschijnlijk aan hetzelfde verboden gedrag schuldig zal maken.<sup>200</sup> Het bestuur dient echter goed voor ogen te houden wie welke overtreding begeeft; het spreekt voor zich dat gevaar voor herhaling afwezig is, indien de over-

---

<sup>198</sup> ABRvS 14 oktober 2009, *JOM* 2009, 927. Vgl. ook ABRvS 18 november 2009, *JB* 2010, 7, *LJNBK*3610.

<sup>199</sup> ABRvS 25 januari 2006, *AB* 2006, 229 m.nt. F.C.M.A. Michiels en Vz. ABRvS 30 maart 2005, *AB* 2005, 176 m.nt. TN, *JOM* 2006, 1267; ABRvS 21 mei 1999, zaaknr. F03.99.0132, *JOM* 2006, 277, *M en R* 1999, 97 m.nt. Uylenburg; ABRvS 24 februari 1995, *AB* 1995, 527 m.nt. FM; ABRvS 14 maart 2000, *JOM* 2006, 362, nr. 199901120/1.

<sup>200</sup> Bijvoorbeeld in de situatie waarin verschillende rechtspersonen een kampeerterrein verkavelen met het doel om daarop chalets te plaatsen, en die de bouwgrond vervolgens door verkopen aan individuele eigenaren: Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 14 oktober 2004, *LJNBK* AR3886.

treder een ander persoon is dan diegene die de eerdere overtreding beging. Men kan in dat geval de (nieuwe) potentiële overtreder slechts aanschrijven in een zuiver preventieve handhavingssituatie.

### **Situatieve omstandigheden**

Voor recidive dienen de situatieve omstandigheden identiek te zijn, anders is dit reden om over te gaan tot een preventieve aanzegging. Het kan zijn dat de verboden gedraging opnieuw plaatsvindt, maar dan op de grond van iemand anders of op een plaats met een andere bestemming. In dit kader kunnen twee voorbeelden genoemd worden.

De eerste zaak gaat over het illegaal opslaan van een afvalstof (maaisel). Naar aanleiding hiervan legt het college van b en w een reguliere last onder dwangsom op. Het bestuur legt eveneens een preventieve last onder dwangsom op, omdat het gevaar bestaat dat de opslag van het maaisel naar een ander perceel wordt verplaatst. De Afdeling gaat hierin mee en oordeelt dat het college zich op het standpunt heeft mogen stellen dat overtreding van de Wet milieubeheer op *een ander perceel* binnen Veghel met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zou plaatsvinden. Een gewone last zou problematisch zijn omdat dezelfde overtreding op een ander perceel een andere overtreding oplevert.<sup>201</sup>

Het tweede voorbeeld betreft een bestuursdwangaanzegging ter voorkoming van herhaling van het kraken in strijd met de bouwregelgeving in Heerlen. De aangeschrevene had twee keer eerder gekraakt, maar onder andere omstandigheden; de panden tijdens de eerdere kraakacties waren bestemd voor bewoning, de actuele overtreding bestaat uit het kraken van een pand met de bestemming ‘onderwijsvoorziening’. Volgens de rechtbank kan niet uit het verleden worden afgeleid dat eiser wederom een pand zou kraken dat niet voor woondoeleinden zou zijn bestemd.<sup>202</sup>

### **Termijnen**

Om uit te maken of recidive speelt, is het tijdsverloop tussen de eerdere overtreding en de verwachte normschending een belangrijke factor. Hierbij moeten we een aantal kwesties van elkaar onderscheiden. Ten eerste de ‘oplegtermijn’: de tijd die mag verstrijken tussen de geconstateerde overtreding en het opleggen van een last ter voorkoming van herhaling. De volgende zaak is illustratief in dit kader. In een horeca-inrichting wordt bij geluidsmetingen in het kader van een

---

<sup>201</sup> ABRvS 20 augustus 2008, *AB* 2008, 290 m.nt. F.C.M.A. Michiels en Vz. ABRvS 18 april 2007, *JM* 2007, 79 m.nt. Welschen.

<sup>202</sup> Rb. Maastricht 6 oktober 2006, *LJN* AZ0037 en anders: Rb. Maastricht (vzr.) 8 september 2005, *LJN* AU2723. Let wel, in casu is sprake van het aanzeggen van bestuursdwang ter voorkoming van herhaling hetgeen men onder de derde tranche beschouwde als preventieve handhaving. De rechtbank spreekt daarom van klaarblijkelijk gevaar voor herhaling. Zie o.a. §3.6.2.2.

akoestisch onderzoek in 1997 een overschrijding van de geluidsnormen geconstateerd. Op basis hiervan legt het college van b en w van Gilze en Rijen bijna zeven jaar later (!) – in 2004 – een last onder dwangsom op. De Afdeling oordeelt dat nieuw onderzoek naar de geluidsemissie aangewezen was gezien de lengte van de periode tussen het uitvoeren van het onderzoek en het nemen van het besluit.<sup>203</sup>

Er zijn verder weinig uitspraken die (expliciet) ingaan op de lengte van de oplegtermijn. Op basis van rechtspraak van de Afdeling zou als vuistregel gehanteerd kunnen worden dat de duur hiervan niet meer dan één jaar mag bedragen.<sup>204</sup> De ernst van de overtreding vormt hierbij een belangrijke factor.

Een andere termijn is de lengte van de periode waarin nog kan worden gesproken van recidive: de recidivetermijn. Wanneer is nog sprake van een herhaalde en wanneer van een nieuwe overtreding, met andere woorden, wat mag de lengte van de ‘proeftijd’ zijn? Het dient voor de burger of een bedrijf in verband met de rechtszekerheid voorzienbaar te zijn tot hoelang er jegens hen een sanctie kan worden aangewend vanwege een eerder geconstateerde overtreding. Indien een last is opgelegd ter voorkoming van recidive, bijvoorbeeld naar aanleiding van het illegaal aanmeren van een woonschip, en de overtreder daadwerkelijk in herhaling valt, verbeurt hij immers direct een geldsom (of gaat men direct over tot het effectueren van bestuursdwang).

De doctrine en de jurisprudentie bieden weinig houvast als het gaat over de geldigheidsduur van de last. Het ligt daarom voor de hand om aansluiting te zoeken bij de bestaande praktijk. Bijvoorbeeld bij de bestuurlijke waarschuwing die bestuursorganen plegen te sturen na een geconstateerde overtreding voordat zij daadwerkelijk overgaan tot het opleggen van een sanctie. In de regel geldt hiervoor een termijn van één of twee jaar waarbinnen de herhaalde overtreding zich dient voor te doen na de gegeven waarschuwing. Daarna begint de overtreder – meestal de exploitant – weer met een schone lei.<sup>205</sup>

<sup>203</sup> ABRvS 18 augustus 2004, *LJN* AQ6986.

<sup>204</sup> Zie bijv.: ABRvS 25 oktober 2006, *JM* 2006, 124 m.nt. Zigenhorn; ABRvS 8 oktober 2003, *JM* 2004, 16; Rb. Alkmaar 25 september 2003, *LJN* AM3259; ABRvS 13 maart 2001, *JB* 2001, 95 m.nt. C.L.F.G.H.A.; ABRvS 29 april 1997, *JM* 1997, 8 m.nt. Schuiling en Vz. ABRvS 1 november 1996, *AB* 1997, 173 m.nt. G.J.

<sup>205</sup> ABRvS 15 september 2000, *LJN* AA7331. Zie bijvoorbeeld: infosheet ‘Handhaven lokaal drugsbeleid: het handhavingsarrangement’, CCV, 12 februari 2010, p. 4; Coffeeshopbeleid en harddrugs Gemeente Stadskanaal, 14 februari 2008; Beleid inzake bestuurlijke handhaving van artikel 13b Opiumwet Gemeente 's-Hertogenbosch, oktober 2008. Opvallend is de Gemeente Breda die in haar Coffeeshopbeleid van 2006 uitgaat van een geldigheidsduur van 5 jaar! Zie verder: Brouwer en Schilder in: Lurks e.a. 2002, p. 130; ABRvS 6 augustus 2003, *AB* 2004, 30 m.nt. F.R. Vermeer; ABRvS 31 januari 2007, *Gst.* 7218 (2007), nr. 119 en ABRvS 16 september 2009, *AB* 2010, 7 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BJ7784. Het beleid van de Voedsel en Waren Autoriteit gaat standaard uit van een termijn

De opleg- en recidivetermijn moet men overigens niet verwarren met de begunstigingstermijn die een bestuursorgaan oplegt bij een last die strekt tot ongedaan maken of het voorkomen van verdere overtreding (artikel 5:32a Awb). Als de last strekt tot het voorkomen van gedrag dat uit een nalaten bestaat – zowel ter voorkoming van recidive als de zuiver preventieve last –, bestaat er geen verplichting een dergelijk termijn te gunnen.<sup>206</sup>

Indien het tijdsverloop tussen de eerdere overtreding en de te verwachten overtreding te groot is, kan niet gesproken worden van recidive. Om dit te bepalen ligt het in de rede om aansluiting te zoeken bij de gebruikelijke termijn voor de waarschuwing. Hierbij zijn uiteraard de specifieke omstandigheden van het geval belangrijk, vooral de aard en de ernst van de overtreding; het is voorstelbaar dat een geringere overtreding een kortere recidivetermijn met zich meebrengt. Bovendien geldt hoe minder incidenten er tussen beide momenten zitten, hoe eerder de maximumtermijn zal wringen. Is het tijdsverloop te groot, dan dient het bestuur te handelen als ware de overtreding ‘nieuw’ en de potentiële overtreder preventief aan te schrijven.<sup>207</sup>

#### 3.6.4.1 Recidivecriterium

Als is bepaald dat het om een situatie gaat waarin een reguliere last mogelijk is, moet het bestuur het recidivecriterium hanteren in zijn argumentatie. Dit houdt in dat het bestuur verwijst naar de eerder geconstateerde overtreding, aangeeft waarom herhaling in casu aannemelijk is<sup>208</sup> en wat de recidivetermijn is (zie voor uitleg over de verschillende termijnen de tekst hierboven in de voorgaande paragraaf).<sup>209</sup> Anders dan bij een preventieve last hoeft geen sprake te zijn van

---

van twee jaar (zie bijvoorbeeld de Nota handhaving leeftijdsgrenzen alcohol van de Gemeente Amersfoort).

<sup>206</sup> Het moet om een situatie gaan waarbij de overtreder bepaald gedrag achterwege moet laten en hij geen nadere voorzieningen hoeft te treffen. Een begunstigingstermijn is dan niet noodzakelijk, omdat de persoon immers niets hoeft te doen! Het bestuur dient dit wel duidelijk in de last te beschrijven: Vz. ABRvS 6 september 1994, *AB* 1995, 316 m.nt. FM; ABRvS 24 oktober 2001, *AB* 2002, 147 m.nt. FM; ABRvS 12 januari 2005, *JB* 2005, 68 m.nt. C.L.G.F.H.A (vleesvarkenstallen Oostburg). Zie verder: Verweij 1997, p. 159-163 en 170-171; Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 52-55 en 63-65; Vermeer in *Gst.* 7167 (2002), p. 381.

<sup>207</sup> Noot F.R.Vermeer bij ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006, 392. Zie verder: Vermeer in *Gst.* 7167 (2002), p. 375-376; CBB 27 oktober 2009, *AB* 2009, 394 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* BK1424.

<sup>208</sup> De Afdeling hanteert blijkens een uitspraak van 21 december 2011 zelfs het criterium ‘gegronde vrees voor herhaling’ (de zaak Kidsstop: nr. 201103651/1/h2, *LJN* BU8881). Zie ook: ABRvS 23 juli 2008, *LJN* BD8340.

<sup>209</sup> Er wordt niet altijd geëxpliciteerd waarom herhaling al dan niet aannemelijk is, laat staan dat men aangeeft wat de lengte van de ‘proeftijd’ is. Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 maart 2010, *LJN* BL6256, met name r.o. 2.20.1; CBB 24 december 2009, *LJN* BL4487, r.o. 5.5 en *LJN* BL4481, r.o. 5.3 en toch ook ABRvS 23 juli 2008, *LJN* BD8340.

het gevaar dat de overtreding met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal plaatsvinden. De rechtspraak is zich niet altijd bewust van dit feit. Het CBB heeft in het verleden moeite gehad met het kiezen van het juiste criterium. In sommige gevallen blijkt bovendien dat niet duidelijk is dat optreden ter voorkoming van herhaling (of van verdere overtreding) strikt genomen niet onder preventieve handhaving valt.<sup>210</sup>

Bij het beoordelen van de waarschijnlijkheid van recidive speelt om te beginnen de continuïteit van de normschendingen een belangrijke rol. Het bestuur moet zich afvragen of de aard van het verboden gedrag (of nalaten) zich leent voor sporadische, frequente of stelselmatige overtreding. Als een persoon of bedrijf zich consequent schuldig maakt aan dezelfde overtreding, is sprake van stelselmatige schending. Denk aan het bij voortduring overschrijden van de geluids- en geurvoorschriften of het stelselmatig meer bedrijfsactiviteiten verrichten dan is toegestaan.<sup>211</sup> In dergelijke zaken heeft het bestuur vaak al eerder een (herstel)sanctie opgelegd. Een reguliere last ligt in deze situaties voor de hand. In de eerder aangehaalde uitspraak komt het CBB uiteindelijk tot het oordeel dat recidivegevaar in de aard van de overtreding besloten ligt, omdat die zich kenmerkt door het stelselmatig verrichten van taxivervoer.<sup>212</sup> Herhaling is waarschijnlijk omdat het eenvoudig is om zonder vergunning taxiritjes te maken; het kost immers weinig of geen moeite om deze overtreding te plegen.

Voorbeelden van situaties waarin de aard van een normschending stelselmatige overtreding minder waarschijnlijk maakt, zijn bepaalde milieuovertredingen zoals het illegaal in- of uitvoeren van industriële goederen. Men kan ook denken aan het houden van een zodanig aantal dieren dat niet langer sprake is van een

---

<sup>210</sup> CBB 17 april 2009, *AB* 2009, 227 m.nt. Michiels; CBB 16 april 2009, *JB* 2009, 157 m.nt. Albers; CBB 17 januari 2008, *AB* 2008, 383 m.nt. Michiels. Zie verder de volgende selectie uit de keur van zaken waarin men recidive wil voorkomen door middel van preventieve last, terwijl een reguliere last afdoende zou zijn geweest: ABRvS 21 april 2010, *JG* 2010/0038 m.nt. LDR; Rb. Assen (vzr.) 24 december 2008, *LJN* BG8454; Rb. Leeuwarden 22 september 2008, *LJN* BF2263; ABRvS 13 augustus 2008, *LJN* BD9927; ABRvS 25 juni 2008, *LJN* BD5389; Rb. Utrecht 11 december 2007, *LJN* BC2578; Rb. Groningen 19 oktober 2007, *LJN* BC3477; Rb. Haarlem (vzr.) 19 juli 2007, *LJN* BB0984; Vz. CBB 9 juli 2007, *LJN* BB0923. Zie ook noot 214 en volgende noot.

<sup>211</sup> ABRvS 25 januari 2006, *AB* 2006, 229 m.nt. F.C.M.A. Michiels en Vz. ABRvS 30 maart 2005, *AB* 2005, 176 m.nt. TN, *JOM* 2006, 1267; ABRvS 12 januari 2005, *JB* 2005, 68 m.nt. C.L.G.F.H.A., *Gst.* 7230 (2005), nr. 87, p. 312 m.nt. J.M.H.F. Teunissen (Brandcompartimentering varkensstallen Oostburg); ABRvS 21 mei 1999, zaaknr. F03.99.0132, *JOM* 2006, 277, *M en R* 1999, 97 m.nt. Uylenburg; Vz. ABRvS 1 november 1996, *AB* 1997, 173 m.nt. G.J. Onder de derde tranche beschouwde men bestuursdwang 'ter voorkoming van herhaling' als preventieve handhaving, zie o.a. §3.6.2.2.

<sup>212</sup> R.o. 5.6. van CBB 27 oktober 2009, *AB* 2009, 394 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* BK1424.

hobby, maar van bedrijfsmatige activiteiten in de zin van de Wet milieubeheer.<sup>213</sup>

Een tweede factor die mee kan spelen bij het beoordelen van de waarschijnlijkheid van recidive, is ‘de attitude van de persoon’ in kwestie. Zo is het denkbaar dat de overtreder bij het horen, op een serieuze en concrete wijze meldt dat hij van plan is om in herhaling te vervallen. Ook kan sprake zijn van een niet coöperatieve of zelfs weigerachtige houding (in het verleden); de overtreder heeft bijvoorbeeld niet voldaan aan een eerder opgelegde last of treft niet de benodigde maatregelen om nieuwe overtreding te voorkomen.<sup>214</sup>

Overige omstandigheden die het bestuur kan aandragen om aan het recidivecriterium te voldoen, zijn een ingesleten bedrijfsvoering, de (economische) noodzaak voor de overtreder om zich niet aan de regels te houden of het niet voldoen aan uitzonderingscriteria.<sup>215</sup>

### 3.7 Conclusie

In dit hoofdstuk is ingegaan op de ontwikkelingen van de bestuursdwangfiguur in het tijdperk van de Algemene wet bestuursrecht. Het is duidelijk dat de wetgever steeds meer de nadruk is gaan leggen op het (fictieve) beschikkingskarakter van bestuursdwang en niet langer op het feitelijk handelen dat in dit kader plaatsvindt (zie o.a. §3.2 en §3.3.1). Dit blijkt niet alleen uit de gewijzigde terminologie en de nieuwe algemene bepalingen voor sanctiebesluiten, maar ook uit de nieuw gecreëerde voorzieningen als de toepassingsbeschikking voor derden en de kostenbeschikking (zie §3.3.2).

Vervolgens zijn zowel het reguliere rechtsregime als de afwijkende regimes bij (super)spoed- en preventieve bestuursdwang aan bod gekomen. Bij reguliere bestuursdwang valt op dat de eisen die voor de aanzegging gelden, specifiek van aard zijn (zie de artikelen: 5:1, 5:4, 5:9, 5:24 en 5:25 lid 2 Awb). Verder is het invorderen van de geldschuld na het kostenverhaal onder het bereik van de

<sup>213</sup> Vz. ABRvS 13 november 2002, *M en R* 2003, 31; ABRvS 19 juni 2002, *AB* 2002, 388 m.nt. FM, *JB* 2002, 206 m.nt. MP (uitvaren Sandrien); ABRvS 24 december 2002, *JOM* 2008, 500.

<sup>214</sup> Vgl.: Rb. Leeuwarden (vzr.) 24 juli 2008, *LJN* BD8618; Rb. Utrecht (vzr.) 13 juli 2005, *LJN* AT9336; Rb. Maastricht 5 februari 2001, *JB* 2001, 84, m.nt. C.L.G.F.H.A., *LJN* AB0049; Vz. ABRvS 1 november 1996, *AB* 1997, 173 m.nt. G.J. Vreemd is dat het bestuur in deze zaken met een preventieve last recidive wil voorkomen; men had met een reguliere last kunnen volstaan. Zie ook noot 210.

<sup>215</sup> Zie bijvoorbeeld: CBB 7 april 2006, *LJN* AX3286; CBB 6 juni 2007, *LJN* BA8636 en ABRvS 16 januari 2001, *LJN* AB0119. In de laatste zaak gebruikt de Afdeling de combinatie ‘voldoende aannemelijk’ dat er ‘klaarblijkelijk gevaar’ bestond ten tijde van het bestreden besluit. Inhoudelijk zou mijns inziens niet aan het klaarblijkelijkheidscriterium voldaan worden, omdat blijkens de uitspraak noch sprake is van een voorbereidingshandeling noch een aankondiging.

bestuursrechter gebracht via de kostenbeschikking. De wetgever heeft deze procedure nu uitgebreid en nauwkeurig in de Awb geregeld (zie artikel 5:10 jo. afdeling 4.4.4 Awb). Hierdoor is ook de rechtelijke controle op de fysieke uitvoering van bestuursdwang bestuursrechtelijker van aard geworden.

Wat de regelingen van spoedbestuursdwang betreft, valt na bestudering van de gepubliceerde jurisprudentie op dat bestuursorganen daar beduidend meer gebruik van maken. Het gaat niet alleen om situaties waarin sprake is van acuut gevaar door de aanwezigheid van gevaarlijke stoffen die ernstige gevolgen voor mens en milieu met zich meebrengen, maar om een grote variëteit aan spoedsituaties. Zie §3.5.

Tot slot heb ik in dit hoofdstuk gepoogd tot een meer substantiële analyse te komen van het leerstuk van de preventieve bestuursdwang. De definities van de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang zijn met de vierde tranche samengevoegd; bij de uiteenzetting van het leerstuk heb ik daarom onder de titel 'preventieve herstelsanctie' eveneens de dwangsom betrokken. Men kan een preventieve last inzetten als sprake is van een eerste overtreding of een overtreding die als zodanig heeft te gelden bijvoorbeeld door het tijdsverloop. Voor deze categorie geldt het klaarblijkelijkheids criterium. Naar huidig recht kan het bestuur ter voorkoming van herhaling van de overtreding simpelweg een reguliere last inzetten (hierbij geldt het recidivecriterium). In §3.6.4 is ingegaan op het verschil in voorwaarden voor de toepassing en het niveau van bewijs dat verzameld dient te worden. In het geval van een reguliere last is er een 'verleden' en kan het bestuur zich baseren op een eerdere geconstateerde overtreding; men hoeft slechts aan te geven dat sprake is van een reële kans op recidive; het moet gaan om een overtreding van hetzelfde wettelijk voorschrift door dezelfde overtreder onder dezelfde situatie omstandigheden waarbij het tijdsverloop tussen de oude en de te verwachten overtreding niet te groot is.





# Hoofdstuk 4

## Kostenverhaal bij bestuursdwang

### 4.1 Inleiding

Voor niets gaat de zon op. Als het gaat om het naleven van regels, is te bezien wie er op dient te draaien voor de kosten die hiermee gemoeid zijn. De historie van de bestuursdwangfiguur laat zien dat de wetgever het in 1851 al rechtvaardig vindt om de kosten van het ongedaan maken van een onrechtmatige situatie – en de financiële gevolgen daarvan – te verhalen op de overtreder. In tegenstelling tot in het openbare-orderecht, geeft het overtreden van een wettelijk voorschrift in het ‘algemene bestuursrecht’ hiertoe blijkbaar voldoende aanleiding. Meent men eerst nog dat de mogelijkheid tot kostenverhaal uit de aard van de zaak volgt, later geldt de opvatting dat de uitdrukkelijke, wettelijke regeling de grondslag biedt om deze kosten niet ten laste van de gemeente te laten komen.<sup>216</sup>

Het onderwerp kostenverhaal bij bestuursdwang behandel ik in een afzonderlijk hoofdstuk omdat dit onderwerp in relatie tot (onmiddellijke) ordehandhaving apart de aandacht verdient (zie hoofdstuk 9). In het licht van de vergelijking van beide soorten handhaving valt op dat de bestuursdwangregeling een specifieke publiekrechtelijke, wettelijke grondslag kent. Daarbij bestaat er een tot in de puntjes geregelde rechtsbescherming voor de burger vanaf het moment dat het bestuur beslist tot feitelijk ingrijpen tot en met de daadwerkelijke invordering van de kosten.

De mogelijkheid tot kostenverhaal vormt een essentieel element van bestuursdwang. Zodra het bestuur gedwongen is de naleving van regels af te dwingen via fysiek ingrijpen, ontstaat er aanspraak op vergoeding van de kosten die daarmee gepaard gaan. Men zegt ook wel dat zich in dit element de ‘angel’ of ‘pijn’ van de sanctie bevindt. Een burger die zich niets van de last aantrekt, draait immers in de regel op voor de kosten van bijvoorbeeld het slopen van een illegaal bouwwerk of het verrichten van noodzakelijke herstelwerkzaamheden aan de woning.

---

<sup>216</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 27 november 1891, *W.* 6163; Snijders 1982, p. 27-28.

Bij de reguliere bestuursdwanguitoefening zal het bestuur in eerste instantie slechts dreigen met kostenverhaal (artikel 5:25 lid 2 Awb) en bevat de last een termijn zodat de overtreder de kans krijgt orde op zaken te stellen. De burger kan op deze manier op kostenefficiënte wijze zelf de omschreven herstelmaatregelen nemen. Pas als de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd, ontstaat de bevoegdheid voor het bestuur om het bestuursdwangbevel te effectueren, dat wil zeggen de last door fysiek handelen ten uitvoer te leggen. Het innen van de kosten hiervan vindt sinds de inwerkingtreding van de vierde tranche plaats via een aparte – bestuursrechtelijke – procedure.

De procedure bij kostenverhaal valt hiermee uiteen in drie fases. In de eerste fase beslist het bestuur in de last onder bestuursdwang (de aanzegging) of men overgaat tot een last onder bestuursdwang én in hoeverre men de kosten daarvan verhaalt. Het is mogelijk dat het bestuur vooraf een kostenraming maakt. Na het effectueren van de last vangt de tweede fase aan: de invorderingsfase. In een kostenbeschikking maakt het bestuur aan de overtreder kenbaar hoeveel hij daadwerkelijk dient te betalen en gaat men dit bedrag innen. De ontwikkelingen in de jurisprudentie tijdens dit onderzoek betreffen overwegend de regeling zoals die bestond vóór de inwerkingtreding van de vierde tranche. Als de overtreder niet aan zijn betalingsverplichting voldoet, vangt de laatste fase aan; er wordt een dwangbevel uitgevaardigd dat zonder tussenkomst van de rechter kan worden geëxecuteerd (dat wil zeggen dat beslaglegging op goederen plaatsvindt).

## 4.2 Wanneer gaat het bestuur over tot kostenverhaal?

De hoofdregel is dat als het bestuur daadwerkelijk heeft moeten ingrijpen, de kosten daarvan op de overtreder verhaald mogen worden. Een uitzondering is mogelijk als het onredelijk is om de kosten ten laste van de overtreder te laten komen (artikel 5:25 Awb); dit is echter niet snel het geval. In beginsel bestaat er een onverbreekelijke band tussen bestuursdwang en kostenverhaal. Dit blijkt in het bijzonder uit de kakkerlakken-uitspraken waarin nadere criteria zijn geformuleerd voor het aannemen van een uitzondering op de hoofdregel.

De kakkerlakkenjurisprudentie betreft eigenaren van woningen die een aanzegging bestuursdwang ontvangen in verband met een ongedierteplaag. De eigenaren menen dat niet zij, maar de gemeente de kosten dient te dragen van de ongediertebestrijding; de plaag is grootschalig, de bestrijding ervan dient het algemene belang van de volksgezondheid en er valt hen geen verwijt te maken. De Hoge Raad en de Afdeling zijn een verschillende mening toegedaan waarbij met name de overwegingen ten aanzien van de eerste twee elementen interessant zijn (grootschalige plaag en bestrijding in het algemeen belang).

In het arrest *Amsterdamse Kakkerlakken I* geeft de Hoge Raad aan dat de niet nader gespecificeerde verwijzing naar het algemene belang te vaag is; uit de gedingstukken blijkt niet dat het algemeen belang zozeer betrokken was bij de ongediertebestrijding gezien de aard en omvang van de besmetting en de daaraan verbonden gevaren, dat kostenverhaal onredelijk was. In de uitspraak *Amsterdamse Kakkerlakken II* geeft de Afdeling aan in welke gevallen wel van een plaag sprake kan zijn. Het dient in dat geval te gaan om woonwijken met een grote bebouwingsdichtheid waarbij het risico van een grootschalige verspreiding van het ongedierte een rechtstreekse bedreiging van het leefklimaat oplevert. In *Delftse Kakkerlakken I* overweegt de Afdeling dat in casu niet aannemelijk is dat de aanschrijving bestuursdwang is uitgegaan ‘met de bedoeling te voorkomen dat de verspreiding binnen de beide woongebouwen, mede door het ontstaan van nieuwe haarden, een onaanvaardbare omvang zou gaan aannemen’.<sup>217</sup>

Sinds deze jurisprudentie geven de volgende zinnen de vaste jurisprudentielijn weer:

“Voor het maken van een zodanig uitzondering bestaat geen aanleiding op grond van het enkele feit dat het euvel waarop de aanschrijving betrekking heeft, niet te wijten is aan de toestand van de woning of de wijze van bewoning. Daarnaast zal zich de situatie moeten voordoen dat bij de bestrijding van het euvel het algemeen belang in die mate is betrokken, dat moet worden geoordeeld dat de kosten in redelijkheid niet of niet geheel voor rekening van de aangeschrevene zouden behoren te komen.”

Het is duidelijk dat een uitzondering op de hoofdregel mogelijk is als sprake is van ‘niet-verwijtbaarheid ten aanzien van de overtreding’ in samenhang met ‘het algemene belang dat tot ingrijpen noopt’. Daarnaast dient het bestuur in zijn beslissing om al dan niet kostenverhaal af te zien de ‘hoogte van de kosten’ in aanmerking te nemen. Behalve deze factoren, kunnen tot slot ‘bijzondere omstandigheden’ aanleiding vormen voor het afwijken van het normale regime.<sup>218</sup>

In het algemeen blijkt uit jurisprudentie echter dat een uitzondering niet of nauwelijks wordt aangenomen.<sup>219</sup> Het bestuur gaat bijna altijd over tot verhaal van kosten. Dit blijkt niet alleen uit de kakkerlakkenjurisprudentie, maar ook uit

<sup>217</sup> HR 3 april 1981, *NJ* 1981, 504 m. nt. (Amsterdamse kakkerlakken I of Faraomieren I); ARRvS 23 augustus 1984, *AB* 1984, 17 m.nt. JHvdV (Delftse kakkerlakken); ARRvS 7 juni 1985, *AB* 1986, 48 m.nt. PvB (Amsterdamse kakkerlakken of Faraomieren II).

<sup>218</sup> ARRvS 22 juni 1989, *tB/S* 1989, nt. 96 m.a. FM en ARRvS 17 augustus 1989, *Gst.* 6890 (1989), nr. 6 m. nt. B.

<sup>219</sup> Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 183-184, 186-189; ABRvS 16 mei 2000, *AB* 2000, 334 m.nt. A.B. Blomberg (Container met chemisch afval); ABRvS 22 mei 2002, *AB* 2002, 368 (Asbestbrand Hoorn); ABRvS 4 februari 2004, *AB* 2004, 217 m.nt. ABB (Radioactieve buizen); Rb. Rotterdam 18 januari 2006, *NJF* 2006, 399. Vgl. ook: Rb. Utrecht 25 mei 2010 (vzr.), *AB* 2010, 174 m.nt. F.C.M.A. Michiels.

vaste jurisprudentie omtrent bouwvergunningen. In deze zaken betreft het eigenaren die op eigen risico beginnen met bouwen voordat hun vergunning rechtens onaantastbaar is geworden. Mocht in deze periode de onrechtmatigheid van de vergunningverlening vast komen te staan, dan wordt het illegale bouwwerk op last van het bestuur afgebroken en zal de overtreder opdraaien voor de sloopkosten.<sup>220</sup>

In slechts een enkel geval neemt de rechter een uitzondering aan op grond van bijzondere omstandigheden. Zo geldt als bijzondere omstandigheid om te beginnen het ontbreken van de mogelijkheid voor een rechtsopvolger om zelf maatregelen ter voorkoming van bestuursdwang te nemen. Dit blijkt uit een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven in een zaak waarin de nieuwe eigenaar van runderen en schapen zich bij Algemene Inspectiedienst meldt, en door deze dienst met terugwerkende kracht als overtreder werd aangemerkt. Het College meent dat de kosten in deze omstandigheden niet ten laste van de overtreder behoren te komen.<sup>221</sup>

Een tweede bijzondere omstandigheid kan zijn dat de aangeschrevene een bestuursorgaan is dat een overtreding begaat in de uitoefening van zijn publieke taak. Dit was het geval in de zaak *Verontreinigd bluswater Woudrichem* waarin een waterschap wordt aangeschreven door het college van b en w omdat verontreinigd bluswater het oppervlaktewater verder dreigt te vervuilen. Deze situatie ontstaat nadat de gemeentelijke brandweer een brand bluste. De Afdeling meent in casu dat het algemene belang in die mate erbij betrokken is dat kostenverhaal onredelijk zou zijn. Hierbij neemt zij in aanmerking dat het college van b en w op grond van de Brandweerwet 1985 belast is met de zorg voor het voorkomen, beperken en bestrijden van brand en dat getroffen en hierbij op hulpverlening moeten kunnen rekenen; het college kan zich niet terughoudend opstellen, omdat het met een mogelijke plicht tot vergoeding van de gevolgschade rekening dient te houden.<sup>222</sup>

Tot slot kan de uitspraak *Weggesleepte auto Utrecht* genoemd worden. Het betreft bestuursdwang door middel van het laten wegslepen van een fout geparkeerde auto door het college van b en w op grond van artikel 170 WVV. Het voertuig bevond zich op een plek waar het tijdelijk verboden was om stil te

---

<sup>220</sup> Zie bijvoorbeeld: ABRvS 9 december 1996, *AB* 1998, 70 m.nt. PvB; ABRvS 22 december 1998, *AB* 1999, 398 m.nt. dG; ABRvS 11 september 2002, *AB* 2003, 106 m.nt. dG. Zie ook: J.M.H.F. Teunissen, 'Bouwen op eigen risico', *Gst.* nr. 7056 (1997), p. 395-364 en ABRvS 17 maart 2010, *Gst.* 7339 (2010), jurisprnr. 71 m.nt. J.M.H.F. Teunissen, *LJN* BL7766.

<sup>221</sup> CBB 27 juni 2011, *AB* 2011, 269 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BR5410.

<sup>222</sup> ABRvS 31 juli 1995, *AB* 1997, 16 m.nt. GJ (*Verontreinigd bluswater Woudrichem*). Deze uitspraak is geheel conform het Vlissingse brandweerkosten-arrest: HR 11 december 1992, *AB* 1993, 301 m. nt. G.A. van der Veen.

staan. Appellant, de eigenaar van de auto, voert consequent aan dat hij redelijkerwijs niet kon weten dat hij op die dag op de bewuste plek niet mocht parkeren. De omstandigheden die hij naar voren brengt zijn overtuigend: de op het wegdek aangebrachte teksten waren aan het zicht onttrokken, de verkeersborden waren zo geplaatst dat hij deze niet kon zien en de witte kruisen op het wegdek waren pas door de gemeente aangebracht nadat de overtreding was gepleegd. Omdat het bestuur bij zijn beslissing om de kosten geheel op appellant te verhalen niet is ingegaan op deze omstandigheden, meent de Afdeling dat een voldoende en deugdelijke motivering ontbreekt. Daarbij gaat de Afdeling nog een stapje verder door op te merken dat het college van b en w eveneens moet beslissen over het vergoeden van de kosten die appellant maakte voor het taxivervoer, de kosten voor de tijd besteed aan het zoeken van alternatief vervoer en de kosten van het ophalen van het voertuig.<sup>223</sup>

### 4.3 Hoe worden kosten verhaald?

Met de nieuwe geldschuldenregeling in de Awb is de rol van het bestuursorgaan in de beginfase van het invorderen vastgelegd. De fase waarin het dwangbevel geëxecuteerd wordt, blijft gereguleerd door de voorschriften van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).<sup>224</sup>

De nieuwe bestuursrechtelijke geldschuldenregeling in titel 4.4. is van toepassing als een geldschuld rechtstreeks uit de wet voortvloeit of als deze voortvloeit uit een besluit dat vatbaar is voor bezwaar en beroep (artikel 4:85 lid 1 Awb). Voorbeelden van de eerste categorie zijn de betalingsverplichtingen bij: omzetbelasting die op aangifte dient te worden voldaan zonder een besluit van de belastingdienst, premies voor sociale verzekeringen of les- en cursusgelden. In de regel vloeit een bestuursrechtelijke geldschuld echter voort uit een besluit vatbaar voor beroep en bezwaar, de tweede categorie. Ten aanzien van deze categorie bepaalt artikel 4:86 lid 1 Awb expliciet dat de verplichting tot betaling, de geldschuld, niet eerder ontstaat dan nadat er een beschikking tot stand is gekomen.

Bij de last onder bestuursdwang ontstaat er een geldschuld nadat het bestuur in een kostenbeschikking de hoogte van de verschuldigde kosten heeft vastgesteld (artikel 5:25 lid 6). Uit artikel 5:31c Awb blijkt dat deze beschikking vat-

<sup>223</sup> ABRvS 21 september 2005, *AB* 2005, 393 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* AU2988, *JWR* 2005, 90, *AA* 2006, p. 52 m.nt. L.J.A. Damen (Wegesleepte auto Utrecht).

<sup>224</sup> Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 190-194; Kortmann in *NTb* 2011, afl. 3, p. 51-61; Scheltema 2005, o.a. p. 4-10 en 118-128.

baar is voor bezwaar en beroep.<sup>225</sup> Het is hierdoor niet langer de burgerlijke rechter die een oordeel geeft over de hoogte van de kosten maar de bestuursrechter. Daarmee laat de bestuursrechter zich tegenwoordig ook uit over de wijze waarop het feitelijk handelen heeft plaatsgevonden – waarmee hij een oordeel geeft over de redelijkheid en de proportionaliteit van de bestuursdwangtoepassing. Als hij constateert dat onrechtmatig bestuursdwang is toegepast, betekent dit automatisch dat de kosten daarvan onrechtmatig zijn verhaald.<sup>226</sup>

Geldschuld – De wetgever spreekt van een ‘bestuursrechtelijke’ geldschuld; betalingsverplichtingen die hun grondslag vinden in het privaatrecht vallen hier niet onder. Hierbij moet gedacht worden aan verbintenissen uit overeenkomst (schadevergoeding bij wanprestatie ex 6:74 BW), uit de wet zoals de schadevergoedingsverplichting bij een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of de verplichting een geldsom terug te storten in geval van een onverschuldigde betaling (artikel 6:103 BW). De regels in het BW zijn primair geschreven voor privaatrechtelijke verhoudingen. Niettemin heeft de wetgever geprobeerd nodeloze verschillen tussen het bestuursrecht en het burgerlijk recht te vermijden.<sup>227</sup>

De invorderingsprocedure vangt aan met een brief van het bestuur: de kostenbeschikking. In deze brief moet het bestuur in elk geval de te betalen geldsom en de betalingstermijn vermelden (artikel 4:86 lid 2 Awb). Als niets in het bijzonder hieromtrent is bepaald, moet betaling binnen een termijn van zes weken plaatsvinden (artikel 4:87 Awb). Indien de betalingsplichtige binnen de betalingstermijn niet aan zijn schuld voldoet, is deze in verzuim (artikel 4:97 Awb). Hierop volgt een aanmaning met opnieuw een termijn – van twee weken bij gebreke van een nadere bepaling – en daarnaast de mededeling dat als opnieuw niet tijdig wordt betaald, men voldoening van de schuld afdwingt door invordering (artikel 4:112 Awb). Pas als deze termijn is verlopen, is het bestuur bevoegd tot het uitvaardigen van een ‘dwangbevel’: een schriftelijk bevel dat ertoe strekt de betaling van een geldsom af te dwingen, aldus artikel 4:114 Awb.

De zojuist beschreven waarborgen bestaan omdat een dwangbevel een ‘executoriale titel oplevert’ (artikel 4:116 Awb). Deze executoriale titel geeft het recht om zonder tussenkomst van een rechter over te gaan tot de tenuitvoerlegging van het dwangbevel. Het executeren, de tenuitvoerlegging, houdt in dat de

<sup>225</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702 nr. 3, p. 20, 21, 110-111.

<sup>226</sup> Zie §3.4.3.2. Zie bijvoorbeeld: Rb. Arnhem (vzr.) 10 november 2008, *LJN* BG7045 en HR 8 april 2011, *LJN* BP3059, concl. A-G L.A.D. Keus, r.o. 2.8. Onder de oude regeling werd het in rekening brengen en het innen van de kosten werden niet beschouwd als een publiekrechtelijke rechtshandeling. De burgerlijke rechter oordeelde over de hoogte van de kosten als tegen het dwangbevel verzet was aangetekend (5:26 lid 3 en lid 4 Awb-oud).

<sup>227</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702 nr. 3, p. 20 en 14. Onder het begrip ‘bestuursrechtelijke geldschuld’ vallen evenmin geldschulden die voortvloeien uit het strafrecht (zie artikel 1:6 onder a en onder d Awb).

deurwaarder het dwangbevel betekent aan de schuldenaar – de overtreder die de last onder bestuursdwang niet uitvoerde – waarbij deze doorgaans ook het bevel geeft om de schuld binnen twee dagen te voldoen. Na deze allerlaatste termijn vindt aantasting plaats van de goederen van de schuldenaar doordat men er beslag op legt. Eventueel gaat de deurwaarder over tot verkoop van de in beslag genomen goederen om uit de opbrengst de schuld te voldoen.<sup>228</sup>

Voor geschillen die rijzen in verband met de executie van het dwangbevel, bijvoorbeeld bij gebreken in het dwangbevel, blijft de gang naar de civiele rechter open staan (artikel 4:123 lid 2 Awb jo. 438 Rv).<sup>229</sup>

Dwangbevel – De term ‘dwangbevel’ komt hoofdzakelijk voor in relatie tot het innen van de kosten van eenmaal toegepaste bestuursdwang en in het belastingrecht. Sinds 1845 bestaat er een wettelijke grondslag voor het invorderen van rijksbelastingen via een dwangbevel. Tegenwoordig is het mogelijk een belastingschuld op dergelijke wijze te innen op grond van de artt. 11-20 van de Invorderingswet 1990. Deze regeling is op bepaalde punten geharmoniseerd met de Awb, maar blijft op een aantal punten een *lex specialis*.<sup>230</sup> In zuiver privaatrechtelijke verhoudingen komt de term dwangbevel niet voor, omdat het in het civiele recht niet voorstelbaar is dat een schuldeiser zichzelf een executoriale titel verschafft opdat hij het vermogen van zijn schuldenaar uitwint. In zijn algemeenheid eist het civiele recht een *grosse* van een vonnis, een beschikking of een authentieke akte (artikel 430 Rv).<sup>231</sup>

#### 4.4 Welke kosten zijn verhaalbaar?

In de kostenbeschikking dient het bestuur te specificeren welke kosten men vergoed wil hebben. Het bestuursorgaan is bevoegd om *alle* kosten door te berekenen die zijn gemaakt na het verlopen van de begunstigingstermijn en de constatering dat de overtreder zelf geen of onvoldoende actie ondernam. Het gaat anders gezegd om elke kostenpost gemaakt ter effectuering van de last onder bestuursdwang. Er kan hierbij gedacht worden aan: het laten afbreken van bouwwerken, reinigingskosten, kosten van schade veroorzaakt bij het betreden van een plaats van een derde, kosten van vervoer en opslag van inbeslaggeno-

<sup>228</sup> Zie titels 1 t/m 4 van het tweede boek ‘Van de gerechtelijke tenuitvoerlegging van vonnissen, beschikkingen en authentieke akten’ Rv, in het bijzonder de artt.: 430, 434, 435, 439, 463, 502 en 514 Rv. Zie ook: *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702 nr. 3, m.n. p. 61-64.

<sup>229</sup> Du Perron in *NJB* 2000-24, 1178-1184. Zie ook: Vermeulen in *WFR* 2005 (nr. 6607), p. 39-47; Blomberg 2005, p. 845-855; Van der Meulen in *SEW* 2000-12, p. 439-444.

<sup>230</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702 nr. 7, p. 10-11 (nota naar aanleiding van het verslag).

<sup>231</sup> Vermeulen 2005, p. 45. Zie ook: Hugenholtz en Heemskerk 2006, p. 241-242. De term dwangbevel komt in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering alleen voor in art. 243

men goederen. Ook kosten gemaakt ter voorbereiding van het fysieke ingrijpen kunnen tot op zekere hoogte worden verhaald. Zie in dit verband de artikelen: 5:25 lid 1, lid 3 en lid 5, 5:27 lid 3 jo. lid 6 en 5:29 lid 4 en lid 5 Awb.

Bij voorbereidingskosten gaat het om uitgaven ontstaan na het verlopen van de begunstigingstermijn die gemaakt zijn door ambtenaren belast met de voorbereiding van het uitvoeren van de last. Soms voegt men dergelijke kosten samen met kosten die gepaard gaan met het begeleiden van het fysieke ingrijpen onder de noemer ‘beheerskosten’ – denk aan kosten gemaakt door ambtenaren door van te voren met de aannemer te overleggen en achteraf zijn werkzaamheden te controleren. Een standaardpercentage van 15% aan beheerskosten acht de rechter redelijk. Niet verhaalbaar zijn kosten gemaakt bij het voorbereiden en het nemen van het bestuursdwangbesluit (zoals salaris van ambtenaren of de kosten voor het inroepen van juridische bijstand bij het opstellen en verzenden van het besluit tot toepassing van bestuursdwang).<sup>232</sup>

Er zijn overigens uitzonderlijke gevallen waarin de te verhalen kosten alleen voorbereidingskosten betreffen (zie artikel 5:25 lid 4 Awb). Hiervan is sprake in het geval een overtreder na het verstrijken van de begunstigingstermijn alsnog aan de last voldoet. Gedacht kan worden aan de situatie dat een aannemer is ingehuurd, deze met een sloopmachine het terrein op rijdt en dan constateert dat het illegale bouwwerk al is afgebroken. Door vervolgens een nota te sturen voor de kosten ter voorbereiding van het ingrijpen, bestrijdt men de overtreders die om te treiteren bewust tot het allerlaatste moment wachten om alsnog zelf herstelmaatregelen te treffen. Deze mogelijkheid werd geïntroduceerd met de bestuursdwangregeling in de Gemeentewet van 1992 en het artikel met deze mogelijkheid werd destijds aangeduid als het ‘etterbak-artikel’.<sup>233</sup>

Naast kosten ter effectuering van de last en ter voorbereiding daarvan, kan het bestuur ook de invorderingskosten verhalen. Het gaat dan om diegene tegen wie het dwangbevel is uitgevaardigd (zie artikel 4:120 lid 1 jo. 4:119 Awb). Sinds de inwerkingtreding van de vierde tranche kunnen burgers ook voor geschillen over invorderingskosten bij de bestuursrechter terecht.<sup>234</sup>

---

lid 3 (de gerechtsgriffier kan een dwangbevel uitvaardigen als de proceskosten in geval van bijstand door een toegevoegde raadsman niet betaald worden).

<sup>232</sup> Rb. Rotterdam 27 januari 2010, *LJN* BL7403, r.o. 7.21; Rb. Rotterdam 16 maart 2010, *LJN* BQ0402; ABRvS 11 januari 2012, *AB* 2012, 86 m.nt. F.R. Vermeer. Zie ook volgende noot en Rb. Zutphen 20 september 2006, *NJF* 2006, 634, *LJN* AY8853.

<sup>233</sup> Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 185-186; Blomberg in *BR* 2005, p. 852. Ter illustratie van het anti-etterbakeffect zie: Rb. Rotterdam 9 augustus 2006, *LJN* AY6360. Verder is in een uitspraak van het Hof Leeuwarden op 2 maart 2005 (*LJN* AS9709) bepaald dat over de kosten van voorbereiding en uitvoering van bestuursdwang geen BTW geheven kan worden.

<sup>234</sup> Zie ten aanzien van voorbereidings- en invorderingskosten in de situatie van voor vierde tranche: Rb. Zutphen 20 september 2006, *NJF* 2006, 634, *LJN* AY8853.



Bij het aanzeggen van bestuursdwang is het niet verplicht om een kostenraming te geven. Uit een uitspraak van de Afdeling op 18 februari 2004 blijkt echter dat zodra een bestuursorgaan wel een schatting maakt van de kosten, dit zorgvuldig dient te gebeuren – zelfs in geval van spoed. In de betreffende uitspraak bestaat de last onder bestuursdwang uit het verrichten van noodzakelijke herstelwerkzaamheden aan een woning aangezien deze in zeer slechte staat verkeert. De vraag is in deze zaak of de kosten verbonden aan de uitvoering van de aanschrijving in redelijke verhouding staan tot de te verwachten opbrengsten. Volgens de Afdeling is het bestuur bij deze lonendheidsberekening onterecht uitgegaan van een verwachte levensduur van 15 jaar gelet op de plannen voor sloop- en nieuwbouw van het complex waartoe de woning behoort. Gezien de ernst van de gebreken had het dagelijks bestuur tijdiger en grondiger onderzoek moeten doen naar de ingrijpendheid van de aan te brengen voorzieningen en de daaraan verbonden kosten. Dit geldt te meer nu de kosten aanzienlijk hoger uitvallen dan beraamd en de gemeente het pand mogelijkerwijs liet slopen.<sup>235</sup>

Als het bestuur een kostenraming door een derde laat opmaken, is het niet verplicht om meer dan één offerte op te vragen. Vermoedelijk is in het merendeel van de gevallen de redenering dat de overtreder zelf op een kostenefficiënte wijze voor herstel van een rechtmatige situatie had kunnen zorgen; door het aan te laten komen op bestuursdwangtoepassing, heeft de overtreder het risico genomen dat de kosten van de herstelmaatregelen hoger uitvallen dan gewenst.<sup>236</sup>

Tot slot spelen de kosten van het effectueren van de last bij de uitoefening van het retentierecht een rol. Het recht van retentie is een accessoire bevoegdheid voor het bestuur dat inhoudt dat het bestuur goederen kan achterhouden totdat de overtreder aan de kosten van het fysieke ingrijpen voldoet (artikel 5:29 lid 4). Het gaat in elk geval om de transportkosten en de kosten van het opslaan van de goederen.

Hoewel er voor het bestuur een zorgplicht geldt ten aanzien van de geconfisqueerde zaken, kan er altijd iets mis gaan.<sup>237</sup> Uit een arrest van de Hoge Raad op 11 oktober 1996 blijkt hoe groot het risico is dat de overtreder loopt als hij het op bestuursdwangtoepassing laat aankomen: na een spoedontruiming brengt de Gemeente Amsterdam de in beslag genomen huisraad over naar de gemeentelijke opslagplaats. Wanneer de eigenaar zijn spullen wil ophalen, kan hij de

<sup>235</sup> ABRvS 18 februari 2004, *LJN* AO3948 (Herstelwerkzaamheden Rotterdam I). Zie ook ABRvS 11 januari 2012, *AB* 2012, 86 m.nt. F.R. Vermeer.

<sup>236</sup> Rb. Rotterdam 18 januari 2006, *NJF* 2006, 219; Rb. Rotterdam 1 juli 2009, *LJN* BJ3267, r.o. 5.18. Zie ook: Rb. 's-Gravenhage 6 september 2007, *LJN* BB4510, r.o. 5.2-5.5.

<sup>237</sup> De inboedel moet enige tijd bewaard worden en de goederen dienen tijdens opslag beschermd zijn tegen weersinvloeden, ongedierte en andere vormen van beschadiging: Hof

transportkosten niet voldoen met als gevolg dat hem afgifte van de goederen wordt geweigerd. Vervolgens brandt de loods met alle opgeslagen inboedels af. Het bestuur blijkt de goederen te hebben onderverzekerd en eiser krijgt slechts 10% van zijn totale schade vergoed.<sup>238</sup>

## 4.5 Op wie worden kosten verhaald?

Om de kosten daadwerkelijk te kunnen innen – niet om bestuursdwang toe te passen – is bekendheid met de overtreder nodig. Sinds de vierde tranche bepaalt artikel 5:1 Awb dat ‘degene die de overtreding pleegt of medepleegt’ overtreder is en dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke of rechtspersonen. Per geval dient het bestuur zich af te vragen van wie de verboden gedraging afkomstig is en of deze persoon degene is tot wie de geschonden norm zich richt – wie normadressant is. Dit betekent dat de betrokken wettelijke bepaling uitgelegd moet worden.<sup>239</sup>

Als overtreder wordt doorgaans degene aangemerkt die zelf het verboden gedrag vertoonde. Soms wordt niet de feitelijk handelende, maar de ‘functionele dader’ als overtreder beschouwd. In bepaalde gevallen zijn meerdere personen feitelijk betrokken bij onrechtmatige handelingen – er is dan sprake van ‘medeplegen’.

### 4.5.1 Feitelijke overtreder

De feitelijke overtreder is het rechtssubject dat zich daadwerkelijk gedraagt in strijd met een wettelijke norm (adressant van de geschonden norm). In het merendeel van de gevallen richt de toepasselijke bepaling zich op degene die zelf fysiek handelt.<sup>240</sup>

Zo is in veel plaatselijke afvalstoffenverordeningen te vinden dat het voor ‘de gebruiker van een perceel’ verboden is om bepaalde afvalstoffen ‘anders aan te bieden dan via het daartoe aangewezen inzamelmiddel’. In de huisvuilpro-

---

’s-Hertogenbosch 8 mei 2000, *NJ* 2001, 129; Rb. Zwolle 3 juli 2002, *PRG* 2003, 6044 (Bedorven inboedel Almere).

<sup>238</sup> HR 11 oktober 1996, *AB* 1997, 123 m.nt. ThGD (Onderverzekerde inboedel Amsterdam). Het hof meent dat het te ver voert om in dit soort gevallen van de gemeente te mogen verwachten dat zij de inboedels tegen hoge premies verzekert of de schade uit eigen middelen vergoedt. De Hoge Raad gaat helaas niet in op de kwestie. Annotator Drupsteen is het er niet mee eens dat bestuursorganen als retentors de goederen slechts symbolisch mogen verzekeren tegen verlies en diefstal, terwijl iedere particulier regelmatig gewezen wordt op de risico’s van onderverzekering. Zie ook Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 181.

<sup>239</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 78; Bröring 2005, p. 119-120.

blematiek die bij het onderwerp spoedbestuursdwang in het vorige hoofdstuk (zie §3.5.1 ) aan de orde kwam, geldt naar vaste jurisprudentie dat in eerste instantie diegene als overtreder wordt aangemerkt die het huisvuil werkelijk onjuist aanbood. Dit kan iemand anders zijn dan de persoon tot wie het huisvuil herleid wordt. Het is in dat geval mogelijk om het overtrederchap met succes te betwisten.<sup>241</sup>

Soms gaat de wetgever bij voorbaat uit van een ruim overtrederbegrip door in een bepaling op te nemen dat ook degene die een ander fysiek ‘laat handelen’ normadressant is. Een goed voorbeeld van een dergelijke bepaling was oud-artikel 7.10 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro): het is verboden gronden en bouwwerken te gebruiken of te laten gebruiken in strijd met het bestemmingsplan.<sup>242</sup> Het college van b en w deed vaak een beroep op deze bepaling in de strijd tegen hennepcultuur. Op deze manier kon het bestuur zowel de teler aanspreken als de eigenaar en verhuurder van het pand waarin de hennep werd geteeld; beide waren de feitelijke overtreder.<sup>243</sup> De hennepculteler – de huurder – is namelijk veelal na ontmanteling van de kwekerij met de noorderzon vertrokken of niet kapitaalkrachtig genoeg om voldoende verhaal te bieden.<sup>244</sup>

Bij het aanmerken van de eigenaar tevens verhuurder als feitelijk overtreder, moet beoordeeld worden of hij wist of redelijkerwijs had kunnen weten dat er in zijn pand hennep werd geteeld. Voor een professionele verhuurder (eigenaar of beheerder) gelden strenge eisen. Uit het oogpunt van zorgvuldigheid moet een dergelijke verhuurder een administratie voeren waaruit klip en klaar blijkt wie huurder is en of er regelmatig wordt betaald. Ook wordt van professionele verhuurders verwacht dat zij met enige regelmaat hun panden controleren. Deze eis

---

<sup>240</sup> Zie Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 67 en 70-73 en volgende noten.

<sup>241</sup> Zie o.a. ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006, 264 m.nt. F.C.M.A. Michiels en ABRvS 1 juni 2005 *JM* 2005, 79; ABRvS 18 januari 2006, *AB* 2006, 265 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* AU9834; ABRvS 15 maart 2006, *LJN* AV5081; ABRvS 14 februari 2007, *LJN* AZ8442.

<sup>242</sup> Deze bepaling is vervangen door artikel 2.1 lid 1 sub c van de Wet algemene bepaling omgevingsrecht (Wabo). Dat onder ‘gebruiken’ ook valt het ‘laten gebruiken’ volgt uit de memorie van toelichting of specifiek uit het bestemmingsplan, zie *Kamerstukken II* 2006-2007, 30 844, nr. 3, p. 94.

<sup>243</sup> Bij de Vaate in *Gst.* 7340 (2010), nr. 80. Het is ook mogelijk dat de Woningwet in combinatie met het Bouwbesluit of het Gebruiksbesluit wordt overtreden als sprake is van een ondeugdelijke aansluiting op het elektriciteitsnet waarmee illegaal stroom wordt afgetapt (normadressant zijn opnieuw zowel de huurder van de woning als de eigenaar). In situaties waarin een andere wettelijke norm is betrokken, kan de term ‘laten gebruiken’ of iets dergelijks ontbreken - denk aan bestemmingsplannen die gefundeerd zijn op de oude WRO. In deze gevallen kan worden teruggevallen op het leerstuk van het functionele daderschap (zie §4.5.2). Zie ook noot 255.

<sup>244</sup> Michiels 2006 (oratie Universiteit van Tilburg), p. 34-36; Bij de Vaate in *Gst.* 7340 (2010), nr. 80. Zie de volgende noten en ook: HR 8 april 2011, *LJN* BP3059; Rb. Rotterdam 16 maart 2010, *LJN* BQ0402; ABRvS 28 juli 2010, *AB* 2010, 301 m.nt. L.J.A. Damen, *LJN* BN2637; Rb. Roermond, 7 juli 2010 (vzr.), *LJN* BN0961.

geldt ook voor verhuurders die bijvoorbeeld meer dan 500 woningen beheren. Nader onderzoek naar het gebruik van de woning is in elk geval geboden als het huurbedrag niet door de huurder zelf wordt voldaan én contante betaling plaatsvindt door stortingen bij een bank.<sup>245</sup>

Aan een niet-professionele verhuurder worden lagere eisen gesteld. Wat de administratie betreft, is het voldoende om een kopie van de identiteitskaart van de huurder te hebben en een schrijven van de belastingdienst waar het sofinummer op staat. Voor de onderverhuurder geldt dat hij als huurder verantwoordelijk is voor het pand en het voor zijn eigen risico komt als hij het pand een lange tijd niet meer bezoekt.<sup>246</sup>

#### 4.5.2 Functioneel daderschap

Een opvallende tendens in het laatste decennium is dat bestuursorganen (voorheen rechtspersonen) meer gebruik maken van het strafrechtelijke leerstuk van het functionele daderschap. Men zoekt hiermee niet langer alleen kostenverhaal op de feitelijke overtreder, maar eveneens op de functionele dader. Het gaat vaak om opdrachtgevers of degenen onder wiens eindverantwoordelijkheid activiteiten worden verricht. De precieze formulering van de wettelijke norm is bepalend; richt de bepaling zich al op de (rechts)persoon die juridisch verantwoordelijk is, dan is geen sprake van een functioneel dader (zie §4.5.1).

De functionele dader is een (rechts)persoon die een overtreding begaat door middel van een ander, een tussenpersoon. Via de functionele interpretatie wordt hem onder bepaalde omstandigheden de handeling van die tussenpersoon toegerekend zodat gezegd kan worden dat hij die handeling zelf heeft verricht. Er moet sprake zijn van beschikkingsmacht en aanvaarding: de fysieke handelingen die de bestuursrechtelijke overtreding opleveren dienen in de machtssfeer van de functionele dader te liggen waarbij hij deze handelingen heeft aanvaard of over het algemeen placht te aanvaarden. Aanvaarding kan in beginsel worden aangenomen als de functionele dader tekort is geschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem verwacht mocht worden om de wederrechtelijke gedragingen te voorkomen.<sup>247</sup>

<sup>245</sup> ABRvS 13 oktober 2010, *JB* 2010, 255 m.nt. Albers, *LJN* BO0260; ABRvS 4 augustus 2010, *JOM* 2010, 177; ABRvS 30 juni 2010, *LJN* BM9677; ABRvS 17 februari 2010, *JG* 2010/0019 m.nt. LDR, *LJN* BL4128; ABRvS 13 januari 2010, *LJN* BK9021; Rb. Rotterdam 6 juni 2007, *AB* 2007, 226 m.nt. F.C.M.A. Michiels. Anders: ABRvS 10 november 2010, *Gst.* 2011, nr. 19 m.nt. L.J.J. Rogier, *LJN* BO3470. Zie ook Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 71 en Bij de Vaate in *Gst.* 7340 (2010), nr. 80.

<sup>246</sup> ABRvS 13 januari 2010, *LJN* BK9021; ABRvS 17 februari 2010, *JG* 2010/0019 m.nt. LDR, *LJN* BL4127; ABRvS 25 juni 2008, *JB* 2008, 180.

<sup>247</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 78-79; *TC Sr*, art. 47 Sr, aant. 10 en art. 51 Sr, aant. 1 onder e; Bröring 2005, p. 125-131; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p.

De toepassing van dit leerstuk vindt bijvoorbeeld veel plaats bij bestuursdwang in de vorm van ontruiming van woningen. Bij het ontruimen van woningen geldt vanuit het oogpunt van milieu en verkeersveiligheid dat het plaatsen van een huisraad op de openbare weg, langer dan kortstondig, bij APV verboden is. In de APV is vaak niet meer bepaald dan: “Het is verboden zonder vergunning van burgemeester en wethouders de weg (...) te gebruiken anders dan overeenkomstig de bestemming daarvan.” De last om de overtreding te beëindigen of te voorkomen richt het bestuur niet langer alleen aan de eigenaren van inboedels (de huurders), maar tevens aan de betrokken verhuurders (de woningbouwcorporaties) in wier opdracht ontruiming plaatsvindt. Gemeentebesturen willen niet langer opdraaien voor de kosten van het opruimen van het huisraad.<sup>248</sup>

Woningbouwcorporaties waren destijds niet blij met de uitbreiding van het overtrederschap. Hun verweer was dat een corporatie het niet in haar macht heeft de overtreding te beëindigen, aangezien zij noch eigenaar is van de inboedel noch tegen haar wil als zaakwaarnemer kan optreden; een corporatie legt slechts een ontruimingsvonnis ten uitvoer met behulp van een deurwaarder.<sup>249</sup>

Deze tegenargumenten werden grotendeels gepasseerd: als een corporatie *bevoegd* is tot ontruiming over te gaan, is zij als opdrachtgeefster verantwoordelijk voor de ontstane situatie en in die rol heeft zij het in haar macht de overtreding niet te laten plaatsvinden. Deze bevoegdheid bestaat bijvoorbeeld bij een oplopende huurachterstand. Opgemerkt zij dat de situatie anders is in gevallen waarin een woningbouwcorporatie *verplicht* is om een ontruimingsvonnis ten uitvoer te leggen. Het gaat om gevallen waarin de rechter meent dat sprake is van ontoelaatbare overlast tussen huurders onderling en hij een corporatie verplicht de bewoning te doen beëindigen.<sup>250</sup>

---

68-73. Zie ook: HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378 (Ijzerdraad-arrest). Zie voor een verregaande constructie de uitspraak van de Rechtbank Breda op 21 april 2011 (*JM* 2011, 75 m.nt. Kortmann en Onrust, *LJN* BQ2058) waarin een bedrijf verantwoordelijk wordt gehouden door het waterschap voor foutieve bluswerkzaamheden van de brandweer na een zeer grote brand op het bedrijfsterrein.

<sup>248</sup> Rb. Maastricht 29 juni 2000, *LJN* AA6748, ABRvS 7 november 2001, *LJN* AD5810, *AB* 2002, 177 m.nt. GJ en ABRvS 7 november 2001, *LJN* AE0082; ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2003, 78 m.nt. F.R. Vermeer (Stichting Patio); ABRvS 11 april 2007, *LJN* BA2669, *JB* 2007, 103. Zie ook: Rb. Zwolle 31 maart 2000, *LJN* AA8348 en Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2000, *NJ* 2001, 129.

<sup>249</sup> Zie vorige noot, met name Rb. Maastricht 29 juni 2000, *LJN* AA6748.

<sup>250</sup> Zie noot 248, met name ABRvS 7 november 2001, *LJN* AD5810, *AB* 2002, 177 m.nt. GJ, r.o. 2.7 en ABRvS 7 november 2001, *LJN* AE0082, r.o. 2.6-2.7.

### 4.5.3 Medepleger

Medeplegen doet zich voor als twee of meer personen gezamenlijk een delict plegen. Deze personen hoeven niet ieder afzonderlijk alle bestanddelen van het delict te hebben vervuld, maar er moet wel sprake zijn geweest van een bewuste samenwerking en een gezamenlijke uitvoering. Hierbij is het niet onvoldoende dat iemand louter aanwezig was bij en zich niet distantieerde van een door een ander gepleegd strafbaar feit, of slechts instemde met dat strafbare feit. De personen moeten een gelijkwaardige bijdrage aan de overtreding hebben geleverd.<sup>251</sup>

Als de bijdrage in de samenwerking van ondergeschikte aard is, kan wellicht van medeplichtigheid worden gesproken. Alleen medeplichtigheid aan misdrijven is strafbaar (artikel 52 Sr). Om deze reden heeft de wetgever deze figuur buiten het bestuurlijke sanctierecht gelaten.<sup>252</sup>

Het is vooralnog onduidelijk wat de gevolgen zijn van het uitbreiden van het daderschap door de figuur van de medepleger uit het strafrecht over te nemen. Zo lijkt het mij – gezien de overname uit het strafrecht en artikel 3:2 jo. 3:46 in de Awb – logisch dat het bestuur bij het aanschrijven van een medepleger aangeeft waarom deze persoon als overtreder wordt aangemerkt (dus wat zijn aandeel is geweest). Een andere visie kan echter zijn dat een hele groep wordt aangeschreven waarbij voldoende is dat de overtreder zich in die groep bevindt en dus in het midden wordt gelaten wie overtreder is. Duidelijk is wel dat bekendheid met de overtreder nodig is om de kosten van bestuursdwang daadwerkelijk te kunnen verhalen.<sup>253</sup>

Als het bestuur de kosten op slechts één medepleger heeft verhaald, is vervolgens niet helder wat voor hem de precieze mogelijkheden zijn. In de jurisprudentie en literatuur wordt wel aangenomen dat sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid; de aangeschreven overtreder zou vervolgens een regresrecht kunnen uitoefenen op één of meer medeovertreders. Bröring en De Valk menen echter dat voor een dergelijk regresrecht geen juridische basis bestaat, noch civielrechtelijk, noch bestuursrechtelijk. Dit laatste kan anders zijn wanneer het

---

<sup>251</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 78-81; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 67-68; Damen e.a. 2009, p. 628-329; HR 22 december 2009, *LJN* BK3356; Nonyon/Langemeijer/Remmelink, *Wetboek van Strafrecht*, artikel 47 Sr, aant. 29. Voor medeplegen en een last onder dwangsom zie: Brouwer en Ruigrok in *AA* sep. 2010, p. 579-583.

<sup>252</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 79.

<sup>253</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 5, p. 100 of zie PG AWB III, p. 372; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 56 en 189-190.

herstelsanctiebesluit aan alle overtreders wordt bekendgemaakt – hetgeen artikel 5:24 lid 3 Awb niet vereist.<sup>254</sup>

#### 4.5.4 Kanttekening

Bij het verruimen van het overtredersbegrip wil een belangrijke kanttekening plaatsen. Bestuursorganen mogen hun bevoegdheden slechts inzetten ter bescherming van een specifiek belang zoals het tegengaan van overlast en verloedering, het waarborgen van verkeersveiligheid of ongediertebestrijding of ter handhaving van het bestemmingsplan. Bij de last onder bestuursdwang is het doel: het geheel of gedeeltelijk beëindigen van de overtreding, het voorkomen van herhaling van de overtreding dan wel het wegnemen of beperken van de gevolgen van de overtreding (artikel 5:2 lid 1 onder b Awb).

Het doel van bestuursdwang mag niet zijn om handhavingskosten die het bestuur sowieso maakt – bijvoorbeeld bij het oprollen van hennepkwekerijen – te gaan verhalen op die overtreder die de beste kans op kostenverhaal biedt. De mogelijkheid die het verruimde overtredersbegrip resp. het functionele daderschap biedt, lokt zulk gedrag wel uit. In sommige gevallen wordt op zijn minst de schijn gewekt dat het daderschap afhankelijk is van financiële draagkracht en de vindbaarheid van de overtreder; dit riekt naar willekeur. Zowel bij het ontruimen van woningen, dat vaak plaatsvindt in verband met grote huurachterstanden, als bij het ontmantelen van hennepkwekerijen is immers duidelijk dat er bij de huurder minder valt te halen dan bij de eigenaar en verhuurder van het pand. Bij hennepkwekerijen speelt een rol dat een huurder als overtreder liever niet bekend wil worden dus zelden thuis is als men het pand binnentreedt en bovendien bijna nooit zijn spullen ophaalt.<sup>255</sup>

Kosten – In 2007 publiceerde het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie cijfers over het aantal

<sup>254</sup> HR 19 januari 2001, *AB* 2002, 382 m.nt. PvB; ABRvS 24 maart 2004, *AB* 2004, 218 m.nt. A.B. Blomberg; ABRvS 13 augustus 2008, *AB* 2008, 370 m.nt. F.R. Vermeer; Van Buuren in T&C Awb, aant. 2a bij artikel 5:25; Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 56-57, 78-80. Anders: Bröring & De Valk in *NJB* 2011, p. 620-624; T&C Awb, artikel 5:24, aant. 2a.

<sup>255</sup> Zie in dit verband: ABRvS 28 juli 2010, 301, *AB* 2010, 301 m.nt. L.J.A. Damen, *LJN* BN2637; Rb. Maastricht 29 juni 2000, *LJN* AA6748. Ook in Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2005, *NJF* 2005, 429 betichtte eiser het bestuursorgaan van geldklopperij. Zie verder: Michiels 2006 (oratie Universiteit van Tilburg), p. 35 en zijn noot bij Rb. Rotterdam 6 juni 2007, *AB* 2007, 226. Zie als voorbeeld verder: Hof Amsterdam 6 januari 2005, *NJF* 2005, 97 (Woonwagennontruiming Wester-Koggenland) waaruit blijkt dat het bestuur met de executie van het dwangbevel slechts 3 procent kon voldoen van de totale kosten van het effectueren van bestuursdwang (ruim € 42.000). Zie ook volgende noten.

ontmantelingen van hennepkwekerijen per regio over de jaren. Voor de regio's Rotterdam Rijnmond en Amsterdam Amstelland schat men dat er in 2006 zo'n 500 à 600 ontmantelingen hebben plaatsgevonden. Het verhalen van de kosten die hiermee gemoeid gaan, levert gemeenten enkele tonnen tot wel een miljoen euro per jaar op.<sup>256</sup>

Het is niet precies te achterhalen hoeveel het laten verwijderen en opslaan van huisraden gemeenten jaarlijks kost; er gelden geen uniforme bestuursdwangtarieven, mede doordat bestuursorganen afhankelijk zijn van de prijzen die de verschillende gespecialiseerde bedrijven voor hun diensten rekenen. Zo berekent het college van b en w van Nieuwegein € 44,- per uur aan personeelskosten en € 25,- opslagkosten per vierkante meter grondoppervlak per maand, terwijl de Gemeente Houten € 65,- aan personeelskosten hanteert en € 6,- aan transport- en opslagkosten per vierkante meter. Daarboven op zijn de cijfers omtrent het jaarlijkse aantal huisuitzettingen aan verandering onderhevig.<sup>257</sup>

## 4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de vraag aan de orde gekomen wanneer het bestuur tot kostenverhaal mag overgaan, wat de te volgen procedure is, welke kosten het kan verhalen en wie de aangeschreven persoon betreft.

In reguliere gevallen meldt het bestuur in de bestuursdwangaanzegging of al dan niet tot kostenverhaal wordt overgegaan en vindt het verhaal pas plaats na de tenuitvoerlegging van de last. In uitzonderlijke gevallen is kostenverhaal niet toelaatbaar. Factoren die hierbij een rol spelen zijn: niet-verwijtbaarheid, het algemene belang dat tot ingrijpen noopt, de hoogte van de kosten en bijzondere omstandigheden. Zie verder §4.2.

In §4.3 is de uitgebreide geldschuldenregeling in titel 4.4. Awb besproken. Een geldschuld bij bestuursdwang ontstaat nadat het bestuur bij beschikking de hoogte van de verschuldigde kosten vaststelt. De bestuursrechter kan zich daarvoor mede uitlaten over de redelijkheid en proportionaliteit van de bestuursdwangtoepassing. De geldschuldenregeling bevat voor de burger allerlei waarborgen.

Het bestuur kan bij de aanzegging al een kostenraming geven, maar is daartoe niet verplicht. In de invorderingsfase moet het wel specificeren welke kosten

<sup>256</sup> Wouters e.a. 2007, p. o.a. 73; 'Bestuurlijke aanpak hennepsteelt', Gemeente Tilburg, paragraaf 13 (online geraadpleegd op 3 mei 2011); Michiels 2006 (oratie Universiteit van Tilburg), p. 35.

<sup>257</sup> 'Beleid rond verwijderen inboedels bij huisontuimingen' van de Gemeente Nieuwegein en de Gemeente Houten (online geraadpleegd op 18 april 2011). Zie ook: *Trouw* 17 september 2010, 'Minder huisuitzettingen door corporaties'; *Binnenlands Bestuur* 15 februari 2011, 'Fikse daling huisuitzettingen in Den Haag'; H. Tielen, *Huurschulden en huisuitzettingen in Zuid-Holland Noord*, GGD Hollands Midden, december 2006, publicatienr. 06040 en Van Oudenaarden in *Executief* 2003-6, p. 88-91.



verhaald worden. In beginsel mogen alle kosten worden doorberekend die zijn gemaakt nadat is geconstateerd dat de overtreder zelf binnen de begunstigings-termijn niet voor een rechtmatige situatie heeft gezorgd. Het gaat om de kosten van het voorbereiden van fysieke ingrijpen, het daadwerkelijk (laten) effectueren van de last, de nacontrole, van de schade die is ontstaan doordat noodgedwongen een plaats van een derde betreden moest worden en de kosten van vervoer, opslag, vernietiging of verkoop van de inbeslaggenomen goederen. Zie verder §4.4.

Als het bestuur de kosten daadwerkelijk wil innen, is bekendheid met de overtreder nodig. De overtreder is de (rechts)persoon die de bestuursrechtelijke overtreding zelf fysiek pleegde dan wel medepleegde en/of de functionele dader. Zie §4.5. Bij medeplegen moet sprake zijn van een gelijkwaardige bijdrage aan de overtreding hetgeen blijkt uit een bewuste samenwerking en een gezamenlijke uitvoering. Het functioneel daderschap houdt in dat onder bepaalde omstandigheden een overtreder wordt aangesproken die niet zelf de verboden handeling verrichtte, maar die men verantwoordelijk acht voor het feit dat een ander de overtreding feitelijk beging.

De functionele dader heeft bewust de overtreding laten gebeuren of is tekort geschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem verwacht mocht worden om de illegale situatie te voorkomen. Bij de bestuursrechtelijke toepassing van dit leerstuk is het van belang om ervoor te waken dat daderschap niet alleen afhankelijk wordt van financiële draagkracht en vindbaarheid van de overtreder. Het doel moet te allen tijde zijn: herstel van een rechtmatige situatie.



# Hoofdstuk 5

## Burgemeesterlijke ordehandhaving 1851-1992

### 5.1 Inleiding

#### **Plaats in het onderzoek**

Het deel van het onderzoek dat ziet op (onmiddellijke) ordehandhaving begint hier en eindigt bij hoofdstuk 9. De komende twee hoofdstukken (5 en 6) zien op de historische analyse van het openbare-orderecht. Dit hoofdstuk beschrijft chronologisch het ontstaan van het rechtsgebied en de ontwikkeling van de bijbehorende bevoegdheden uit de Gemeentewet. Net als bij bestuursdwang zijn hierbij de gemeentewetten van 1851 en van 1931, en de Gemeentewet van 1992 als ijkpunten genomen.

In het hierna volgende hoofdstuk (6) ga ik thematisch in op de vraagstukken die het openbare-orderecht kenschetsen en die mede aanleiding geven tot de herziening van de Gemeentewet van 1992. In hoofdstuk 7 behandel ik in zijn algemeenheid de opkomst en de ontwikkeling van de onderverdeling in onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving in het openbare-orderecht. Vervolgens worden in hoofdstuk 8 een aantal onmiddellijke ordebevoegdheden van de burgemeester afzonderlijk geanalyseerd (het gaat om de huidige artikelen 172 lid 2 en lid 3, artikel 174 lid 2 en artikel 175 Gem.wet en artikel 173 lid 2 Gem.wet-oud). Net als bij het onderzoek naar de bestuursdwangfiguur, sluit ik het onderzoek naar onmiddellijke ordehandhaving af met het onderwerp kosten (zie hoofdstuk 9).

#### **Vier openbare-ordebevoegdheden**

Het burgemeestersambt gaat terug tot de donkere Middeleeuwen, tot het schoutentijdperk dat sommige steden kende. De schout vormde tezamen met de schepenen het stadsbestuur. Zij stelden de stedelijke regels, de 'keuren', vast en hadden tevens het rechterlijk gezag in handen. De schout spande – zoals men toen zei – de 'vierschaar': de vier touwen die buiten werden opgehangen waarbinnen vervolgens rechtspraak plaatsvond. Het bestuurlijke deel van zijn functie was de zorg voor de handhaving van de keuren, het bestrijden van ordeverstoringen en

het herstellen van de vrede. De schout was tevens belast met de opsporing van strafbare feiten. Voor het eigenlijke politiewerk stonden hem geüniformeerde en gewapende mannen ter beschikking: de ‘rackers’ (afgeleid van het rekken en pijnigen).

Op het platteland vormden de ‘baljuw’ met enkele bijzitters het dagelijks bestuur. Plattelandsbewoners waren in feite volkomen afhankelijk van de Staten of van de eigenaars van heerlijkheden. Sommige gemeenten hadden voor het aanhouden of weggagen van bedelaars, vagebonden en ander onguur volk, de beschikking over ‘roededragers’ (hun ambtsteken was van oorsprong een rode stok).<sup>258</sup>

Het openbare-orderecht zoals wij dit heden ten dage kennen is in Thorbeckes gemeentewet van 1851 ooit begonnen met vier bevoegdheden voor de burgemeester, te weten: het uitvaardigen van bevelen en verordeningen in een noodsituatie (oproerige beweging, samenscholing e.d.), de bevoegdheid om de orde te handhaven in voor het publiek openstaande gebouwen, bij voor publiek openstaande samenkomsten en openbare gemakkelijkheden en het voeren van het opperbevel bij brand. De tabel hieronder geeft een overzicht van de oude en huidige nummering.

Gemeentewet	1851-1931	1931-1992	Sinds 1992	Sinds 2010	Bevoegdheid
<b>Artikel</b>	184 185 186	217 218 219	175	175	Noodbevel
<b>Artikel</b>	187	220	176	176	Noodverordening
<b>Artikel</b>	188	221	174	174	Toezicht op openbare samenkomsten en gemakkelijkheden
<b>Artikel</b>	189	222	173	Vervallen*	Opperbevel bij brand

Tabel 4: Overzicht ordebepalingen

\* De bevoegdheid in artikel 173 Gem.wet-oud is overgegaan in artikel 4 Wet veiligheidsregio's.

<sup>258</sup> Van Riet 1995, p. 9-13.

### **Prealabele opmerkingen**

Dit onderzoek ziet slechts op de onmiddellijke ordebevoegdheden in de huidige artikelen 172 lid 2 en lid 3, 174 lid 2, 175 Gem.wet en artikel 4 Wet veiligheidsregio's. Deze bepalingen komen voort uit het systeem dat in dit hoofdstuk wordt beschreven bestaande uit het samenstel van de vier oorspronkelijk bevoegdheden uit de openbare-ordeparagraaf van de gemeentewet van 1851. De bepalingen die het onderwerp vormen van dit onderzoek kunnen niet goed geplaatst worden zonder een beschrijving en analyse van (het ontstaan van) dit stelsel. Vooruitlopend op de hiernavolgende hoofdstukken is vooral het ontspringen van het onderscheid in gewone en buitengewone bevoegdheden van belang en de verschuiving van dit onderscheid naar een ordening in onmiddellijke en niet-onmiddellijke handhaving van de openbare orde.

Tot slot twee opmerkingen over de afbakening van de onmiddellijke ordebevoegdheden die het onderwerp vormen van dit onderzoek. De bevoegdheid tot het afkondigen van noodverordeningen ingevolge artikel 176 Gem.wet valt uiteindelijk buiten het bestek van dit onderzoek. Zoals de analyse in dit hoofdstuk zal uitwijzen, behoort dit artikel weliswaar tot het instrumentarium van de onmiddellijke ordehandhaving, maar verschilt het middel van de noodverordening wezenlijk ten opzichte van de andere onmiddellijke ordebevoegdheden. Het belangrijkste verschil is dat de burgemeester tijdelijk als wetgever optreedt en zijn handelen derhalve niet bestaat uit het geven van bevelen of uit fysiek handelen – in zoverre is artikel 5:23 Awb niet van toepassing.

Artikel 173 Gem.wet-oud bevatte tot de overheveling van deze bepaling naar de Wet veiligheidsregio's in 2010, wel een bevelsbevoegdheid voor de burgemeester. Deze bevelsmogelijkheid is ontstaan als een specifieke bepaling ter handhaving van de openbare orde bij brand; tegenwoordig rekent men de bevoegdheid veeleer tot het rampenrecht. Er bestaat in de doctrine weinig aandacht voor de ontwikkeling en de precieze inhoud van artikel 173 Gem.wet-oud. Om deze reden heb ik ervoor gekozen om deze bevoegdheid toch in dit onderzoek mee te nemen.

## **5.2 De gemeentewet van 1851**

In de Grondwet van 1848 en de gemeentewet van 1851<sup>259</sup> verdwijnt het juridische onderscheid tussen steden en platteland (zie §5.1). De raad is voortaan het orgaan bekleed met de hoogste lokale macht. Daarnaast geldt er voor alle gemeenten eenzelfde bestuurlijke regeling waarbij de wetgever twee nieuwe orga-

---

<sup>259</sup> Wet van den 29sten Junij 1851, regelende de zamenstelling, inrigting en bevoegdheid der Gemeentebesturen, *Stb.* 1851, 85; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 18-21. Zie ook: Oud I 1956, p. 9-18.

nen invoert: het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester als eenhoofdig bestuursorgaan.

Nieuw is dat de burgemeester – alleen – tot taak krijgt om de openbare orde te handhaven (daarvoor waren het de burgemeester samen met zijn wethouders in de stad of zijn assessoren op het platteland); bij wijze van uitzondering dient er een bestuursorgaan beschikbaar te zijn dat snel en op eigen verantwoordelijkheid kan handelen. Volgens Crinice le Roy speelt bij deze ingrijpende wijziging tevens de overweging dat handhaving van de openbare orde mede een zaak van rijk en provincie is en dat een burgemeester als staatkundig figuur *sui generis*, een schakel vormt tussen de gemeente en hogere overheden.<sup>260</sup>

De toepasselijke bevoegdheden van de burgemeester zijn in de gemeentewet van 1851 te vinden in paragraaf twee getiteld ‘Van de handhaving van de openbare orde in het bijzonder’ in het hoofdstuk over het dagelijks bestuur der gemeente.

### 5.2.1 Noodbevel ex de artikelen 184-186

De voorschriften in de openbare-ordeparagraaf van de gemeentewet van 1851 openen met de artikelen 184, 185 en 186. Deze drie artikelen vormen samen de voorloper van de regeling van het noodbevel in artikel 175 Gem.wet.

#### DERDE HOOFDSTUK. VAN HET DAGELIJKSCH BESTUUR DER GEMEENTE.

§ 2. *Van de handhaving der openbare orde in het bijzonder.*

##### Artikel 184

In geval van oproerige beweging, van samenscholing of andere stoornis der openbare orde, is de burgemeester bevoegd, de hulp der schutterij en van het in de gemeente aanwezige of naastbij zijnde krijgsvolk te vorderen.

Hij geeft hiervan terstond kennis aan Onzen commissaris in de provincie.

##### Artikel 185

De bevelhebbers van de schutterij en het krijgsvolk voldoen terstond aan de vordering van den burgemeester.

Zij wordt door hem, zooveel mogelijk, schriftelijk gedaan.

<sup>260</sup> Thorbecke verwoordt dit in de memorie van toelichting als volgt: “Zal de openbare orde, waar men haar verstoort of bedreigt, spoedig worden hersteld of gehandhaafd, het is nodig, dat in het nemen niet gedraald en het beslotene onmiddellijke uitgevoerd worde. Dit nu is eer te verwachten, wanneer de bevoegdheid tot bevelen en handelen aan één persoon, dan in geval zij aan een collegie is opgedragen.” Francken 1851, p. 367-368; Van Loenen II 1914, p. 485-487; Prins 1911, p. 90; Crinice le Roy 1963, p. 28.

**Artikel 186**

In het in art. 184 bedoeld geval, is de burgemeester bevoegd, alle bevelen, die hij ter handhaving der orde noodig acht, te geven.

Hij laat tot maatregelen van geweld niet overgaan, dan na het doen der vereischte waarschuwingen.

Bij een oproerige beweging, samenscholing of een andere stoornis van de openbare orde, kan de burgemeester bijstand van ‘de schutterij’ of nabij zijnd ‘krijgsvolk’ vorderen (artikel 184) – termen waarmee men gewapende burgerwachten en militairen aanduidt. De burgemeester vordert deze hulp zoveel mogelijk schriftelijk waarbij de bevelhebbers in kwestie terstond aan de vordering dienen te voldoen (artikel 185). Als artikel 184 toepasselijk is, bepaalt artikel 186 dat de burgemeester alle bevelen mag geven die hij nodig acht, maar dat hij pas opdracht mag geven tot geweldsmaatregelen nadat er is gewaarschuwd.<sup>261</sup>

Schutterij en krijgsmacht – In de negentiende eeuw is nauwelijks sprake van ‘politie’ in een vorm zoals wij die vandaag de dag kennen. De organisatie van ‘de sterke arm’ ontwikkelt zich pas in de eerste helft van de twintigste eeuw en is ooit begonnen met de schutterijen. De eerste schutterijen zijn gevormd uit gewapende en geüniformeerde burgers. Deze burgerwachten bestonden al voor het schoutentijdperk in de Middeleeuwen. Ze zorgden voor handhaving van orde en rust, veiligheid en zekerheid van personen en goederen in de steden.

Door de komst van het ambt van schout en schepenen, heeft de schutterij haar dagtaak af moeten staan; er bleef slechts een taak als nachtwacht over. De nachtwakers werden ook wel klapwakers, klapperlieden of ratelwachten genoemd, aangezien zij ’s nachts ieder uur met een ratel of klap geluid maakte en daarbij de tijd verkondigden. Daarnaast waren ’s nachts ook toren-, hoorn- en poortwachters actief. De poortwachters hielden de toegangspoorten tot de stad in de gaten en keken uit naar onbetrouwbare personen (in die tijd veelal personen die een oor misten of een brandmerk op het gezicht hadden). Torenwachters keken vanaf de kerktoeren uit naar een brand en indien sprake was van brand, gaven hoornwachters vervolgens een alarmsignaal af. In de negentiende eeuw ontstaat uit de nachtwacht en schutterijen de gemeentepolitie.<sup>262</sup>

Een ‘krijgsmacht’ in de zin van een overheidsdienst die belast is met het beschermen van de ‘nationale’ veiligheid tegenover vreemde aanvallers, ontstaat in de zestiende eeuw. Sinds de Tachtigjarige Oorlog (1568-1648) kent de Republiek der zeven Verenigde Nederlanden een eigen leger: het Staatse leger. Het zij opgemerkt dat met de term ‘krijgsvolk’ slechts verwezen wordt naar een georganiseerde militaire macht en niet naar een

<sup>261</sup> Francken 1851, p. 367-371; Van Loenen II 1914, p. 485-509.

<sup>262</sup> Van Riet 1995, p. 13-19 en 25-30.

specifiek onderdeel van de krijgsmacht (zoals naar de land-, zee- of luchtmacht).<sup>263</sup>

Het vorderen van hulp van een schutterij of van krijgsvolk beschouwt men als een buitengewoon middel; de bepaling gaat uit van de veronderstelling ‘dat de gewone, de preventieve middelen hebben gefaald, althans zijn tekort geschoten, het aanwezige personeel onvoldoende is en dat een toestand is ontstaan waarin getracht moet worden door repressie de gestoorde openbare orde te herstellen’, aldus Van Loenen. Hoewel de burgemeester naar de letter van de wet hulp pas mag vorderen als een toestand van ‘oproerige beweging’, ‘samensholing’ of een ‘andere stoornis der openbare orde’ is ingetreden, neemt de rechtspraktijk aan dat dit ook mogelijk is ‘wanneer naar het gevoelen van den burgemeester de openbare orde bedreigd wordt’.<sup>264</sup>

Preventief handelen – Dat men eind negentiende eeuw al vindt dat de burgemeester zijn bevelsbevoegdheid ook mag inzetten om een ordeverstoring te verhinderen, illustreert het volgende voorbeeld. Het college van b en w van Maastricht beveelt in het jaar 1875 aan de plaatselijke schutterij om een algemene processie te vergezellen ter bewaring van de openbare orde bij die plechtigheid. Omdat sinds de gemeentewet van 1851 alleen de burgemeester bevoegd is dergelijke bevelen te geven, vernietigt de regering dit besluit. Volgens de regering kan de burgemeester niet alleen hulp van de schutterij of het krijgsvolk inschakelen wanneer de orde daadwerkelijk is verstoord, maar ook ‘ter voorkoming’ van een ordeverstoring.<sup>265</sup>

Het is in de genoemde omstandigheden belangrijk dat de burgemeester zo snel mogelijk hulp krijgt en dat de bevelen die hij uitvaardigt, worden nageleefd. Begin negentienhonderd schaft men echter de schutterijen af. Vanaf 1907 kan de burgemeester slechts hulp inschakelen van krijgsvolk. Hierbij is het voor militaire bevelhebbers aanbevelenswaardig om aan de vordering om hulp te voldoen; het weigeren of opzettelijk nalaten aan deze vordering levert een misdrijf op met een gevangenisstraf van maximaal drie jaren (zie artikel 357 Sr). Ook is als

<sup>263</sup> Van Riet 1995; Perrick 1982; Elzinga, Van Rest & De Valk 1995; Schulten & Schoenmaker 1989; Zie ook: <[www.defensie.nl/landmacht](http://www.defensie.nl/landmacht)> onder cultureel/geschiedenis en <[www.defensie.nl/marine](http://www.defensie.nl/marine)> onder cultureel en geschiedenis van de marine (laatst geraadpleegd 16 mei 2011).

<sup>264</sup> Hiervoor is ook steun te vinden in de memorie van toelichting die spreekt van de openbare orde die de burgemeester spoedig moet herstellen of handhaven ‘waar men haar verstoort of bedreigt’, zie Francken 1851, p. 367. Zie verder: Van Loenen II 1914, p. 490-491; Elenbaas I 1926, p. 568; Eysten 1912, p. 20-21; KB 24 juni 1875, *Stb.* 1875, 140.

<sup>265</sup> Besluit van den 24sten Julij 1875, tot vernietiging van het besluit van burgemeester en wethouders der gemeente Maastricht, van 14 mei 1875, betrekkelijk den aan den commandant der dienstdoende schutterij aldaar verstrekten last tot het doen vergezellen van de algemeene processie van den H. Servatius door twee compagnien van de onder zijne bevelen staande schutterij, *Stb.* 1875, 140. Ook de regering verwijst naar de memorie van toelichting bij artikel 184 Gemeentewet in: Francken 1851, p. 367.



misdrijf strafbaar gesteld het opzettelijk niet voldoen aan een bevel van of namens de burgemeester in artikel 184 Sr. Hierop stond destijds een gevangenisstraf van maximaal drie maanden of een geldboete (maximaal 600 gulden). Is er in het bijzonder sprake van een volksoploop, dan levert het opzettelijk niet voldoen aan een verwijderingsbevel het misdrijf ‘samensholing’ in artikel 186 Sr op dat dezelfde sanctie kent als in artikel 184 Sr.<sup>266</sup>

### 5.2.1.1 *Verskillende interpretaties*

In de negentiende eeuw bestaan er meningsverschillen over het samenstel aan bepalingen in de artikelen 184-186 gemeentewet.

#### **Oproerige beweging, samensholing of andere stoornis der openbare orde**

Om te beginnen zijn er verschillende opvattingen over de vraag of er sprake is van één situatie of van drie verschillende toestanden in artikel 184. De praktijk neemt het eerste aan, aangezien het maken van een onderscheid zelden mogelijk zou zijn. Ook de wetgever heeft slechts één situatie voor ogen, namelijk ‘het in artikel 184 bedoeld geval’: een verstoring van de openbare orde. Een oproerige beweging en een samensholing zijn vervolgens voorbeelden van een dergelijke verstoring.<sup>267</sup>

Gezien het militaire strafrecht lijkt de wetgever niet consequent te werk zijn gegaan. Het Wetboek van Militair Strafrecht van 1903 bepaalt dat ‘een tijd van oorlog’ alleen aanwezig wordt geacht als de burgemeester militaire hulp vordert in geval van een situatie van oproerige beweging (artikel 55). Ook de regering onderscheidt deze toestand van de ‘lichtere situatie’ waarbij sprake is van een samensholing of een eenvoudige verstoring van de openbare orde. De militaire rechter dient uiteindelijk over deze feitelijke vraag te oordelen.<sup>268</sup>

#### **Reikwijdte bevelsbevoegdheid**

In de tweede plaats bestaat er in de negentiende eeuw geen eenduidige zienswijze over de reikwijdte van artikel 186 gemeentewet. De burgemeester is op grond van dit artikel bevoegd om ‘alle bevelen, die hij ter handhaving der orde noodig acht, te geven’; in het bijzonder bestaat er over de normadressant verschil van mening. Er zijn drie visies te onderscheiden: de beperkte interpretatie, de ruime interpretatie en een tussenopvatting.

<sup>266</sup> Smidt III 1891, commentaar bij artikel 184, 186 en 357. Zie ook: Crince le Roy, p. 34-35.

<sup>267</sup> Zoals aangehaald door Prins 1911, p. 91 en Van Loenen II 1914, p. 490.

<sup>268</sup> Wet van 27sten April 1903, tot vaststelling van een Wetboek van Militair Strafrecht, *Stb.* 1903, 111; Prins 1911, p. 90-92; Eysten 1912, p. 17-19 en 75, zie ook: p. 57 e.v.; Oppenheim meent eveneens dat sprake is van drie verschillende situaties: Oppenheim II 1906, 3<sup>e</sup> herz. druk, p. 306-307. Zie ook: Prins 1956, p. 330.

De beperkte visie houdt in dat als men artikel 186 leest in de context waar-toe het behoort, duidelijk is dat de burgemeester slechts bevoegd is alle bevelen te geven *aan militaire bevelhebbers* en niet aan burgers. Het kader dat hiertoe aanleiding geeft, is het samenstel van de betrokken bepalingen: artikel 184 geeft de burgemeester de bevoegdheid om in geval van een ordeverstoring de hulp van het krijgsvolk te vorderen, op grond van artikel 185 dienen de bevelhebbers aan deze vordering te voldoen en artikel 186 regelt vervolgens de relatie tussen de burgerlijke en militaire autoriteit.

De aanhangers van de beperkte opvatting menen dat het laatste artikel aan-geeft dat niet het militaire gezag, maar de burgemeester beslist welke maatregelen nodig zijn. De bevelen zijn daarmee gericht tot de militaire bevelhebbers en niet tot burgers. Voor burgers vaardigt de burgemeester noodverordeningen uit. Deze tegenstelling zou tot uitdrukking komen in de woorden ‘voor de inwoners’ in artikel 187. Ook lid 2 van artikel 186 is daardoor beter op zijn plaats: hij laat – door de militaire gezaghebber – tot maatregelen van geweld niet overgaan, dan na het doen van de vereiste waarschuwingen.<sup>269</sup>

De aanhangers van een ruime uitleg menen dat de bevelsbevoegdheid in artikel 186 een vrijwel dictatoriale macht aan de burgemeester toekent. In deze visie is hij zonder gebondenheid aan de wet, zo ook de Grondwet, bevoegd die bevelen te geven die hij doelmatig en geschikt vindt om de orde en rust te doen wederkeren.

De ruime interpretatie komt ter sprake na een voorval in 1890. Tijdens woelingen die voortvloeien uit werkstakingen, oefent de burgemeester van Enschede zijn bevelsbevoegdheid uit om vergaderingen te ontbinden. Er zou echter geen sprake zijn van een ordeverstoring of een overtreding van de Wet op het recht van vereeniging en vergadering. De actie doet nogal wat stof opwaaien. In reactie op Kamervragen neemt de regering het standpunt in dat als een burgemeester ter handhaving van de openbare orde bevoegd is om op mensen te doen schieten, het van zelf spreekt dat hij ook een vergadering mag ontbinden.<sup>270</sup>

Het standpunt van de regering destijds is omstrede. Tegenstanders van de ruime uitleg van artikel 186 voeren aan dat als artikel 186 de burgemeester een ongebreidelde macht geeft, zijn bevoegdheid tot het uitvaardigen van noodvoorschriften op grond van artikel 187 overbodig wordt; de burgemeester kan dan immers volstaan met het geven van bevelen. Daarnaast wijst men op het militaire gezag dat zich in veel ernstigere omstandigheden, namelijk in tijden van oorlog en beleg, aan wetten en de Grondwet dient te houden. Een laatste argument dat naar voren komt, is dat zelfs als de burgemeester op grond van artikel 186

<sup>269</sup> Prins 1911, p. 100; Van Loenen II 1914, p. 502-505. Van den Brandhof 1924, p. 105.

<sup>270</sup> Het gaat om het standpunt van de Minister van Binnenlandse Zaken De Savornin Lohman, *Handelingen II* 1889-1890, p. 1649-1657, m.n. 1652 (interpellatie Domela Nieuwenhuis over de houding der overheid ten aanzien van de werkstaking te Enschede).

aan geen enkele bepaling gebonden zou zijn, er slechts sprake is van bevelen aan rustverstoorders en nooit van een ingrijpen in de algemene rechtstoestand van inwoners van een gemeente. Er bestaat daarmee onduidelijkheid ten aanzien van degene tot wie artikel 186 zich richt: alleen de ordeverstoorder of elke burger?<sup>271</sup>

Van Loenen meldt dat in het begin van de twintigste eeuw ook een tussenopvatting bestaat. Men vindt dat de burgemeester bij het nemen van bevelen ex artikel 186 gebonden is aan wetten. Zodoende mag hij op grond daarvan geen inbreuk te maken op het grondwettelijke recht van vergadering en vereniging. In bepaalde gevallen neemt men desondanks aan dat de burgemeester bevoegd is om aan diegene die door een uitstalling aanleiding geeft tot samensholing – niet de rustverstoorder zelf –, te mogen bevelen de aanleiding te verwijderen en dat hij bevoegd is herbergen te doen sluiten zonder basis daarvoor in een verordening.<sup>272</sup>

### 5.2.1.2 *Waarschuwingen*

Aan waarschuwingen die vooraf dienen te gaan aan maatregelen van geweld, stelt de wetgever in 1851 geen nadere vereisten. Wel staat vast dat deze waarschuwingen ‘behoorlijk’ dienen te zijn en dat er een bepaalde tijd moet bestaan tussen het moment waarop men gehoorzaamheid afwacht en het moment waarop men deze afdwingt door middel van geweld. Het is daarbij in die tijd gebruikelijk om een waarschuwing driemaal te geven. Zo is bij het misdrijf ‘samensholing’ in artikel 186 Sr expliciet bepaald dat het opzettelijk niet voldoen aan een verwijderingsbevel bij een volksoploop pas strafbaar is nadat een derde bevel is gegeven.<sup>273</sup>

Waarschuwing, driemaal – De Staatscommissie van 1852 stelde in het kader van de Politiewet voor om elke politieambtenaar altijd een stok of een staf bij zich te laten dragen. Alvorens de ambtenaar tot geweld overgaat, zou hij deze stok zichtbaar dienen te vertonen waarbij hij drie achtereenvolgende waarschuwingen uit. Deze waarschuwingen moeten in korte, het openbaar gezag waardige bewoordingen, vevat zijn zoals bijvoorbeeld: ‘Eerbied voor de wet; de wapenen worden gebruikt; verwijderd u’. Een ander voorbeeld van de wijze waarop men in de negentiende eeuw waarschuwt voor geweld, is de situatie waarin de commandant van de militaire macht een samensholing uiteen drijft. In het Voorschrift militaire bijstand was vastgelegd dat de commandant vóór het overgaan op wapenge-

<sup>271</sup> Elenbaas I 1902, p. 431-432; Prins 1911, p. 97-100; Van Loenen II 1914, p. 502-504; Van den Brandhof 1924, p. 102-104; Oppenheim II 1928, p. 312-314; Bool 1930, p. 351. Zie ook: IJnzonides 1938, p. 74-77. Zie ook §5.3.2.

<sup>272</sup> Van Loenen II 1914, p. 504.

<sup>273</sup> Van Loenen II 1914, p. 506-507. Zie ook: Smidt II 1891, commentaar bij artikel 186.

weld, hoorbaar driemaal als volgt diende te waarschuwen: 'Gehoorzaamheid aan de wet! Naar huis of geweld zal worden gebruikt!'.<sup>274</sup>

### 5.2.2 Noodvoorschriften ex artikel 187

Het tweede middel dat de burgemeester kan toepassen in geval van een oproerige beweging, samensholling of stoornis der openbare orde, is het onverwijld afkondigen van 'algemeene voorschriften van politie' voor inwoners. Het gaat hier om de voorloper van het huidige artikel 176 Gem.wet.

#### Artikel 187

Is het, in zoodanigen toestand, noodig, algemeene voorschriften van politie voor de inwoners uit te vaardigen en onverwijld af te kondigen, de burgemeester is er toe bevoegd. Hij brengt die voorschriften terstond ter kennis van Onzen commissaris in de provincie en, zoo spoedig mogelijk, ter kennis van den raad.

Onze commissaris kan de uitvoering van zoodanige voorschriften schorsen.

De voorschriften vervallen, zoo zij niet door den raad in zijne eerstvolgende vergadering worden bekrachtigd, tenzij de burgemeester ten aanzien van een raadsbesluit tot niet bekrachtiging oordeele te moeten handelen naar de voorschriften der 2de en 3de zinsnede van art. 70.

In geval de burgemeester, of die hem moet vervangen, buiten staat is te handelen, kunnen de noodige voorschriften en bevelen door Onzen commissaris worden uitgevaardigd.

Na het uitvaardigen van de algemene voorschriften is er voor de commissaris van de Koningin en de gemeenteraad een specifieke rol weggelegd. De commissaris van de Koningin, die terstond geïnformeerd dient te worden, heeft in de negentiende eeuw het recht om de uitvoering van zodanige voorschriften te schorsen. Het schorsingsrecht is aan de commissaris toegekend, aangezien hij binnen de provincie belast is met de zorg voor de openbare orde. Artikel 187 bepaalt daarnaast dat de commissaris de benodigde voorschriften en bevelen zelf uitvaardigt in het uiterste geval dat de burgemeester of diens vervanger daartoe niet in staat is.

In tegenstelling tot de commissaris dient de gemeenteraad niet terstond, maar zo spoedig mogelijk op de hoogte te worden gesteld van de inhoud van de noodvoorschriften. Dit houdt in dat de burgemeester niet onmiddellijk een vergadering hoeft te beleggen. De raad dient de algemene voorschriften van politie

<sup>274</sup> Staatscommissie-Provó Kluit, Verslag der Staats-commissie tot het doen van onderzoek naar en het uitbrengen van verslag over een aan de tegenwoordige staatsinrigting en wetgeving meest passend stelsel van politiewet, uitgebragt op den 18den Sept. 1852, 's-Gravenhage: ter Algemeene Lands-drukkerij 1853, p. 67; Van Loenen II 1914, p. 507 en Suyver 1985, p. 168-169.

in een eerstvolgende vergadering te bekrachtigen. Als bekrachtiging niet plaatsvindt, vervallen de voorschriften. Het niet-bekrachtigen kan uitdrukkelijk worden uitgesproken, maar dat is niet vereist; de voorschriften vervallen ook als in een vergadering omtrent die voorschriften geen besluit is genomen.

In het derde lid verwijst men naar de procedure die volgt nadat sprake is van een niet-bekrachtigingsbesluit in artikel 70 (vergelijk het huidige artikel 273 Gem.wet). De procedure houdt in dat de burgemeester het besluit van de raad om de algemene voorschriften niet te bekrachtigen ter schorsing of vernietiging aan de Kroon aanbiedt. Formeel is vastgelegd dat de burgemeester dit besluit van de raad in de tussentijd niet ten uitvoer hoeft te brengen, aangezien hij het niet-bekrachtigingsbesluit strijdig acht aan de wet of het algemeen belang (artikel 70 lid 2).

Net als in de regeling over het noodbevel, zijn in artikel 187 geen nadere formele eisen te vinden voor het uitvaardigen van deze algemene voorschriften. Om deze reden is de wijze van afkondiging vormvrij en treden zij direct na de afkondiging in werking, tenzij het voorschrift zelf een ander tijdstip aanwijst. Het niet voldoen aan de algemene voorschriften van politie door de burgemeester uitgevaardigd in buitengewone omstandigheden, levert burgers sinds 1886 een overtreding op waarop een hechtenis staat van maximaal drie maanden of geldboete van de tweede categorie (artikel 443 Sr).<sup>275</sup>

Het valt op dat niet duidelijk is wat precies bedoeld wordt met ‘algemene voorschriften van politie’. De wetgever zelf zegt in 1851 daaromtrent niets. Voordat de sanctie in artikel 443 Sr werd gecreëerd, vraagt men zich af of de burgemeester op grond van artikel 187 een straf mag stellen op het overtreden van deze algemene politievoorschriften. De Hoge Raad geeft in 1884 op deze vraag een ontkennend antwoord.<sup>276</sup> In reactie hierop voert de wetgever artikel 443 Sr in met de volgende motivering: “Daar de burgemeester en de commissaris des Konings tot strafbedreiging niet bevoegd zijn, is overtreding van de hier bedoelde voorschriften thans straffeloos.” Prins meldt vervolgens begin twintigste eeuw dat het waarschijnlijk is dat de wetgever bij ‘algemeene voorschriften van politie’ dacht aan voorschriften wier nakoming door strafbedreiging of feitelijke dwang worden gehandhaafd en die de handhaving der openbare orde tot doel hebben.<sup>277</sup>

---

<sup>275</sup> Francken 1851, p. 371-374; Elenbaas I, 1902, p. 436-438; Prins 1911, p. 92-97; Van Loenen II 1914, p. 509-517.

<sup>276</sup> De Hoge Raad bepaalt op 16 juni 1884 (*W.* 5064): “O. dat de openbare macht niet bevoegd is tegen de niet-naleving van hare voorschriften straf te bedreigen, tenzij haar de bevoegdheid daartoe bij de wet is toegekend en dat aan den burgemeester bij geene wetsbepaling, met name niet bij art. 187 der Gemeentewet, die bevoegdheid is verleend”.

### 5.2.3 Voor publiek openstaande gebouwen en samenkomsten e.d. ex artikel 188

Artikel 188 is de voorloper van het huidige artikel 174 Gem.wet. In de literatuur beschouwt men deze bepaling – al dan niet expliciet – als een bevoegdheid die betrekking heeft op rustiger tijden in plaats van buitengewone omstandigheden.<sup>278</sup> Lid 1 van artikel 188 kan in meerdere opzichten gekwalificeerd worden als een complexe bepaling.

#### Artikel 188

De politie over de schouwburgen, herbergen, tapperijen en alle voor het publiek openstaande gebouwen en samenkomsten, openbare vermakelijkheden en openlijke huizen van ontucht, behoort aan den burgemeester.

Hij waakt tegen het doen van met de openbare orde of zedelijkheid strijdige vertooningen.

#### ‘Politie’

Om te beginnen blinkt de tekst niet uit in duidelijkheid. In de tijd van Thorbecke gebruikt men het woord politie in de betekenis van de bestuurlijke zorg, die aan de burgemeester toebehoort, als onderdeel van de regeringstaak – het binnenlands bestuur.<sup>279</sup> Naar aanleiding van de vraag wat men onder ‘politie’ in de context van artikel 188 moet verstaan, geeft de regering aan dat voor dit woord gelezen dient te worden: ‘handhaving der openbare orde en der daaromtrent gemaakte plaatselijke verordeningen’.<sup>280</sup>

Zodoende bepaalt artikel 188 in elk geval dat aan de burgemeester toebehoort: de handhaving van de openbare orde in gebouwen die voor publiek openstaan, bij samenkomsten die voor het publiek openstaan, bij openbare vermakelijkheden en in openlijke huizen van ontucht. Later is men gaan spreken van de daadwerkelijke ofwel de fysieke ordehandhaving. Gezien de wetsgeschiedenis moet worden aangenomen dat de burgemeester bovendien verantwoordelijk is voor de handhaving van verordeningen ‘daaromtrent’. Het is aannemelijk dat

<sup>277</sup> Smidt III 1892, commentaar bij artikel 443; Prins 1911, p. 92-93; Van Loenen II 1914, p. 511.

<sup>278</sup> Elenbaas I 1902, p. 436-437, 1926, p. 577; Oppenheim II 1903, o.a. p. 263-264 en 269-270 (idem in Oppenheim II 1906, p. 295 en 302; 1913, p. 318-319 en 330); Prins 1911, p. 90-101; Eysten 1912, p. 55-57; Van Loenen II 1914, p. 490 en 518; Bool 1930, p. 339-344, 345-359, 244-246. Zie verder §6.3.2.1.

<sup>279</sup> Oppenheim 1928 II, p. 163; Oud 1959 II, p. 480; Schroot, Van Vliet & Wijma 1979, p. 275 en 281.

<sup>280</sup> Bijblad van de Nederlandse Staatscourant 1850-1851, p. 524 (memorie van beantwoording) of Franken 1851, p. 375.

men hier met handhaving doelt op het uitvoeren van verordeningen via een systeem van vergunningen en ontheffingen (reguliere handhaving).<sup>281</sup>

### ‘Voor publiek openstaand, openbaar en openlijk’

In de tweede plaats valt aan de tekst van artikel 188 op dat de wetgever te kennen geeft op welke plaatsen en in welke gevallen de burgemeester zijn taak – het handhaven van de orde – dient uit te oefenen: in voor publiek openstaande gebouwen, bij voor publiek openstaande bijeenkomsten, bij openbare gemakkelikheden en in openlijke huizen van ontucht. De wetgever bezigt drie termen die ofwel synoniem aan elkaar zijn ofwel nauw aan elkaar zijn verwant: *voor publiek openstaand*, *openbaar* en *openlijk*. Deze verschillende categorieën geven geen blijk van een coherent overdacht systeem.

De specifieke gebouwen die de bepaling noemt – schouwburgen, herbergen en tapperijen – zijn voorbeelden van een ‘voor publiek openstaand gebouw’. Het criterium voor een dergelijk gebouw is of dit feitelijk toegankelijk is voor publiek. Een gebouw is besloten indien niet iedereen zomaar naar binnen kan (bijvoorbeeld een sociëteit waar alleen leden worden toegelaten). Uit het feit dat men de schouwborg noemt, blijkt dat niet bepalend is of er een toegangsprijs moet worden betaald.<sup>282</sup>

Wat de wetgever bedoelt met een ‘voor publiek openstaande samenkomst’, is niet makkelijk te achterhalen. Aannemelijk is dat het gaat om plaatsen, niet zijnde een gebouw, waar mensen feitelijk bijeen komen zonder dat het doel vermaak is. Gedacht kan worden aan een protestactie. Als men wel bijeenkomt om zich te amuseren, dan is sprake van een ‘openbare gemakkelijkerheid’. Ook hier is het niet van belang of men al dan niet voor het vermaak dient te betalen.<sup>283</sup> Voorbeelden zijn optochten, markten, muziekkuitvoeringen, feesten en andere evenementen. Een ‘openbare gemakkelijkerheid’ is hiermee een verbijzondering van een ‘voor publiek openstaande bijeenkomst’. Waarschijnlijk worden de termen openbaar en voor publiek openstaand synoniem aan elkaar gebruikt.<sup>284</sup> In §7.4 en §7.4.1.3 ga ik nader in op de betekenissen van de term ‘openbare’.

<sup>281</sup> Franken 1851, p. 363 en 376; Van Loenen II 1914, p. 520-21; Schroot, Van Vliet & Wijma 1979, p. 275 en 281; *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 148-149 (MvT); De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 171. Anders: Oppenheim II 1906, p. 99-106, met name 105.

<sup>282</sup> Zie o.a.: HR 10 maart 1913, *W.* 1913, 9475; HR 17 juni 1912, *W.* 1912, 9357; Van Loenen II 1914, p. 524; Hennekens 1990, p. 65-66.

<sup>283</sup> Zie o.a.: *Gst.* 1558 (1881), p. 4; *Gst.* 2500 (1899), p. 3; *Gst.* 2606 (1900-1902), p. 3; HR 25 januari 1909, *Gst.* 3002-8 (1909); Van Loenen II 1914, p. 524-525.

<sup>284</sup> Het criterium voor openbaar en voor publiek openstaand is in beide gevallen de feitelijke toegankelijkheid voor het publiek is, al dan niet beperkt door het betalen van een geldbedrag. Een andere aanwijzing voor de aanneme dat de termen synoniem worden gebruikt,

Onderscheid openbaar en voor publiek toegankelijk – Volgens Suurmond is men het onderscheid in de termen ‘openbaar’ en ‘voor publiek toegankelijk’ gaan hanteren om de verschillende rechthebbenden te duiden. Het is ooit ontstaan uit pure noodzaak. Aanvankelijk bedoelt men met de term ‘openbaar’ voor iedereen toegankelijk, geen privéterrein (niet-besloten). Begin negentiende eeuw zijn veel straten en stoepen in eigendom van particulieren. In verband met te hoge onderhoudskosten dringen privé-eigenaren van openbare terreinen, stukken weg in hun eigendom op aan gemeentes door deze weggedeelten voor publiek open te stellen. Om dit tegen te gaan, zorgt men ervoor dat het ontstaan van een openbaar terrein afhankelijk wordt gesteld van de wil van de overheid. Tegen deze achtergrond onderscheidt men openbaar (afhankelijk van de wil van de overheid) van voor publiek toegankelijk (afhankelijk van de wil van de particuliere eigenaar).<sup>285</sup>

Wat betreft de categorie ‘openlijke huizen van ontucht’ is aannemelijk dat men ‘openlijk’ bezigt in de betekenis van niet in het geheim. Het gaat om het type bordeel dat door het lokale gezag wordt gereguleerd. Plaatselijke verordeningen bepalen dat voor het oprichten van een huis van ontucht een vergunning van de burgemeester of het hoofd van de politie noodzakelijk is; geheime of stille huizen daarentegen worden niet geduld. In 1911 neemt de wetgever het bordeelverbod op in het Wetboek van Strafrecht (in artikel 250bis). De gemeentelijke bepalingen vervallen hierdoor en de prostitutie verplaatst zich naar de straat.<sup>286</sup>

### **Exclusieve uitvoeringsbevoegdheid**

Artikel 188, lid 1, is ten derde een gecompliceerde bepaling, omdat de burgemeester – gezien het systeem in de gemeentewet – in deze bepaling een uitzonderlijke bevoegdheid toekomt; het uitvoeren van raadsverordeningen is een taak die ingevolge artikel 179 onder a is opgedragen aan het dagelijks bestuur van de gemeente: het college van b en w. Voor zover het voorschriften betreffen die zien op voor publiek openstaande gebouwen e.d., is het evenwel de burgemeester die exclusief belast is met de uitvoering en handhaving. Hij is niet bevoegd zelf regels uit te vaardigen – met uitzondering van de uitzonderlijke omstandigheden genoemd in artikel 187. Bij verordening kan hem een bevelsbevoegdheid zijn toegekend.<sup>287</sup>

---

is het gegeven dat de latere wetgever de term ‘voor publiek openstaande bijeenkomsten’ heeft vervangen door ‘openbare bijeenkomsten’ (zie het huidige artikel 174 Gem.wet). Zie ook: Hennekens 1990, p. 71.

<sup>285</sup> HR 3 februari 1928, *NJ* 1928, 700 (Dalfsen); Suurmond 1983, p. 37. Zie ook Van der Veen 1997, o.a. p. 118-121.

<sup>286</sup> Van den Bergh 1878, o.a. p. 133-136; Volmuller 1966, o.a. p. 26, 31, 43-46; *Stb.* 1991, 130; Van Loenen II 1914, p. 525.

<sup>287</sup> Francken 1851, p. 374-378; Oppenheim II 1913, p. 109-110; Van Loenen II 1914, p. 518 e.v.; Bool 1930, p. 327 en 339-340; Elenbaas I 1926, p. 579-582; HR 23 januari 1911,



Uitvoeringsbevoegdheid van burgemeester – De parlementaire geschiedenis is helder over de bevoegdheid van de burgemeester om die APV-bepalingen uit te voeren die zien op de handhaving van de openbare orde in voor publiek openstaande gebouwen en bij publieke samenkomsten. Zo stelt de regering in haar memorie van beantwoording het volgende: “Het schijnt van hoog belang, dat deze zorg *alleen op den burgemeester*, niet op het collegie van burgemeester en wethouders of eene commissie uit den Raad ruste. Niet alleen zal dan eenheid in de middelen, snelheid in de uitvoering beter verzekerd zijn. De handhaving der politie zal dan ook ter verantwoording wezen van één persoon, en daarin steviger waarborg hebben, dan wanneer zij op een meerderheid, collegie of commissie, nederkomt [cursivering LDR].”

De minister van Binnenlandse Zaken voegt in de handelingen daaraan toe: “Wanneer dat artikel [188, LDR] niet in de wet stond, dan zou daarvan het gevolg zijn dat die politie zou behooren aan burgemeester en wethouders, aan wie in den regel behoort de uitvoering der verordeningen van den Raad. Maar bij dit artikel is, om de redenen, ontwikkeld in de Memorie van Toelichting en in die van Beantwoording, *de uitvoering van de gemeentelijke politieverordeningen aan den burgemeester, aan een individu opgedragen* [cursivering, LDR]”.<sup>288</sup>

De exclusieve bevoegdheid van de burgemeester om voorschriften die betrekking hebben op voor publiek openstaande gebouwen e.d., uit te voeren, moet in haar historische context worden gezien. In deze periode verstaat men onder het uitvoeren van de raadsverordeningen het verlenen van vergunningen en onthefingen (dispensatie). Zoals in §2.2.1.1 is uiteengezet neemt men aan dat het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het uitvoeren van bepaalde regels, ook een bevoegdheid kent om deze regels te handhaven. In dit licht gold destijds dat de burgemeester het middel van politiedwang in mag zetten als verordeningen die onder zijn verantwoordelijkheid vallen, niet worden nageleefd (zie artikel 180 van de gemeentewet van 1851).<sup>289</sup>

### Artikel 180

Onder de uitvoering der verordeningen van den raad behoort de bevoegdheid tot het, des noods ten koste der overtreders, doen wegnemen, beletten of verrigten van hetgeen, in strijd met die verordeningen, wordt daargesteld, ondernomen of nagelaten.

Spoedeisende gevallen uitgezonderd, geschiedt dit niet, dan nadat de belanghebbende schriftelijk is gewaarschuwd.

---

*Gst.* 3112 (1911), p. 2-3. Zie verder het huidige artikel 160 lid 1 onder a en b Gem.wet; Dölle/Elzinga & Engels 2004, p. 292-293, 405.

<sup>288</sup> Bijblad van de Nederlandse Staatscourant 1850-1851, p. 453 (Verslag der Commissie van Rapporteurs), 524 (Memorie van Beantwoording) en 824 (Beraadslagingen). Zie ook: HR 23 januari 1911, *Gst.* 3112 (1911), p. 2-3.

<sup>289</sup> Van Loenen II 1914, p. 519-522, 526-527, 386 en 401-408, 463. Anders: Oppenheim II 1906, p. 99-106; Van den Brandhof 1924, p. 12.

### **Bevelsbevoegdheid zonder verordening?**

Het bepaalde in het eerste lid van artikel 188 roept ten slotte de vraag op of de burgemeester ook bevoegd is de orde te handhaven in voor publiek openstaande gebouwen e.d. indien geen verordening voorhanden is.

In deze periode is de opvatting van Oppenheim ruimer dan het standpunt dat de Hoge Raad in 1896 innam. In dit arrest is bepaald dat onder ‘politie’ alleen dient te worden verstaan handhaving der openbare orde ‘overeenkomstig de bestaande verordeningen’. De auteur meent dat als een dergelijke verordening ontbreekt, de burgemeester ‘naar zijnen rade voor de orde in deze inrichtingen en op deze plaatsen’ waakt, natuurlijk binnen de grenzen van de wet. In artikel 188 ziet hij, met andere woorden, een zelfstandige niet op plaatselijke verordeningen steunende noodzakelijk bevoegdheid neergelegd. In zijn visie kan de burgemeester bijvoorbeeld de eigenaar van een schouwburg bevelen tot het nemen van strenge maatregelen van voorzorg wanneer hij twijfelt aan de brandveiligheid en hem geen raadsverordening ter beschikking staat om de schouwburg te sluiten. Als op een bepaalde avond gevaar voor de openbare orde te verwachten is, bijvoorbeeld door een overvolle bezetting van het gebouw, kan de burgemeester vervolgens ontruiming van de schouwburg gelasten.

Andere auteurs menen dat de burgemeester slechts repressief mag optreden en niet preventief waardoor hij in dit voorbeeld slechts bevoegd zou zijn tot het ontruimen.<sup>290</sup> In deze discussie valt op dat men een bevelsbevoegdheid van de burgemeester mogelijk acht – ter handhaving van de openbare orde in de gevallen waarop artikel 188 ziet – terwijl de wettekst en de wetsgeschiedenis daar niet van reppen.

### **‘Met de openbare orde of zedelijkheid strijdige vertooningen’**

Het tweede lid van artikel 188 kent aan de burgemeester de bevoegdheid toe om preventief en repressief ‘vertooningen’ te censureren als deze in strijd zijn met de openbare orde of zedelijkheid. De Grondwet spreekt in artikel 7 in die tijd slechts van het verbod op ‘voorafgaand verlof (...) om door *de drukpers* gedachten of gevoelens te openbaren [cursivering LDR]’. Strikt geïnterpreteerd valt het woord vertoningen niet onder het begrip drukpers; men vraagt zich dan ook af of de censuur die in artikel 188 lid 2 wordt toegestaan, in strijd is met de geest van de Grondwet.<sup>291</sup>

---

<sup>290</sup> HR 17 februari 1896, *W.* 1896, 6769; Oppenheim II 1913, p. 307-309 (1928, p. 275-277); Van Loenen II 1914, p. 522-524; Bool 1930, p. 339. Zie ook: Hennekens 1990, p. 58-59.

<sup>291</sup> Van Loenen II 1914, p. 527-528; Oppenheim II 1928, p. 278-284.

## 5.2.4 Opperbevel bij brand ex artikel 189

De laatste ordebevoegdheid van de burgemeester is het voeren van het opperbevel in geval van brand (de voorloper van artikel 173 Gem.wet-oud thans artikel 4 lid 2 van de Wet veiligheidsregio's).

### Artikel 189

Bij brand heeft de burgemeester, behoudens de gewone dienstregeling, door plaatselijke verordeningen voorgeschreven, het opperbevel.

In het ontwerp van de gemeentewet van 1851 luidde dit artikel oorspronkelijk "Bij brand worden de noodige maatregelen genomen op zijn bevel". Een aantal Kamerleden vond echter dat op deze manier niet duidelijk was dat de burgemeester bij brand niet zelf het bevel voert, maar dat dit is toevertrouwd aan de brandmeesters. De burgemeester blijft wel belast met het handhaven van de openbare orde bij brand door het nemen van politiematregelen. Tegen deze achtergrond neemt de wetgever in artikel 189 nadrukkelijk op dat de burgemeester het opperbevel bij brand heeft, maar dat hij de bestaande gewone dienstregeling, door de raad bij verordening gegeven, niet terzijde kan stellen. Op zijn verantwoording kan slechts worden bevolen tot buitengewone maatregelen.<sup>292</sup>

Door de beschreven redactiewijziging wordt de zelfstandigheid van de brandweerautoriteiten erkend. Om deze reden vereist toepassing van artikel 189 enig overleg tussen de burgemeester en de brandweer. In het uiterste geval kan de burgemeester in twee opzichten zijn oppergezag doen gelden. Ten eerste als er bij brand politiematregelen nodig zijn om de orde te bewaken. Daarnaast doet de burgemeester zijn oppergezag gelden, mede op basis van artikel 73 van de Ontheingingswet van 1851, als bepaalde eigendommen ogenblikkelijk in bezit moeten worden genomen. Gedacht kan worden aan noodzakelijke maatregelen als het omverhalen van een muur of een huis ter stuiting van een brand. Logischerwijze volgt hieruit dat de burgemeester zich in die gevallen de toegang verschafft tot andermans huis.<sup>293</sup>

In verband met het afbakenen van bevoegdheden merkt Van Loenen op dat de gemeenteraad de voorzieningen bij brand niet bij verordening aan het college van b en w mag opdragen. Het college heeft op grond van artikel 170, onder n en onder o, slechts het toezicht op de brandblusmiddelen en de bevoegdheid om brandmeesters aan te nemen en te ontslaan. De regering gaf ten aanzien van het woord 'toezicht' – in tegenstelling tot het woord 'zorg' –, aan

<sup>292</sup> Francken 1851, p. 378.

<sup>293</sup> Van Loenen II 1914, p. 531-535; Elenbaas I 1902, p. 439.

dat het gaat om het ervoor waken dat zij die dienen te handelen, dit ook doen. Op deze wijze dient te wetgever aan te geven dat het college van b en w niet de verplichting heeft zelf te handelen.<sup>294</sup>

#### 5.2.4.1 *Verhouding tot overige bevoegdheden burgemeester*

##### **Verhouding met artikel 186**

In deze tijd speelt de vraag wat de precieze verhouding is tussen de bevoegdheid om het ‘opperbevel’ bij brand te voeren en het geven van alle benodigde ‘bevelen’ bij een oproerige beweging, samenscholing of andere stoornis der openbare orde ex artikel 186. Dát de burgemeester in een situatie van brand allerlei bevelen mag geven is helder, maar in niet alle gevallen is duidelijk welke wettelijke grondslag daarvan de basis vormt. Het zij opgemerkt dat artikel 189 geen expliciete bevelsbevoegdheid geeft – dit in tegenstelling tot artikel 186.

De burgemeester gebruikt in elk geval artikel 189 jo. 73 Onteigeningswet als basis indien hij bij brand inbreuk moet maken op het eigendomsrecht, bijvoorbeeld het bevel tot onverwijlde inbezitneming van een huis als het omver gehaald moet worden om een brand te stuiten. Dit type bevel kan de burgemeester zowel aan burgers als aan brandweerpersoneel geven. Betreft het echter het handhaven van de openbare orde bij brand, dan lijkt het erop dat hem twee bevoegdheden ten dienste staan: 186 en 189 gemeentewet. Op basis van de wetsgeschiedenis en de literatuur in deze periode is het aannemelijk dat niet zozeer sprake is van een overlapping tussen beide bevelsbevoegdheden, maar van *lex specialis*-constructie.

De middelen in artikel 184-186 kunnen in het algemeen ingezet worden wanneer zich een situatie voordoet als een oproerige beweging, samenscholing of (andere) verstoring van de openbare orde. Er bestaat geen consensus over de normadressant van de bevelen die ex artikel 186 gegeven worden (ordebevelen). Voordat de burgemeester in deze situaties beveelt tot het aanwenden van geweldsmaatregelen, dienen er waarschuwingen te zijn gegeven.

Mochten militaire- of politiematregelen nodig zijn om de orde te handhaven in het specifieke geval van *brand*, dan is artikel 189 toepasselijk. Het gaat hierbij om maatregelen tegen personen die bij brand de openbare orde verstoren en die worden uitgevoerd door politieambtenaren. De Hoge Raad beslist in 1896 dat het bij het nemen van geweldsmaatregelen in geval van brand niet noodzakelijk is dat de burgemeester driemaal laat waarschuwen.<sup>295</sup> Op dit punt bestaat

<sup>294</sup> Francken 1851, p. 341; Van Loenen II 1914, p. 531-535, 428-429 en 417.

<sup>295</sup> Van Loenen II 1914, p. 533; Crince le Roy 1963, p. 46-49; Hennekens 1991, p. 43 en 133; HR 30 maart 1896, *Gst.* 2330, *W.* 6790. De Hoge Raad bepaalt daarin het volgende: “O. dat de eerste stelling is onjuist, vermits art. 186 der Gemeentewet alleen toepasselijk is in het in art. 184 bedoeld geval, dat hier niet aanwezig was, terwyl, volgens art. 189, ‘bij brand’, hier volgens de feitelijke beslissing de aanleiding tot het door de genoemde amb-

dus verschil met de bevelsbevoegdheid in geval van een oproerige beweging e.d. waarvoor nadrukkelijk een waarschuwingsplicht geldt. Een ander verschil is dat er bij een bevel in geval van brand – in tegenstelling tot een bevel op grond van artikel 186 – geen discussie bestaat over de normadressant; men neemt aan dat een bevel zowel aan de brandweer als aan een burger gericht kan zijn.

## 5.3 De gemeentewet van 1931 tot aan 1992

### 5.3.1 Inleidende opmerkingen

De analyse van de bepalingen die tot aan 1992 het systeem van het openbare-orde-recht in de gemeentewet vormden, behandel ik in deze paragraaf telkens in twee fases. Eerst ga ik in op wijzigingen en kwesties die de herziening van de gemeentewet in 1931 met zich mee brengt. Vervolgens komen de ontwikkelingen aan bod die zich afspelen in de periode tussen de herziening van de gemeentewet in 1931 en die van 1992. Voor de duidelijkheid wordt nogmaals het overzicht van betrokken bepalingen bijgevoegd.

Gemeentewet	1851-1931	1931-1992	Sinds 1992	Sinds 2010	Bevoegdheid
Artikel	184 185 186	217 218 219	175	175	Noodbevel
Artikel	187	220	176	176	Noodverordening
Artikel	188	221	174	174	Toezicht op openbare samenkomsten en vermakelijkheden
Artikel	189	222	173	Vervallen*	Opperbevel bij brand Zie §8.6

Tabel 5: Overzicht ordebepalingen

---

tenaren uitgevoerde bevel des Burgemeesters, aan tot de handhaving der openbare orde vereischte maatregelen van geweld – gesteld al dat van zoodanige maatregelen in deze zaak sprake is – niet noodzakelijk eene waarschuwing behoort vooraf te gaan;”

### **Herziening van 1931**

Na tachtig jaar blijkt de gemeentewet van 1851 aan herziening toe te zijn. Minister Kan van Binnenlandse Zaken vergelijkt de gemeentewet met een kunstmonument dat vernieuwing behoeft. Over de mate van herziening merkt hij het volgende op: “Aan de grondvesten wordt niet geraakt, maar, waar het vernis verteerd was door den tand des tijds, is met min of meer kwistige hand het kunstwerk voor bederf behoed.”<sup>296</sup>

Als opvallende ontwikkelingen in deze herziening is onder meer te noemen de wijziging in artikel 1 die inhoudt dat de gemeentewet sindsdien expliciet uitgaat van drie bestuursorganen die het bestuur vormen (raad, college van b en w en burgemeester, voorheen waren dat slechts de raad en het college). De wethouders staan de burgemeester ook niet langer bij, maar vormen nu samen met hem het college.<sup>297</sup> De herziening laat de openbare-ordeparagraaf in het hoofdstuk ‘Van het dagelijks bestuur der gemeente’ in tact. In de bepalingen die voor dit onderzoek relevant zijn, brengt men slechts hier en daar enkele wijzigingen aan.

### **Periode 1931-1992**

De veranderingen in de openbare-ordeparagraaf in de periode tussen de herziening van de gemeentewet in 1931 en die van 1992 zijn gering, maar niettemin bepalend voor de inhoud van de ordebevoegden heden ten dage. De analyse laat zien hoe bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen en discussies hun invloed doen gelden op het gebruik van deze bepalingen. Daarnaast komen in dit tijdvak belangrijke wetten als de Politiewet, de Brandweerwet en de Rampenwet tot stand. Deze wetten versterken de bestaande burgemeesterlijke ordebevoegdheden, werken die nader uit en bieden bovenal een grondslag voor het uitbreiden van zijn macht.

## **5.3.2 Noodbevel ex (217-) 219**

### *5.3.2.1 Herziening van 1931*

Met de herzieningswet verandert er het een en ander aan het artikel dat de burgemeester de bevoegdheid geeft militaire hulp te vorderen in het geval van een verstoring van de openbare orde (oud artikel 184).

---

<sup>296</sup> Inleiding van J.B. Kan bij: Kooiman 1931.

<sup>297</sup> Wet van den 31sten Januari 1931, tot herziening van de Gemeentewet, *Stb.* 1931, 41; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 24-25 en Kooiman 1931, p. XXI-XXXVIII en p. 59.

**Artikel 217**

In geval van oproerige beweging van samenscholing of andere stoornis der openbare orde of van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, is de burgemeester bevoegd, de hulp van krijgsvolk te vorderen.

De vordering wordt gericht tot het door Onzen Minister van Defensie aan te wijzen gezag.

De burgemeester geeft van de vordering terstond kennis aan Onzen commissaris in de provincie.

**Militaire hulp**

Verwijderd uit het oude artikel zijn de woorden ‘der schutterij’ en ‘van het in de gemeente of in hare nabijheid aanwezige of naast bijzijnde’. Het schrappen van de eerstgenoemde term is het logische gevolg van het afschaffen van het orgaan ‘de schutterij’ begin negentienhonderd (zie §5.2.1 ). De zinsnede die aangaf waar het krijgsvolk precies vandaan diende te komen, schrapte men zodat de burgemeester vanuit het hele land militaire hulp inschakelen en niet slechts uit de gemeente zelf of uit haar directe omgeving. Bovendien kan hij nu in verband met het beoogde doel rekening houden met de geschiktheid van het wapen of het onderdeel van de krijgsmacht. Door het nieuwe lid 2 maakt men een einde aan de onzekerheid over de vraag tot welke bevelhebber de vordering gericht dient te zijn. Het verzoek om hulp richt de burgemeester tot het gezag dat door de Minister van Defensie als zodanig is aangewezen.

Naast de burgemeester kan ook de commissaris van de Koningin militaire hulp inschakelen bij onrust of oproer in de provincie en daarbij eveneens aan de bevelhebbers in kwestie bevelen geven (artikel 14 en 15 van de instructie voor de commissaris van de Koningin). Onrust in één of meerdere gemeenten impliceert onrust in de provincie. Aangezien een burgemeester op grond van de gemeentewet reeds bevoegd is om in te grijpen, vindt Van Loenen de bevoegdheid van de commissaris – gebaseerd op een instructie vastgesteld bij koninklijk besluit – niet bruikbaar en wellicht zelfs strijdig aan de wettelijke bevoegdheid van de burgemeester.

**‘Ernstige vrees’**

Een niet onbelangrijke wijziging in het nieuwe artikel 217 is de toevoeging ‘of van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan’. Door deze toevoeging codificeert de wetgever de gewoonte van burgemeesters om over te gaan tot het inschakelen van hulp of tot het nemen van bepaalde maatregelen vóórdát de ordeverstoring feitelijk al aanwezig is.<sup>298</sup>

---

<sup>298</sup> Elenbaas I 1932, p. 879-882; Van Loenen II 1934, p. 804-813 en Kooiman 1931, p. 448.

**Artikel 218**

Het gezag, bedoeld in het tweede lid van het vorige artikel, voldoet terstond aan de vordering.

De burgemeester bepaalt, zooveel mogelijk in overleg met het gezag, tot hetwelk de vordering moet worden gericht, de sterkte en de soort van het krijgsvolk. Bij gemis aan overeenstemming beslist de burgemeester, behoudens beroep van het gezag, tot hetwelk de vordering is gericht, op Onze met de uitvoering van deze wet belasten Minister.

Hangende de beslissing van Onzen voornoemden Minister wordt, voor zoover zulks slechts eenigszins mogelijk is, aan de vordering van den burgemeester gevolg gegeven.

**Procedure vorderen bijstand**

Artikel 218 kent ten opzichte van het oude artikel 185 een geheel nieuwe tekst. In de oude tekst stond slechts dat bevelhebbers terstond aan de vordering van de burgemeester dienden te voldoen en dat deze vordering zoveel mogelijk schriftelijk diende te zijn. De nieuwe tekst omschrijft nauwkeurig de te volgen procedure bij het inschakelen van militaire hulp. Er hoeft daarbij niet langer getwist te worden over de vraag wie de sterkte en aard van het benodigde krijgsvolk bepaalt: de burgemeester bepaalt dit, maar wel zoveel mogelijk in overleg met het militaire gezag. Het gezag heeft namelijk rekening te houden met elders bestaande behoefte aan krijgsvolk.

Als een bevelhebber het niet eens is met de beslissing van de burgemeester, kan hij in beroep bij de verantwoordelijke minister. Tijdens het beroep, zo bepaalt lid 3, wordt aan de vordering van de burgemeester voorlopig uitvoering gegeven, aangezien het altijd dringende omstandigheden zijn waarin geschillen van deze aard zich voordoen.<sup>299</sup>

**Bevelsbevoegdheid ongewijzigd**

Artikel 219 is ongewijzigd ten opzichte van het oude artikel 186. Als sprake is van een verstoring van de openbare orde, zoals een oproerige beweging of een samenshooling, mag de burgemeester overgaan tot elk bevel dat hij nodig acht om de orde te kunnen handhaven. Nog steeds is onduidelijk tot wie deze bevelen zich mogen richten: alleen aan bevelhebbers, alleen aan burgers of aan allebei.<sup>300</sup>

---

<sup>299</sup> Elenbaas I 1932, p. 882-883; Van Loenen II 1934, p. 813-814 en Kooiman 1931, p. 448-449.

<sup>300</sup> Elenbaas I 1932, p. 883-887; Van Loenen II 1934, p. 814-819 en Kooiman 1931, p. 449.



**Artikel 219**

In het in artikel 217 bedoeld geval, is de burgemeester bevoegd, alle bevelen, die hij ter handhaving der orde noodig acht, te geven.

Hij laat tot maatregelen van geweld niet overgaan, dan na het doen der vereischte waarschuwingen.

*5.3.2.2 Periode 1931-1992***Eerste Politiewet**

In de periode 1931-1992 ondergaan de artikelen 217-219 een aantal substantiële wijzigingen. De aanleiding hiervoor is de komst van de Politiewet van 1957. De totstandkoming van deze wet heeft nogal wat voeten in de aarde. Jarenlang bestond er strijd over de organisatie van de politie. Deze wet is de eerste formele wet met een regeling van de politie als geheel en legt de grondslag voor een taakverdeling tussen de burgemeester, het openbaar ministerie en het politieapparaat. In de Politiewet van 1957 is nog sprake van het historische gegroeide onderscheid tussen een gemeentepolitie en een rijkspolitie (artikel 1 Politiewet 1957). Bij het handhaven van de openbare orde treedt de burgemeester op als het hoofd van de gemeentepolitie; de rijkspolitie staat onder bevel van de Minister van Justitie (artikel 35 en 36 Politiewet 1957).<sup>301</sup>

Politie vóór 1993 – Tot aan de Politiewet van 1993 kent elke gemeente van oudsher twee soorten politie: rijkspolitie en gemeentepolitie. De gemeentelijke politie komt voort uit het stelsel van ordehandhaving zoals dat in Middeleeuwen in steden en op het platteland begonnen is. De politie in de steden bestond uit de schout die het gezag had over de nachtwachten en schutterijen, terwijl op het platteland was sprake van de baljuw die gezag had over roededragers.

De rijkspolitie is een meer gecentraliseerde vorm van politie die begint met de oprichting van de Koninklijke Marechaussee in 1814 door koning Willem I. Dit politiekorps is op militaire leest geschoeid en had aanvankelijk een beperkt takenpakket: het betekenen van dagvaardingen, het transporteren van gevangenen en het bewaren van de orde bij terechtzittingen. Vanwege de onoverzichtelijke situatie werd de rijkspolitie in 1851 niet bij wet geregeld, maar bij koninklijk besluit (het Rijkspolitiebesluit 1851). Kort hierna voegt men officieel het korps rijksveldwacht toe aan de rijkspolitie. Deze ambtenaren hadden als hoofdtaken het toezicht houden op de jacht en de visserij en het dienen van gerechten.

De gemeentewet van 1851 bevestigt deze mengeling aan politievormen in artikel 190: “De commissarissen en dienaren van politie of veldwachters, tevens aan de algemeene of rijkspolitie, onder het daarmede belast gezag, dienstbaar, staan, zooveel de gemeentepolitie betreft, onder de bevelen van den burgemeester. De gemeentepolitie rust op de plaatselijke

<sup>301</sup> Banning 1958; Perrick 1982, p. 47; Elzinga, Van Rest & De Valk 1995, p. 26-27.

verordeningen en bevelen, die, ten gevolge dezer wet, in het huishoudelijk belang der gemeente zijn gegeven.”

In de aanloop naar de Politiewet van 1957 zijn ook van belang geweest het Rijkspolitiebesluit van 1935 en het Politiebesluit van 1945. Het Rijkspolitiebesluit van 1935 kan genoemd worden – hoewel dit niet lang heeft gegolden – omdat dit besluit de positie van de rijkspolitie versterkt en in het bijzonder de functie van de procureur-generaal als directeur van politie staaft. De procureur-generaal is het primaire gezag in zijn ressort en handelt namens de Minister van Justitie die verantwoordelijk is voor de rijkspolitiezorg. Zijn taken waren destijds: het waken over de handhaving van wetten, algemene maatregelen van bestuur en andere Koninklijke Besluiten, voor de rust en veiligheid van de staat en voor de bescherming van personen en goederen. Aangezien de gemeentelijke politiezorg ziet op de plaatselijke verordeningen en de rijkswetgeving een enorme vlucht neemt, boeten de gemeentelijke verordeningen in aan betekenis. Revolutieonair is de bepaling dat de procureur-generaal méde verantwoordelijk is voor de handhaving van de openbare orde in zijn ressort. Gesteld kan worden dat hier de problemen beginnen met het afbakenen van de bevoegdheden tussen de burgemeester en de procureur-generaal (later de officier van justitie).

De Politiewet van 1957 is gedeeltelijk een codificatie van het Politiebesluit van 1945. Het is dit besluit dat rigoureuus breekt met het verleden waarin diverse korpsen naast en door elkaar heen werkten. Er blijven in essentie twee soorten politie over, de gemeentepolitie onder dagelijks beheer van de burgemeester en het Korps Rijkspolitie onder leiding en beheer van de Minister van Justitie. De Koninklijke Marechaussee is onderdeel geworden van de krijgsmacht. Beide soorten politie worden territoriaal strikt van elkaar gescheiden: in een gemeente oefent óf de gemeentepolitie óf de rijkspolitie de politiezorg uit. Regels die gaan over de indeling, sterkte, werving, kleding, bewapening, overige uitrusting en huisvesting, worden uitgevoerd door de Minister van Justitie voor wat betreft de rijkspolitie. Het is de Minister van Binnenlandse Zaken die deze regels uitvoert als het gaat om de gemeentepolitie.<sup>302</sup>

### Naar één zelfstandig artikel

De inwerkingtreding van de Politiewet is voor de wetgever reden om de artikelen 217 en 218 te laten vervallen. Door het vervallen van deze artikelen wordt

---

<sup>302</sup> Fijnaut 2007, m.n. hoofdstuk 2; Michiels e.a. 1997, p. 49-50; Van Riet 1995, m.n. p. 32, 44, 46; Perrick 1982, p. 31-47; Elzinga, Van Rest & De Valk 1995, p. 10-25; Besluit van 17 december 1851 houdende nadere bepalingen omtrent beheer en beleid der algemeene of rijkspolitie, *Stb.* 1851, 166 (Rijkspolitiebesluit 1851); Besluit van 6 augustus 1935 houdende bepalingen omtrent de Rijkspolitiezorg en de Rijkspolitie, alsmede ter uitvoering van de artikelen 223, eerste lid, en 225, eerste lid, der gemeentewet, *Stb.* 1935, 497 (Rijkspolitiebesluit 1935); Besluit van 8 november 1945 houdende vaststelling van het Politiebesluit 1945, *Stb.* 1945, F250.

artikel 219 een zelfstandig voorschrift (voorheen verwees dit artikel terug naar de omstandigheden in artikel 217).<sup>303</sup>

### **Artikel 219**

In geval van oproerige beweging, samensholing of andere stoornis der openbare orde of van ernstige rampen, dan wel van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, is de burgemeester bevoegd alle bevelen, die hij ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gemeen gevaar nodig acht, te geven.

De oude artikelen 217 en 218 bepaalden dat de burgemeester hulp van krijgsvolk kon vorderen en dat het gezag terstond aan deze vordering dient te voldoen. In hoofdstuk IV van de Politiewet is een nieuwe uitgebreide regeling gecreëerd voor het vorderen van bijstand. Deze regeling verschilt van de oude in die zin dat het inschakelen van bijstand in de eerste plaats wordt opgedragen aan de commissaris van de Koningin. Het is de commissaris die voorzieningen treft op verzoek van de burgemeester zodra de gemeentepolitie hulp nodig heeft bij het handhaven van de plaatselijke orde (artikel 44 Politiewet). Ook kan deze gezagsdrager hulp vorderen van: de rijkspolitie, burgemeesters (en dus gemeentelijk politiepersoneel) van andere gemeenten, in bijzondere gevallen de Koninklijke Marechaussee (artikel 47) of desnoods ander krijgsvolk (artikel 48).<sup>304</sup>

### **Normadressant**

Door het vervallen van de oude regeling van bijstand, eindigt de onduidelijkheid over diegene tot wie het bevel zich kan richten in artikel 219. Het is aannemelijk dat dit artikel vanaf het jaar 1957 niet langer ziet op bevelen gegeven aan politiepersoneel of krijgsvolk. Deze bevelsbevoegdheid is immers afzonderlijk opgenomen in de Politiewet van 1957. De meeste auteurs nemen aan dat de wetgever hiermee uitsluitend bevelen mogelijk maakt gericht tot het publiek (extern werkend).<sup>305</sup>

Normadressant artikel 219-oud – Er speelde onder de gemeentewet van 1851 een discussie over de reikwijdte van de oude artikelen 217-219 (daarvoor de artikelen 184-186). Sommigen leidden uit de samenhang van deze artikelen af dat de burgemeester zijn bevelen slechts kon richten *tot het militaire gezag* en niet tot burgers. Bij een oproerige beweging, sa-

<sup>303</sup> Wet van 4 juli 1957, houdende een regeling met betrekking tot de gemeente- en rijkspolitie, *Stb.* 1957, 244, artikel III.

<sup>304</sup> *Kamerstukken II* 1953-1954, 3525, nr. 3 (MvT), p. 14; Banning 1958, p. 33-37; Hennekens 1990, p. 235-249. De huidige regeling van bijstand is te vinden artikel 54 Politiewet 1993.

<sup>305</sup> Oud II 1959, p. 528-529; Crinice le Roy 1963, p. 31; Hennekens 1990, p. 92-93; Van der Meulen 1993, p. 198.

menscholing of ordeverstoring zou de burgemeester ex artikel 184 hulp van het krijgsvolk vorderen, de militaire bevelhebbers werden geacht aan deze vordering te voldoen gezien artikel 185 en artikel 186 zou vervolgens de relatie tussen de burgemeester en militaire autoriteit regelen. Om zich specifiek te richten op burgers, zou de burgemeester een noodverordening ex artikel 220 (187) dienen uit te vaardigen. Zie §5.2.1.1 en §5.3.2.2.

In 1985 treedt de Rampenwet in werking. De wetgever gaat tijdens de parlementaire behandeling van deze wet in op de reikwijdte van een aantal ordebevoegdheden van de burgemeester in de gemeentewet. Zo meldt men dat de burgemeester het brandweerpersoneel kan bevelen op basis van artikel 222 gemeentewet (zie §5.3.6) en de politie op basis van artikel 35 jo. artikel 28 Politiewet, voor zover het zijn openbare-ordetaak betreft. Vervolgens bevestigt de wetgever dat artikel 219 – en in het verlengde daarvan ook artikel 220 – de mogelijkheid opent om verplichtingen op te leggen aan burgers, particuliere organisaties en bedrijven. Blijkens de wetsgeschiedenis kan de burgemeester bovendien op grond van artikel 219 bevelen geven aan ‘organen van andere openbare lichamen’ die bij rampbestrijding betrokken zijn. Gedacht kan worden aan het verzoek aan een bestuurder of een waterstaatkundige van een waterschap, provincie of het Rijk om de operationele leiding van de rampbestrijding op zich te nemen.

Hennekens meent dat het systematischer was geweest om hiervoor een aparte regeling te treffen en niet via een toelichting bij de Rampenwet een dergelijke interpretatie onder artikel 219 te schuiven.<sup>306</sup>

### ‘Ernstige rampen’

De toevoeging ‘ernstige rampen’ in 1957 kent zijn oorsprong in de watersnoodramp van 1953. Door een hoge stormvloed en een ongelukkige samenloop van omstandigheden overstroomt in dat jaar onder meer Zeeland en Zuid-Holland waarbij bijna 2000 mensen om het leven komen.<sup>307</sup>

In Zierikzee gelast de burgemeester iedere inwoner de gemeente binnen drie dagen te verlaten. Hij kondigt een evacuatiebevel af in verband met ernstige vrees voor nieuwe overstromingen. Naar de letter is het niet mogelijk om preventieve maatregelen te nemen in geval van een ramp. In een zaak voert appellant aan dat artikel 219 alleen mag worden aangewend ter handhaving van de

<sup>306</sup> Wet van 30 januari 1985 houdende nieuwe regels inzake de rampenbestrijding en de voorbereiding daarop, *Stb.* 88 (zie artikel 11); *Kamerstukken II* 1981-1982, 16 978, nr. 3, p. 5, 6 en 9, 13 (MvT) en 1982-1983, 16 978, nr. 5, p. 23 (MvA); Hennekens 1990, p. 92-93.

<sup>307</sup> *Kamerstukken II* 1956-1957, 3525, 14, p. 6 (nader gewijzigd ontwerp van wet), artikel III en *Stb.* 1957, 244. Zie verder: <[www.knmi.nl](http://www.knmi.nl)> en vervolgens achtergrond/nader verklaard/watersnoodramp/watersnoodramp 1953 en overzicht achtergronden/stormvloed in een veranderd klimaat (laatst geraadpleegd op 5 mei 2011).

openbare orde waaronder verstaan wordt het voorkomen dan wel onderdrukken van strafbare feiten tegen de openbare orde. Tijdens de watersnoodramp in Zierikzee is geen sprake van een verstoring van de openbare orde. Het hof overweegt echter dat het begrip ‘stoornis der openbare orde’ ook zo is te interpreteren dat daaronder valt een stoornis als gevolg van een ernstige natuurramp. De wetgever wil elke twijfel op dit punt uitsluiten en voegt expliciet ‘ernstige rampen’ toe in artikel 219; het bijvoeglijk naamwoord ‘ernstig’ zou beter naar voren brengen dat de bevoegdheid slechts bij uitzondering gebruikt mag worden.<sup>308</sup>

Tegen deze achtergrond wordt in artikel 219 daarnaast de zinsnede ‘ter beperking van gemeen gevaar’ toegevoegd. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de burgemeester hiermee de bevoegdheid krijgt om gebieden die door gevaar worden bedreigd, te ontruimen. Hiermee zou artikel 219 zien op de algemene taak van de burgemeester ter beveiliging van de bevolking. Later kristalliseert zich uit dat de burgemeester sinds de toevoegingen zowel bevelen kan geven om terug te keren naar het normale rustniveau (ter handhaving van de openbare orde), als om te komen tot een ander niveau om het gevaar van een ramp of zwaar ongeval zoveel mogelijk te reduceren.<sup>309</sup>

### Ongebreidelde macht?

Door deze uitbreidingen krijgt artikel 219 een groter bereik. Dit roept meer dan voorheen de vraag op in hoeverre de burgemeester met deze bevelsbevoegdheid een dictatoriale macht toekomt (zie §5.2.1.1). De regering blijft zich op het standpunt stellen dat in artikel 219 niets wordt uitgezonderd en dat slechts bepalend is of het handelen van de burgemeester op dat ogenblik verder is gegaan dan noodzakelijk was.<sup>310</sup>

<sup>308</sup> Rb. Middelburg (pres.) 4 maart 1953, *NJ* 1953, 197 en Hof 's-Gravenhage 29 april 1953, *NJ* 1953, 392 (*Zierikzee*-arrest); *Kamerstukken II* 1953-1954, 3525, nr. 3, p. 15; Crince le Roy 1963, p. 30-31; Hennekens 1990, p. 92 en 118-119; De Jong 1994, p. 64-65. Het spreekt vanzelf dat de burgemeester bij het nemen van ordemaatregelen die verband houden met de uitoefening van de waterstaatszorg overleg pleegt met het waterschapsbestuur (*Handelingen II* 1956-1957, blz. 2443 en Crince le Roy 1963, p. 32).

<sup>309</sup> In verband met het afbakenen tussen de bevoegdheden van de burgemeester en het bestuur van het waterschap gebruikt minister Struycken het voorbeeld van het acuut ontstaan van gevaar voor een dijkdoorbraak. De burgemeester is bevoegd het achterliggende gebied te ontruimen en het waterschapsbestuur kan het dijkleger, gerekruteerd uit de bevolking, inschakelen om dijkdoorbraak te voorkomen. De minister verklaart vervolgens: “Men heeft hier twee geheel verschillende taken: de algemene taak van de burgemeester ter beveiliging van de bevolking en de speciale taak van het waterschapsbestuur om (...) de beveiliging van de dijk zo goed mogelijk te verzekeren.” *Handelingen II* 1956-1957, p. 2443.

<sup>310</sup> *Handelingen II* 1889-1890, p. 1652 (interpellatie Domela Nieuwenhuis over de houding der overheid ten aanzien van de werkstaking te Enschede). Zie ook noot hieronder.

Regeringsstandpunt ten aanzien van artikel 219 – Minister De Wilde verklaart in het jaar 1933: “Nu heeft de heer Mendels een juridische betoog opgezet, dat de burgemeester alle bevelen slechts mag geven binnen de grenzen van de wet. De gemeentewet zegt juist, dat hij in dergelijke gevallen alle bevelen mag geven. Als er moeilijkheden zijn, gevaar voor verstoring van de orde, dan kan hij als burgemeester zelfs de vrijheid aannemen.”

En naar aanleiding van het voorval waarbij de burgemeester van Enschede zijn bevelsbevoegdheid uit artikel 219 gebruikte om een vergadering te ontbinden, zegt minister Van Boeyen in 1938: “Ik geloof, dat noch art. 10 van de Grondwet noch de inhoud van de wet betreffende vereniging en vergadering die vrij onbeperkte bevoegdheid van den burgemeester op eenigerlei wijze beknót”.<sup>311</sup>

De discussie spitst zich vervolgens toe op de vraag of en in hoeverre het noodbevel mag derogeren aan wettelijke voorschriften. Tegenstanders (o.a. Prins, Brandhof, Oppenheim, Bool, Van Loenen) argumenteren dat de burgemeester gebonden blijft aan wettelijke regels – in het oorlogsrecht omschrijft men toch ook nauwkeurig van welke wetten een militaire commandant mag afwijken? Als de burgemeester op grond van artikel 219 wel een onbeperkte macht zou toekomen, zou de bevoegdheid om noodvoorschriften uit te vaardigen ex artikel 220 overbodig zijn; de burgemeester kan dan immers volstaan met het geven van bevelen.

Als voorstanders van de regeringsopvatting kunnen gerekend worden IJnzonides, Oud en Burkens. Volgens IJnzonides houdt de notie van noodrecht in dat plotseling opkomende gevaren door snelle beslissingen worden afgewend. Artikel 219 is daarom een laatste redmiddel: recht voor abnormale gevallen dat los staat van het normale recht. In deze gevallen is de burgemeester dus *legibus solutus* (niet gebonden aan de wet). Oud meent dat de burgemeester bevoegd is om alle noodzakelijke bevelen te geven, tenzij het geven van een bepaald bevel door een wettelijk voorschrift verboden wordt. In de visie van deze auteur is artikel 219 geschreven voor specifieke gevallen zodat dit artikel tegenover het recht van vereniging en vergadering geldt als een *lex specialis* en om deze reden voor gaat op de grondrechten. Burkens is het met deze visie eens. Hoewel volgens deze auteur bij artikel 219 het persoonlijke oordeel van de burgemeester beslissend is, geeft Burkens aan dat wel sprake is van een ‘situatie- en doelcriterium’. Binnen de marges van deze criteria zijn alle mogelijke maatregelen geoorloofd.<sup>312</sup>

<sup>311</sup> *Handelingen I* 1933-1934, p. 236; *Handelingen II* 1938-1939, p. 751.

<sup>312</sup> Crinice le Roy 1963, p. 32-34. Tegenstanders: M.I. Prins 1911, p. 97-100; Van den Brandhof 1924, p. 102-104; Oppenheim II 1928, p. 312-314; Bool 1930, p. 351; Van Loenen II 1934, p. 816. Zie ook de opsomming van IJnzonides 1938, p. 74-77; Voorstanders: IJnzonides 1938, p. 81 en Oud II 1959, p. 529-531; Burkens 1970, p. 326 en Burkens 1982, p.

### 5.3.3 Noodvoorschriften ex artikel 220

#### 5.3.3.1 *Herziening van 1931*

De redactionele veranderingen die artikel 187 onderging, hebben betrekking op de procedure nadat de burgemeester van zijn tijdelijke wetgevingsbevoegdheid gebruik heeft gemaakt. Het derde, vierde en vijfde lid zijn door de herzieningswet ingevoegd ter vervanging van het oude derde lid en een zesde lid is nieuw toegevoegd.

#### **Artikel 220**

Is het, in zoodanige toestand, noodig, algemeene voorschriften van politie voor de inwoners uit te vaardigen en onverwijld af te kondigen, de burgemeester is er toe bevoegd. Hij brengt die voorschriften terstond ter kennis van Onze commissaris in de provincie en, zoo spoedig mogelijk, ter kennis van den raad.

Onze commissaris kan de uitvoering van zoodanige voorschriften schorsen.

De voorschriften vervallen, zoo zij niet aan den raad in diens eerstvolgende vergadering, waarin meer dan de helft van het getal zitting hebbende leden tegenwoordig is, ter bekrachtiging worden aangeboden.

Ten aanzien van een besluit tot niet-bekrachtiging kan de burgemeester binnen vier en twintig uren bij Onze commissaris in de provincie voorziening vragen. Deze beslist binnen tweemaal vier en twintig uren.

Hangende diens beslissing, blijven de voorschriften van kracht.

Bij twijfel, of de in de in het eerste lid bedoelde toestand aanwezig was, verbinden de daar bedoelde voorschriften, tot zij zijn geschorst, vervallen of ingetrokken.

#### **Bekrachtiging**

Het oude derde lid bepaalde dat de algemene voorschriften van politie vervielen zodra deze door de gemeenteraad in een eerstvolgende vergadering niet werden bekrachtigd. In het nieuwe derde lid staat dat de voorschriften pas vervallen als deze niet aan de raad ter bekrachtiging worden aangeboden. Daarbij is expliciet bepaald dat de eerstvolgende zitting van de raad aan het vereiste quorum dient te voldoen.

---

624. Zie verder: Capel 1975, p. 72-74 en de reactie daarop van Crince le Roy 1975, p. 117.

### Commissaris van de Koningin

Nadat sprake is van een niet-bekrachtigingsbesluit kan de burgemeester op basis van het nieuwe vierde en vijfde lid bij de commissaris van de Koningin in beroep. In de oude procedure werd verwezen naar de mogelijkheid om dit besluit ter schorsing of vernietiging bij de Kroon aan te bieden. Tijdens het administratief beroep blijven de noodvoorschriften van kracht. Het nieuwe lid 6 geeft daarbij nog eens nadrukkelijk aan dat bij twijfel over de vraag of sprake was van een verstoring van de openbare orde, de algemene voorschriften verbindend zijn totdat zij zijn geschorst, vervallen of ingetrokken.<sup>313</sup>

In het nieuwe artikel 220 is verdwenen de bepaling in het oude vierde lid waarin stond dat de commissaris van de Koningin de nodige voorschriften en bevelen uitvaardigt indien de burgemeester of zijn vervanger niet in staat is te handelen. Hennekens merkt op dat het Wetboek van Strafrecht ten aanzien van deze wijziging abusievelijk niet is aangepast. Artikel 443 Sr verwijst daarom nog naar deze mogelijkheid (het niet voldoen aan algemene voorschriften van politie krachtens de gemeentewet in buitengewone omstandigheden door de commissaris van de Koning in de provincie uitgevaardigd en afgekondigd, is een overtreding).<sup>314</sup>

#### 5.3.3.2 Periode 1931-1992

In het tijdvak 1931-1992 ondergaat artikel 220 geen rigoureuze wijzigingen. De redactie van het artikel zoals hieronder opgenomen, is de tekst zoals die geldt na de inwerkingtreding van de Politiewet van 1957.

#### Artikel 220

In de gevallen bedoeld in artikel 219, eerste lid, kan de burgemeester ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gemeen gevaar algemene voorschriften uitvaardigen en afkondigen. Hij brengt deze voorschriften terstond ter kennis van Onze commissaris in de provincie en zo spoedig mogelijks ter kennis van de raad.

Onze commissaris kan de uitvoering van zoodanige voorschriften schorsen.

De voorschriften vervallen, zoo zij niet aan den raad in diens eerstvolgende vergadering, waarin meer dan de helft van het getal zitting hebbende leden tegenwoordig is, ter bekrachtiging worden aangeboden.

Ten aanzien van een besluit tot niet-bekrachtiging kan de burgemeester binnen een dag bij Onze commissaris in de provincie voorziening vragen. Deze beslist binnen twee dagen.

Hangende diens beslissing, blijven de voorschriften van kracht.

<sup>313</sup> Van Loenen II 1934, p. 820-825 en Kooiman 1931, p. 450-452.

<sup>314</sup> Hennekens 1990, p. 46-47.



Bij twijfel, of de in de in het eerste lid bedoelde toestand aanwezig was, verbinden de daar bedoelde voorschriften, tot zij zijn geschorst, vervallen of ingetrokken.

### ‘Algemene voorschriften (van politie)’

Tot de nieuwe Politiewet in 1957 spreekt artikel 220 nog van ‘algemene voorschriften van politie’. Het is sinds de gemeentewet van 1851 niet duidelijk wat onder deze term valt. In navolging van Prins neemt men sinds het begin van de twintigste eeuw aan dat de wetgever bij deze term denkt aan algemene voorschriften die het handhaven van de openbare orde tot doel hebben en die door straf bedreigd worden. De auteur rekent hiertoe eveneens voorschriften die door feitelijke dwang kunnen worden gehandhaafd.

Oud spreekt van voorschriften door ‘politiedwang of straf te handhaven’. Hij merkt op dat de bevoegdheid om deze voorschriften door middel van politiedwang te handhaven zeer aannemelijk is als je van het standpunt uitgaat dat deze bevoegdheid inherent is aan het overheidsgezag.<sup>315</sup> Oud doelt op de algemeen geaccepteerde visie in de negentiende en twintigste eeuw die inhoudt dat het bevoegde gezag dat belast is met het uitvoeren van bepaalde regels, als vanzelfsprekend bevoegd is om deze regels ook te handhaven.<sup>316</sup>

### Wijzigingen na Politiewet

Door de komst van de Politiewet van 1957 ondergaat artikel 220 enige inhoudelijke en redactionele aanpassingen. In de eerste plaats wordt de openingszin van artikel 220 aangepast. Er stond: ‘Is het, in zoodanige toestand, noodig, algemeene voorschriften van politie voor de inwoners uit te vaardigen en onverwijld af te kondigen, de burgemeester is er toe bevoegd.’ Nieuw is de expliciete verwijzing in artikel 220 naar artikel 219. De wijzigingen die het laatstgenoemde artikel ondergaat in 1957 (toevoeging ‘ernstige rampen’ en de zinsnede ‘ter beperking van gemeen gevaar’), gaan dienovereenkomstig op voor artikel 220. Voor het uitvaardigen van algemene voorschriften in dit artikel is hetzelfde kader toegevoegd: ‘ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gemeen gevaar’. De burgemeester is hiermee bevoegd om door tijdelijke voorschriften

<sup>315</sup> Prins 1911, p. 92-93; Van Loenen II 1914, p. 511; Bool 1930, p. 352; Van Loenen 1934, p. 822; Oud 1959, p. 537-538.

<sup>316</sup> Francken 1851, p. 343; Van den Brandhof 1924, o.a. p. 12; Prins en Van Wijk 1954, p. 5 e.v.; Snijders 1982, p. 28-31; Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 21-22. Sinds de inwerkingtreding van de derde tranche Awb in 1998 eist de wetgever in verband met het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel dat de bestuursdwangbevoegdheid hiertoe uitdrukkelijk in de wet is vastgelegd (artikel 5:4 Awb), zie §3.2.3.

een 219-situatie te doen terugkeren tot een toestand met een normaal rustniveau of een ander niveau om het algemene gevaar te beperken.<sup>317</sup>

Ten slotte kan vermeld worden dat de nieuwe Politiewet er voor zorgt dat in artikel 220 zowel de zinsnede ‘voor de inwoners’ verdwijnt, als de woorden ‘van de politie’. Helaas licht de wetgever deze wijzigingen niet toe. Door de verdwijning van het gedeelte ‘van de politie’ ontbreekt ook op dit punt – zie §5.3.3.1 – overeenstemming met artikel 443 Sr dat nog van een ‘algemeen voorschrift van politie’ spreekt.

### 5.3.4 Verhouding tussen noodbevel en noodvoorschriften

Ligt aanvankelijk de nadruk op de te volgen procedure na het uitvaardigen van algemene voorschriften, in de periode 1931-1992 begint men zich af te vragen wat de precieze verhouding is tussen een bevel ex artikel 219 en de voorschriften ex artikel 220 – later aangeduid als noodbevel en noodverordening. Het onderscheid is relevant ook en vooral in verband met de kwalificatie van het soort delict: bij het opzettelijk overtreden van een bevel is sprake van een misdrijf en bij de niet-naleving van een algemeen voorschrift een overtreding (zie artt. 184, 186 en 443 Sr). De sanctie bij beiden blijkt nagenoeg gelijk.

In 1933 wijst de Hoge Raad een arrest waarin het onderscheid tussen het noodbevel en de noodverordening wordt verduidelijkt. In de casus verbiedt de burgemeester aan een ieder in de gemeente Velsen om zich tussen middernacht en vijf uur 's middags te bevinden op de openbare weg in een bepaald gebied. Rekwirant wordt vervolgd ter zake van het overtreden van dat algemene voorschrift ex artikel 443 Sr. Hij stelt dat de burgemeester een bevel ter handhaving van de openbare orde uitvaardigde en niet een algemeen voorschrift. De Hoge Raad oordeelt dat sprake is van het laatste, omdat het voorschrift:

- a) van geheel algemene strekking is;
- b) zich richt tot een ieder;
- c) rechtstreeks ingrijpt in de rechtstoestand van diegene die zich op het grondgebied van de gemeente bevinden.<sup>318</sup>

<sup>317</sup> Wet van 4 juli 1957, houdende een regeling met betrekking tot de gemeente- en rijkspolitie, *Stb.* 1957, 244, artikel III; *Kamerstukken II* 1953-1954, 3525, nr. 3, p. 15; Zie ook: *Handelingen II* 1956-1957, p. 2443. Een futiele wijziging van artikel 220 vindt plaats in 1965: ‘vier en twintig uren’ wordt vervangen door ‘dag’ en ‘dagen’ in lid 4. Zie *Stb.* 1965, 121.

<sup>318</sup> Uit het arrest volgt eveneens dat de term ‘voor inwoners’ iedereen betrof die zich op dat moment op het grondgebied van de burgemeester bevond. Rb. Haarlem 13 juli 1933, *W.* 1933, 12641 en HR 4 december 1933, *W.* 1933, 12717. Zie ook: *IJnzonides* 1938, p. 77.

In de doctrine zijn de meningen verdeeld; er zijn twee stromingen te onderscheiden. De eerste stroming meent dat de tijdelijke algemene voorschriften die de burgemeester heeft afgekondigd, niet meer zijn dan (reguliere) algemeen verbindende voorschriften onder specifieke omstandigheden tot stand gekomen. In deze visie sluit men aan bij eisen die normaliter worden gesteld aan wetten en bestaan er dus grote verschillen tussen artikel 220 en artikel 219. Aanhangers van de tweede stroming vinden daarentegen dat tussen de algemene voorschriften en de bevelen nauwelijks verschil bestaat.

De meerderheid van de auteurs behoort tot de eerste richting (Oppenheim, IJnzonides, Oud, Crinice le Roy, Burkens, Lisser). Volgens Oppenheim worden bevelen in buitengewone omstandigheden in concreto gegeven en zijn die altijd ondergeschikt aan wetten. De algemene regels vastgesteld door de burgemeester zijn niet ondergeschikt aan raadsverordeningen en mogen hieraan tijdelijk derogeren. Zodra de bijzondere algemene voorschriften door de raad zijn bekrachtigd, hebben zij niet te gelden als een 'raadsverordening', maar blijft sprake van voorschriften afkomstig door de burgemeester. Anders zou artikel 443 Sr geforceerd geïnterpreteerd moeten worden en kan de burgemeester de voorschriften niet intrekken zodra de buitengewone situatie ophoudt te bestaan.<sup>319</sup>

IJnzonides stelt dat algemene voorschriften een geheel andere strekking hebben dan bevelen die ex artikel 219 worden ingezet. Bevelen zijn gericht op bijzondere personen of groepen van personen in concrete gevallen zoals het bevel om ophoopjes te weren of een baldadige menigte uiteen te drijven. Algemene voorschriften zijn daarentegen gericht op burgers in het algemeen, op iedereen die zich in de gemeente ophoudt, en kunnen hun kracht behouden als de situatie opgehouden is te bestaan. Deze voorschriften strekken tot het voorkomen van herhaling. Als de situatie terstond eist dat een ordeverstoring voorkomen of beëindigd dient te worden, anders gezegd een onmiddellijk ingrijpen noodzakelijk is, meent IJnzonides dat de burgemeester bevelen moet inzetten en niet algemene voorschriften. De auteur gaat ervan uit dat de burgemeester geen tijd heeft om rustig een voorschrift te ontwerpen en uit te vaardigen. Nadat de rust terug is gekeerd door bevelen af te kondigen, kan de burgemeester met algemene voorschriften wel verdere voorzorgsmaatregelen nemen.<sup>320</sup>

Volgens Oud vereisen bevelen van een bepaald persoon of van bepaalde personen, daaronder begrepen een volksmenigte, een concrete gedraging. Noodvoorschriften zijn naar zijn mening van materieel wetgevende aard en zijn alleen verbindend als deze afkomstig zijn van bevoegd gezag. Voor de rechtsgeldigheid is volgens Oud verder van belang dat de voorschriften betrekking hebben

---

<sup>319</sup> Oppenheim II 1928, p. 314, 317 en 319 (zie noot op deze p.). Hennekens dicht Oppenheim op dit punt een andere mening toe, zie Hennekens 1990, p. 121.

<sup>320</sup> IJnzonides 1938, p. 78.

op het handhaven van de openbare orde of het beperken van gemeen gevaar. Bovendien zullen zij moeten blijven binnen de grenzen van de huishouding van de gemeente (hetgeen de raad niet mag verordenen, mag de burgemeester evenmin voorschrijven).<sup>321</sup>

Crince le Roy sluit zich aan bij het standpunt van Oud voor wat betreft het verschil tussen het noodbevel en de noodverordening. Hij merkt wel op dat de grens tussen bevel en voorschrift niet altijd duidelijk te trekken is. Desondanks vindt hij het onjuist om de door de noodsituatie gecreëerde maatregelen zowel te baseren op artikel 219 als 220 (zoals de situatie in het *Zierikzee*-arrest in 1953). In verband met het verschil in kwalificatie van het delict dient de burgemeesters uit zijn bedoeling te laten blijken, los van een naam die hij aan zijn besluit geeft, of sprake is van een voorschrift of bevel. De auteur is het oneens met het standpunt van Oud dat de burgemeester nooit meer kan verordenen dan waartoe de raad bevoegd is. Hij wijst hierbij op een arrest van 1950 waarin beslist is dat een burgemeesterlijke noodverordening, anders dan een raadsverordening, zo nodig de grondrechten opzij kan zetten.<sup>322</sup>

Tot slot zijn ook Burkens en Lisser van mening dat het karakter van de noodverordening principieel anders is dan dat van het noodbevel. De bevelen hebben een ad hoc karakter en worden 'op de man af' gegeven. Door een bevel te veronachtzamen, trotseert men het bevoegde gezag. Een verschil met de noodverordening is ook dat het bevel niet een blijvende rechtssituatie creëert in afwijking van het gemene recht. Het normale recht blijft gelden, want het wordt slechts ad hoc gebroken. Zodra het bevel wordt opgevolgd, is het uitgewerkt. Noodvoorschriften creëren een voorlopig gewijzigde rechtssituatie in die zin dat de gemeentelijke rechtsorde een wijziging heeft ondergaan. Evenals als Inzonides wijzen de auteurs hierbij op het preventieve karakter van de noodverordening. Door de bekrachtiging van de raad voegt men de noodverordening in binnen de normale gemeentelijke competentiesfeer. De burgemeester kan daarmee gezien worden als de zaakwaarnemer van de raad. In dit licht is het niet zo merkwaardig dat de raad verordeningen bekrachtigt die een grotere reikwijdte hebben dan waartoe de raad zelf bevoegd is, aldus Burkens. De auteur meent net als Oud dat alleen bevelen een *legibus solutus*-karakter hebben en dat noodvoorschriften wel gebonden zijn aan de wet.<sup>323</sup>

Tot de tweede stroming kan met name Hennekens gerekend worden. De auteur vindt het wenselijk om de juridische betekenis van artikel 219 en 220 'zoveel mogelijk met elkaar te laten sporen'. Hij wijst hierbij op de vage grens

<sup>321</sup> Oud 1959, p. 534, 538-539. Zo vindt Oud (p. 535-536) dat de burgemeester in het *Zierikzee*-arrest (*NJ* 1953, 392) een ontruimingsbevel gaf en dat in de zaak ten onrechte melding is gemaakt van artikel 220.

<sup>322</sup> Crince le Roy 1963, p. 37-39; HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137 en HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 138.

<sup>323</sup> Burkens 1982, p. 626; Lisser 1983, p. 3

tussen materiële wetgeving en een beschikking. De burgemeester roept in beide gevallen als legislator rechtsgevolgen in het leven en scheidt in beide gevallen een regel voor een beperkte tijd en voor bepaalde situaties. Als men een wezenlijke grens legt tussen de werking van het ene middel en het andere, kan de burgemeester gedwongen worden het middel te kiezen dat het minst problematisch is om het gewenste effect te bereiken. Niet alleen zou hij hiermee voor een oneigenlijk keuzeprobleem gesteld worden, ook is voor het onderscheid volgens Hennekens geen steun in de wet te vinden. Het geschreven noodrecht wil immers een basis leggen in de wet om onvoorziene situaties het hoofd te kunnen bieden door hem ruime blanco bevoegdheden te geven. Als men vindt dat de burgemeester bij een bevel *legibus solutus* is vanwege een noodsituatie, is het niet consistent als men dit niet ook voor een noodverordening aanvaardt.<sup>324</sup>

### 5.3.5 Voor publiek openstaande gebouwen en samenkomsten e.d. ex artikel 221

#### 5.3.5.1 Herziening van 1931

Het oude artikel 188 wordt met de herziening in 1931 nauwelijks gewijzigd.

#### Artikel 221

De politie over de schouwburgen, herbergen, tapperijen en alle voor het publiek openstaande gebouwen en samenkomsten, benevens over openbare vermakelijkheden, behoort aan den burgemeester.

Hij waakt tegen het doen van met de openbare orde of zedelijkheid strijdige vertooningen.

Het artikel blijft daarmee een complexe bepaling. Onder het woord politie moet worden verstaan ‘handhaving der openbare orde en der daaromtrent gemaakte plaatselijke verordeningen’. De burgemeester heeft daardoor tot taak om de orde te handhaven in gebouwen die voor publiek openstaan, bij samenkomsten die voor het publiek openstaan en bij openbare vermakelijkheden. Daarnaast is hij verantwoordelijk voor het uitvoeren van verordeningen ‘daaromtrent’. Het gaat om verordeningen die betrekking hebben op de handhaving van de openbare orde in voor publiek openstaande gebouwen e.d.

<sup>324</sup> Hennekens 1990, p. 95, 127-128. Ten aanzien van het standpunt (tweede stroming) dat het karakter van de noodverordening en het noodbevel weinig van elkaar verschillen, verwijst de Hennekens (op p. 94-95 en 122) ook naar Drion (HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 m.nt. HD) en naar het preadvies van Donner en Samkalden (VAR 1960, p. 8). De verwijzingen betreffen een algemene mening die niet specifiek betrekking heeft op noodbevoegdheden van de burgemeester.

Een geringe wijziging vindt plaats door voor ‘openbare gemaklijkheden’, de term ‘benevens over’ toe te voegen en de zinsnede ‘openlijke huizen van ontucht’ te schrappen. Men vindt het weinig elegant dat het oude artikel de indruk wekt dat de huizen van ontucht in ons land worden getolereerd en erkend.<sup>325</sup>

### 5.3.5.2 Periode 1931-1992

Artikel 221 maakt in de periode van de herziening tot aan 1992 een woelige periode mee. Aan de tekst van de bepaling verandert niets. Er zijn drie kwesties waaraan ik aandacht wil besteden.

#### **Bevelsbevoegdheid zonder verordening?**

Het eerste vraagstuk speelde al onder de gemeentewet van 1851 (zie paragraaf §5.2.3) en ziet op de vraag in hoeverre de burgemeester bevelen mag geven als het om voor publiek openstaande gebouwen en samenkomsten e.d. gaat, indien een raadsverordening niet voorhanden is. De visie van Oppenheim op artikel 188 destijds, inclusief het voorbeeld dat hij aanhaalde, aanvaardt men uiteindelijk als de gangbare opvatting. De auteur meent dat het artikel noodzakelijkerwijs een zelfstandige bevoegdheid bevat indien een raadsverordening ontbreekt; de burgemeester mag daardoor bijvoorbeeld een schouwburg ontruimen als dat in verband met de brandveiligheid nodig is. Van der Pot en Oud preciseren zijn visie door toe te voegen dat de burgemeester alleen in concreto bevelen mag geven zonder basis in een raadsverordening, als de bevelen niet in strijd komen met een verordening. Volgens Elenbaas en IJnzonides is het niet goed denkbaar dat de raad ten aanzien van de materie waar artikel 221 op ziet, geen verordening heeft opgesteld.<sup>326</sup>

De opvatting dat de burgemeester bij afwezigheid van een verordening bevelen geeft en daarbij fysieke maatregelen neemt als artikel 221 toepasselijk is (indien de ordeverstoring zich voordoet in een voor publiek openstaand gebouw, bij een publieke bijeenkomst e.d.) vindt uiteindelijk zijn neerslag in de jurisprudentie. De leidende uitspraak in dit verband is de zaak *Sociëteit Gouda* waarin de burgemeester de sluiting beveelt van jeugdsociëteit ‘de Pijpenla’ op straffe van effectueren van het bevel door toepassing van politiedwang. Aanleiding hiervoor vormen de meerdere malen door de politie geconstateerde ernstige verstoringen van de openbare orde in en rond de inrichting en klachten van

<sup>325</sup> Elenbaas I 1932, p. 893-898; Van Loenen II 1934, p. 825-836; Kooijman 1931, p. 452-453. Zie verder over artikel 221 Gemeentewet §5.3.5.

<sup>326</sup> Bewerking van Van der Pot in Oppenheim II 1928, p. 276 noot 1; Elenbaas 1932 I, p. 895; IJnzonides 1938, p. 85; Sikkes & Zadel 1958, p. 352; Oud 1959, p. 520-521; Burger e.a. 1976, p. 189; Brederveld & Schroot & Wijma 1990, p. 270-271; Hennekens 1990, o.a. p. 60-62.

buurtbewoners over overlast, vechtpartijen en vernielingen door bezoekers van de sociëteit. Een raadsverordening als grondslag voor het bevel is afwezig.

De voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State oordeelt dat hoewel de inrichting te boek staat als een gezelligheidsvereniging die slechts toegankelijk is voor leden, feitelijk geen sprake is van een besloten sociëteit; de sociëteit valt onder het begrip ‘voor publiek openstaand gebouw’. De burgemeester mag in redelijkheid het middel van sluiting ex artikel 221 aanwenden om verdere wanordelijkheden te voorkomen. Een sluiting voor de duur van drie maanden vindt de Afdeling evenwel te ver gaan, nu niet aannemelijk is dat deze duur essentieel is ter afwending van onmiddellijk dreigend gevaar voor verstoring van de openbare orde. Gezien de aard en het doel van de bevoegdheid van de burgemeester, biedt artikel 221 in deze situatie slechts een grondslag voor een sluiting als daarmee een *concreet voorzienbare en actueel dreigende ordeverstoring* wordt afgeweerd.<sup>327</sup>

### Competentieverdeling

De tweede kwestie die de aandacht verdient is dat het voor gemeentebesturen in deze periode vaak niet duidelijk is welk orgaan de verordeningen in de zin van artikel 221 moet uitvoeren. De oorzaak hiervoor ligt bij het wetsartikel zelf. Volgens (de uitleg van) artikel 221 is de burgemeester het verantwoordelijke uitvoeringsorgaan als het om regels gaat, door de gemeenteraad opgesteld, die zien op: voor publiek openstaande gebouwen, voor publiek openstaande samenkomsten en op openbare gemakkelikheden. Het blijkt lastig te zijn om de gedateerde tekst en de complexe uitleg en achtergrond van het artikel (zie §5.2.3 ) toe te passen op verschijnselen uit de moderne tijd. Denk hierbij aan de opkomst van de speelautomaat en de gokhal, maar ook aan percelen van waaruit men drugs verhandelt. Vallen deze fenomenen onder het toepassingsbereik van artikel 221? En zo ja, komt het college van b en w – dat als hoofdregel raadsverordeningen uitvoert ex artikel 209 aanhef en onder a gemeentewet –, vervolgens geen enkele uitvoeringsbevoegdheid meer toe?

Speelautomaat en openbare gemakkelikheden – In 1939 acht het Hof bewezen dat een winkelierster haar speelautomaat, te weten een fruitautomaat, in haar zaak aan het publiek beschikbaar stelde met het kennelijke doel om tegen voldoening aan zekere voorwaarden mee te dingen naar uitgelopen prijzen. Dit is in strijd met de speelapparatenverordening van Rotterdam. De Hoge Raad oordeelt uiteindelijk dat het organiseren van een apparaatspel voor het publiek een openbare gemakkelikheden is in de zin van artikel 221. De verordening mist bindende kracht aangezien aan het college van b en w de uitvoering is opgedragen.<sup>328</sup>

<sup>327</sup> Vz. ARRvS 15 juni 1984, AB 1985, 96 m.nt. JHvdV (Sociëteit Gouda).

<sup>328</sup> HR 6 februari 1939, ARB p. 914-918 (Rotterdamse speelautomaten).

Begin jaren tachtig komen bovenstaande vragen voor in een discussie die ontstaat nadat steeds meer gemeentebesturen in APV's bepalingen opnemen die het mogelijk maken 'drugspercelen' te sluiten. Het gaat om panden waar men middelen aantreft en verhandelt in de zin van de Opiumwet. In en rond deze drugspanden zorgt gedrag van drugsgebruikers en drugsrunners voor geluidsoverlast, agressief gedrag, vervuiling, stank, criminaliteit, spuiten op straat, parkeerproblemen en andere verkeersoverlast.

In de APV-bepalingen die dit gedrag beogen tegen te gaan, valt op dat sommige gemeenteraden het college van b en w aanwijzen als de tot sluiting bevoegde instantie en andere gemeenteraden de burgemeester. Daarnaast zijn sommige bepalingen zo ruim geformuleerd dat niet alleen een besloten perceel zoals een woning onder de betreffende bepaling valt, maar ook inrichtingen die feitelijk voor het publiek openstaan.<sup>329</sup> Hoewel deze kwestie meerdere vragen oproept, beperk ik mij hier tot de afbakening van uitvoeringsbevoegdheden.

Zo bepaalt de APV van Amsterdam dat de burgemeester de sluiting kan bevelen 'van een gebouw of een gedeelte van een gebouw' indien daar illegaal drugs worden gebruikt, verkocht e.d. en de openbare orde dit naar zijn oordeel vereist. De voorzitter van de Afdeling verklaart deze bepaling onverbindend omdat de raad gelet op artikel 221 de burgemeester geen uitvoeringsbevoegdheid kan toedelen voor alle gebouwen in Amsterdam; de burgemeester voert slechts die verordeningen uit die 'voor het publiek openstaande gebouwen' betreffen. Voor alle overige raadsverordeningen geldt dat het college van b en w het bevoegde uitvoeringsorgaan is. De Voorzitter impliceert daarbij dat alleen het college een sluitingsbevoegdheid toekomt voor particuliere woningen.<sup>330</sup>

Van der Ham en Hennekens hanteren dezelfde strikte scheiding als de Afdeling. Een andere uitleg is op grond van de geldende uitleg van artikel 221 niet mogelijk: de burgemeester is exclusief belast met het sluiten van drugspanden in verband met overlast, omdat de relevante APV-bepalingen (mede) bedoeld zijn om drugshandel en -gebruik in voor publiek openstaande gebouwen tegen te gaan gezien de effecten op de naaste omgeving. De auteurs menen dat in geval van plaatselijke drugsoverlastbepalingen, de raad zich ofwel moet beperken tot voor publiek openstaande gebouwen met de burgemeester als bevoegde instan-

<sup>329</sup> Brouns in *NJB* 1984, p. 299-302; Van der Ham in *Gst.* 6779 (1984), p. 405-410 en in *Gst.* 6864 (1988), p. 412-413; Rogier en Tiemersma in *Gst.* 6861 (1988), p. 337-342; Hennekens in *Gst.* 6863 (1988), p. 396-398.

<sup>330</sup> Vz. ARRvS 15 augustus 1984, *AB* 1985, 21 m.nt. Van der Ham. Zie ten aanzien van bevoegdheid voor het college van b en w om woningen te sluiten: Brouns 1984, p. 299-302. Dergelijke raadsverordeningen leiden uiteindelijk in 1997 tot de invoering van artikel 174a Gem.wet dat de burgemeester de bevoegdheid geeft om woningen, niet voor het publiek toegankelijk lokalen of bijbehorende erven te sluiten indien door gedragingen daarin de openbare orde rond de woning, het lokaal of het erf wordt verstoord (*Stb.* 1997, 132).



tie, ofwel het college bevoegd dient te verklaren met uitzondering van de gelegenheden in artikel 221.<sup>331</sup>

Rogier en Tiemersma hebben een andere opvatting. Zij onderscheiden de uitvoeringsbevoegdheden van de twee bestuursorganen niet alleen naar het soort gebouw, maar ook naar het begrip openbare orde dat van toepassing is. De burgemeester is bevoegd als sprake is van een verstoring van ‘de openbare orde in enge zin’, dat wil zeggen als in de inrichting of direct daarbuiten een onmiddellijk dreigend gevaar is dat concreet voorzienbaar was. Op deze openbare orde ziet artikel 221, een bevoegdheid die aansluit bij de noodbevoegdheden in artikel 219 en 220 en artikel 35 van de Politiewet-oud.

Met betrekking tot ‘de openbare orde in ruime zin’ is het college van b en w bevoegd. In deze betekenis gaat het om een verstoring in het woon- en leefklimaat die minder actueel en dreigend is – een verstoring over een langere tijd – waarbij een lange termijn maatregel inzetbaar kan zijn of zelfs een maatregel voor onbepaalde tijd. De auteurs menen dan ook dat het college óók bevoegd is indien het een 221-inrichting betreft, zolang het maar een verstoring betreft van de openbare orde in ruime zin. Zij verwijzen hierbij naar jurisprudentie waarin deze opvatting ondersteund wordt.<sup>332</sup>

Het belangrijkste argument dat tegen bovenstaande opvatting ingebracht wordt, is dat deze interpretatie weliswaar aansluit bij bepaalde uitspraken van de Afdeling, maar niet bij de sinds vele decennia ontwikkelde en constante jurisprudentie van de Hoge Raad. Hennekens merkt daarbij op dat Rogier en Tiemersma eveneens voorbij zijn gegaan aan de vele koninklijke besluiten terzake van de toepassing van artikel 221.<sup>333</sup> Met Hennekens en Van der Ham ben ik van mening dat voor de visie van genoemde auteurs geen steun is te vinden. Uit de wetsgeschiedenis volgt geen andere conclusie dan dat de burgemeester exclusief belast is met uitvoeren van voorschriften die betrekking hebben op voor publiek openstaande gebouwen, voor publiek openstaande samenkomsten en openbare gemakkelijkheden ex artikel 221 (zie §5.2.3).<sup>334</sup>

<sup>331</sup> Van der Ham in *Gst.* 6779 (1984), p. 405-410 m.n. p. 408; Hennekens in *Gst.* 6863 (1988), p. 396-398.

<sup>332</sup> Rogier en Tiemersma in *Gst.* 6861 (1988), p. 337-342 m.n. p. 339. Voor wat betreft gepubliceerde jurisprudentie verwijzen zij naar: ARRvS 27 september 1985, *AB* 1986, 527 en Vz. ARRvS 25 november 1985, *AB* 1986, 248.

<sup>333</sup> Voor voorbeelden van uitspraken van de Hoge Raad zie: HR 18 mei 1896, *W.* 6810; HR 9 januari 1905, *W.* 8171; HR 6 februari 1939, *ARB* p. 914-918 (Rotterdamse speelautomaten); HR 15 december 1987, *NJ* 1988, 708. Voor voorbeelden van koninklijke besluiten zie: KB 29 december 1872, *Stb.* 136 (sluitingsuur Groesbeek) en KB 7 juli 1932, *Stb.* 330 (Broeksittard). Zie verder: Van der Ham in *Gst.* 6864 (1988), p. 412-413; Hennekens in *Gst.* 6863 (1988), p. 396-398; Konijnenbelt 1981, p. 231 en Hennekens 1990, p. 61-62.

<sup>334</sup> Overigens blijkt dit standpunt ook uit jurisprudentie van de Afdeling zelf, zie o.a.: Vz. ARRvS 15 augustus 1984, *AB* 1985, 21 m.nt. Van der Ham; ARRvS 26 juli 1985, *AB*

### **Artikel 184 Sr**

Zoals eerder gemeld, leidt men impliciet uit artikel 221 een bevelsbevoegdheid af voor de burgemeester. De derde vraag die opvalt, is of het opzettelijk niet naleven van zo'n bevel een misdrijf tegen het openbaar gezag ex artikel 184 Sr oplevert. Hiervoor dient sprake te zijn van een ambtelijk bevel krachtens wettelijk voorschrift gegeven. Volgens Hennekens heeft een burger alleen de plicht om een bevel op te volgen, als dit zijn basis vindt in een wettelijk voorschrift dat zich ook tot de burger richt. In dit opzicht verschilt artikel 221 van de noodbevoegdheden in de artikelen 219 en 220 gemeentewet; artikel 221 bevat slechts een taakomschrijving en geen expliciete bevelsbevoegdheid en er is daardoor naar zijn mening niet sprake van een ambtelijk bevel 'krachtens wettelijk voorschrift' gegeven.<sup>335</sup> Het zij opgemerkt dat pas sinds de Politiewet van 1957 vast staat dat de noodbevoegdheden gericht zijn tot het publiek (zie §5.3.2.2).

## **5.3.6 Opperbevel bij brand ex artikel 222**

### *5.3.6.1 Herziening van 1931*

Het oude artikel 189 ondergaat door de herzieningswet van 1931 geen veranderingen.

#### **Artikel 222**

Bij brand heeft de burgemeester, behoudens de gewone dienstregeling, door plaatselijke verordeningen voorgeschreven, het opperbevel.

Het opperbevel van de burgemeester blijft om te beginnen specifieke bevelen betreffen bij brand – die in het eigendomsrecht mogen ingrijpen – ter bescherming van personen en de omgeving aan zowel burgers als brandweerpersoneel. Ook houdt het oppergezag op basis van artikel 222 in dat de burgemeester mag overgaan tot militaire of politiematregelen om de orde te handhaven als dit in het bijzondere geval van brand nodig is. Deze ordebevelen vormen een *lex specialis* ten aanzien van de ordebevelen die de burgemeester in het algemeen op basis van artikel 219 kan geven.

De herzieningswet levert evenwel een verduidelijking op voor wat betreft de verhouding tussen de bevoegdheden van het college van b en w en de burgemeester bij brand. Bij de bespreking van de gemeentewet van 1851 kwam naar voren dat het college op grond van artikel 179, onder n en onder o (artikel 209

---

1985, 543; ARRvS 6 januari 1986, AB 1986, 565; ARRvS 28 november 1986, AB 1987, 264.

<sup>335</sup> Hennekens 1990, p. 63-64.

onder n gemeentewet 1931), slechts bevoegd was toezicht te houden op brandblusmiddelen en om brandmeesters aan te nemen en te ontslaan. Interessant is het voorstel dat de regering in 1928 doet om de bevoegdheid van het college op dit punt te doen vervallen en zowel de zorg als het toezicht op de brandweer geheel op te dragen aan de burgemeester. Een eenhoofdig bestuur had de voorkeur boven een gedeelde leiding, omdat het brandweerwezen snel en doortastend handelen vereist – naar analogie van hetgeen bij de politie het geval is. De kamer ziet echter niets in het voorstel van de regering. De burgemeester heeft niets te maken met de zorg voor voldoende blusmiddelen van goede kwaliteit en de doeltreffende verdeling daarvan. Ook met de zorg voor een deugdelijke voorbereiding van het onmiddellijk gebruik van blusmiddelen en het toezicht op alles wat brandgevaar oplevert, heeft de burgemeester niets van doen. Deze zaken behoren volgens de Kamer tot het reguliere beleid van het gemeentebestuur.<sup>336</sup>

### 5.3.6.2 Periode 1931-1992

Artikel 222 bevat tot de herziening van 1931 slechts de zin: ‘Bij brand heeft de burgemeester, behoudens de gewone dienstregeling, door plaatselijke verordeningen voorgeschreven, het opperbevel’. Nieuwe taken van de brandweer leiden ertoe dat de burgemeester ook het opperbevel heeft bij brand ‘alsmede bij ongevallen anders dan bij brand’.

#### **Artikel 222**

De burgemeester heeft het opperbevel bij brand alsmede bij ongevallen anders dan bij brand voor zover de brandweer daarbij een taak heeft

#### **Brandweerwet**

Tot 1940 kent Nederland geen separate wetgeving gericht op de organisatie van de brandweer. Het artikel 222 vormt hiermee enige tijd het enige juridische kader tezamen met artikel 209 onder n en o en artikel 240 onder n Gem.wet-oud. Tijdens de Tweede Wereldoorlog wordt de brandweezorg vergaand gecentraliseerd. Na de oorlog herstelt men de gemeentelijke brandweezorg in ere met de invoering van de Brandweerwet van 1952. Artikel 6 van deze wet voorziet in een reeds lang gevoelde behoefte: een formele basis voor burgemeester, commandant en overige daartoe aangewezen brandweerpersoneel om zich vrij toegang te verschaffen tot alle plaatsen voor zover nodig ter goede vervulling van

---

<sup>336</sup> Elenbaas I 1932, p. 898-899; Van Loenen II 1934, p. 836-839 en 767; Kooiman 1931, p. 453 (Kooiman verwijst op deze pagina echter foutief naar de parlementaire geschiedenis, aangezien het gedeelte dat men aanhaalt de taken van *het college van b en w* omschrijft en niet die van de burgemeester bij brand!).

hun taak. De toegang kan zo nodig met behulp van de sterke arm verschaft worden.<sup>337</sup>

Met de totstandkoming van de Brandweerwet en Rampenwet van 1985 worden bijna alle bepalingen die over de brandweer voorkwamen in de gemeentewet, overgeheveld. Alleen artikel 222 blijft achter en ondergaat een aantal substantiële wijzigingen. Een nieuwe Brandweerwet is nodig in verband met de uitbreiding van het takenpakket van de brandweer. De nieuwe taakonderdelen betreffen de (voorbereiding op de) coördinatie van rampen in vreedstijd en de technische hulpverlening bij concrete gevaarsituaties. Deze laatste taak is ruim en beslaat zowel situaties waarin mensen of dieren in gevaar zijn, als situaties waarin goederen beschadigd of vernield dreigen te worden. De technische hulpverlening eindigt als de gevaarsbron is weggenomen of de bedreiging is opgeheven en zorgt derhalve niet voor herstel in de oude toestand.<sup>338</sup>

### **Relatie burgemeester met brandweerleiding**

De dagelijkse bevelvoering ligt bij de brandweerleiding. De burgemeester is als opperbevelhebber de politieke verantwoordelijke en degene die in algemene zin coördineert. De coördinatorrol blijkt ook uit de Rampenwet die tegelijkertijd met de Brandweerwet van 1985 tot stand komt. Artikel 11 lid 2 van de Rampenwet bepaalt: “Degene die de leiding over de brandweer heeft, is tevens belast met de operationele leiding van de rampbestrijding, tenzij de burgemeester een andere voorziening treft.”

### **Verhouding tot 219-bevel**

In de periode 1931-1992 valt op dat de bevoegdheid van de burgemeester in artikel 219 een sterke overlapping is gaan vertonen met de bevoegdheid in artikel 222. Het is niet langer aannemelijk dat het laatstgenoemde artikel nog een *lex specialis* vormt ten opzichte van de eerstgenoemde bevoegdheid. Om te beginnen zijn door de wetgever in 1957 in artikel 219 de woorden ‘ernstige rampen’ en ‘ter beperking van gemeen gevaar’ toegevoegd (zie §5.3.2.2). De burgemeester kan sindsdien een 219-bevel geven ter ordehandhaving of ter beperking van gemeen gevaar in een situaties van (vrees voor) een oproerige beweging, samenscholing, andere ordeverstoringen of ‘ernstige rampen’. Na deze

---

<sup>337</sup> Wet van 23 juni 1952, houdende regelen inzake het brandweerwezen (Brandweerwet 1952), *Stb.* 1952, 362; *Bijlage Handelingen II* 1949-1950, 1735, nr. 3, p. 7 (MvT); Hel-sloot, Muller & Berghuijs 2007, o.a. p. 52, 92-94 en 96.

<sup>338</sup> Zie artikel 29 van de Wet van 30 januari houdende nieuwe regels met betrekking tot het brandweerwezen (Brandweerwet 1985), *Stb.* 1985, 87 en *Kamerstukken II* 1980-1981, 16 695, nr. 3, p. 2 en 10-11; Zie ook: R. Crince Le Roy 1959; Wet van 30 januari houdende nieuwe regels inzake de rampenbestrijding en de voorbereiding daarop (Rampenwet), *Stb.* 1981, 88 en *Kamerstukken II* 1980-1981, 16 978, nr. 3, p. 5.

uitbreiding lijkt het afzonderlijke artikel voor brand slechts aangewend te kunnen worden indien een brand geen ernstige ramp oplevert.

Als de wetgever vervolgens in de jaren tachtig artikel 222 substantieel wijzigt ('bij brand alsmede bij ongevallen anders dan bij brand'), blijft er weinig over van het bijzondere karakter van deze bepaling. De burgemeester heeft vanaf dat moment namelijk ook het opperbevel over de brandweer indien die één van zijn nieuwe taken uitoefent: hulpverlening bij rampen en technische hulpverlening bij gevaarvolle situaties. Het lijkt de bedoeling te zijn dat de burgemeester artikel 222 aanwendt in de wat lichtere situaties – een brand of ongeval niet zijnde een ernstige ramp – en artikel 219 als sprake is van een 'ernstige ramp'. De zaken gaan door elkaar lopen indien een brand of ongeval eindigt in een zware ramp of indien van een ernstige ramp sprake is en de burgemeester het opperbevel over de brandweer dient te voeren.<sup>339</sup>

Hennekens merkt op dat er te weinig aandacht is voor het feit dat het bij artikel 222 veeleer gaat om een bevoegdheid van de burgemeester in buitengewone omstandigheden jegens burgers. In zijn visie – vóór het bestaan van de Awb – kan de burgemeester in beginsel op grond van artikel 222 'beschikkingen' geven (op rechtsgevolg gerichte besluiten). Het gaat volgens de auteur echter in de meeste gevallen om feitelijke maatregelen.<sup>340</sup>

De auteur vindt tot slot de toevoeging 'alsmede bij ongevallen anders dan bij brand' ongelukkig, omdat de bevoegdheid van de burgemeester afhankelijk wordt van de vraag of de brandweer een taak heeft. Dit zou staatsrechtelijk onjuist zijn, omdat de brandweerorganisatie in dienst staat van het burgemeestersambt en niet andersom. Het wezenlijke element aan artikel 222 is volgens de auteur het aangewezen gezag dat met publiekrechtelijke bevoegdheden is uitgerust om op te treden tegen burgers, hetgeen meestal zal uitlopen op hulpverlening. Hij meent dat het ook bij hulpverlening nodig kan zijn om op rechtsgevolg gerichte besluiten te nemen.<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> *Kamerstukken II* 1980-1981, 16 978, nr. 3, p. 5 en 13 en 16 695, nr. 3, p. 10-11. Zie ook: Hennekens 1990, p. 137 en Branich von Brainich Felth 1993, p. 273 e.v.

<sup>340</sup> Hennekens snijdt hier twee belangrijke punten van dit onderzoek aan. Ten eerste een onderscheid in het openbare orderecht om de bevoegdheden van de burgemeester in te delen (in buitengewone en gewone middelen, verg. het latere onmiddellijke en niet-onmiddellijke handhaving van de openbare orde in art. 5:23 Awb). Daarnaast noemt hij de verschillende juridische kwalificaties die aan de handelingen van de burgemeester gegeven kunnen worden, te weten de kwalificatie 'feitelijke handeling' of 'besluit' in de zin van de Awb (in de tijd van zijn proefschrift was nog sprake van een beschikking in de zin van de Wet administratieve overheidsbeschikkingen, de Wet Arob). Hennekens 1990, p. 133-134. Zie §6.3.2.1, §6.3.2.2, §7.2.4, §8.6 en §10.3.2.

<sup>341</sup> Zie §5.2.4 en Hennekens 1990, p. 134-135.

## 5.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is een begin gemaakt met een historische analyse van het openbare-orderecht. De focus ligt op de vier ordebevoegdheden in de gemeentewet waar later de onmiddellijke ordebeoordelingen uit voortkomen. Dit systeem bestaat uit de bevoegdheid om: 1) in een noodsituatie (oproerige beweging, samenscholing e.d.) een bevel uit te vaardigen, 2) in dezelfde situatie tijdelijk algemene voorschriften af te kondigen, 3) de bevoegdheid om de orde te handhaven in voor publiek openstaande gebouwen, bij voor publiek openstaande samenkomsten en bij openbare gemakkelikheden en 4) de bevoegdheid om het opperbevel te voeren bij brand.

Deze vier bevoegdheden zijn beschreven tegen de achtergrond van de gemeentewet van 1851, de gemeentewet van 1931 en de periode 1931-1992. Hoewel de wettelijke regeling geen nader onderscheid maakt, lijkt men dit in de doctrine wel te doen: Alleen het noodbevel en de noodverordening beschouwt men als bevoegdheden die gecreëerd zijn voor abnormale of buitengewone gevallen. Oppenheim differentieert nadrukkelijk naar gewone en buitengewone middelen: “Deze middelen kunnen worden onderscheiden in gewone, die in den regel en onder normale omstandigheden aanwending vinden, en buitengewone, alléén van toepassing als de hartstochten tot het kookpunt zijn gelaaid en, in oproerige beweging, samenscholing of ernstige ordestoornis zich koelende, krachtige en onverwijlde onderdrukking eischen.”<sup>342</sup>

In het hiernavolgende hoofdstuk wordt nader stil gestaan bij het onderscheid in buitengewone en gewone bevoegdheden waar de burgemeester over beschikt (zie §7.3 en §7.3.1 ) dat in de twintigste eeuw vaste voet aan de grond krijgt. De redenering luidt dat deze middelen dienovereenkomstig worden ingezet in buitengewone en gewone omstandigheden. Het onderscheid wordt door de jaren heen gebruikt om systematiek aan te brengen in de openbare-ordeparagraaf en kent sinds de jaren zestig belangrijke procesrechtelijke gevolgen.

De onderverdeling in buitengewone en gewone bevoegdheden ontstaat doordat men vroeger de ordebevoegdheden onderscheidde aan de hand van het type sterke arm dat de burgemeester bijstond. Bij een oproerige beweging, samenscholing of ernstige ordeverstoring wordt bijstand verleend door krijgsvolk – later de rijkspolitie. Als ordehandhaving daarentegen bestaat uit het houden van toezicht bij voor publiek openstaande gebouwen en samenkomsten e.d. of het hebben van het opperbevel bij brand, staat de burgemeester de gemeentepolitie en de plaatselijke brandweer ter beschikking.

---

<sup>342</sup> Oppenheim II 1928, o.a. p. 273, 286; Elenbaas I 1932, p. 878-892 en 893-899; Oud II 1959, p. 519-525 en 527 e.v.

In de aanloop naar de Gemeentewet van 1992 blijkt dat het onderscheid dat de doctrine is gaan hanteren, een belangrijk knelpunt vormt. Wanneer sprake is van 'gewone' of 'buitengewone' omstandigheden is verre van duidelijk. De onduidelijkheid leidt er onder meer toe dat de noodbevelsbevoegdheid veelvuldig wordt misbruikt. Hoofdstuk 7 beschrijft de opkomst van het onderscheid in onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving waarmee de leer van de buitengewone en gewone bevoegdheden en omstandigheden verlaten wordt.

### **Noodbevel (voorloper van artikel 175 Gem.wet)**

De regeling om bij 'een stoornis der openbare orde' alle bevelen te geven die de burgemeester ter handhaving van de openbare orde nodig acht, begint in 1851 met drie artikelen. De bevelsbevoegdheid volgt na twee bepalingen waarin uiteen wordt gezet dat hij het recht heeft om hulp te vragen aan de schutterij en aan militairen, die vervolgens terstond aan deze vordering moeten voldoen. Over de vraag aan wie de burgemeester zijn bevelen mag richten zijn de meningen verdeeld: alleen aan krijgsvolk of aan burgers (zowel op rustverstoorders als overige betrokken personen). Zie §5.2.1 .

Om competentieproblemen met het militaire gezag te omzeilen, wordt in de gemeentewet van 1931 de procedure van het vorderen van bijstand nauwkeurig omschreven; de burgemeester heeft de uiteindelijke zeggenschap over het benodigde krijgsvolk. Een belangrijke toevoeging in artikel 217 zijn de woorden 'ernstige vrees voor het ontstaan daarvan'. Hiermee codificeert de wetgever de verstrekkende bevoegdheid om ordemaatregelen te nemen in het stadium dat de ordeverstoring nog geen aanvang heeft genomen. Zie §5.3.2.1 .

In de periode 1931-1992 gaat men terug van drie bepalingen naar één zelfstandige bepaling (artikel 219) waarin alleen de bevelsbevoegdheid is te vinden. Sinds de wetswijziging van 1957 naar aanleiding van de watersnoodramp, kan de burgemeester op basis van dit artikel zowel openbare-ordebevelen geven als bevelen bij (ernstige vrees voor) ernstige rampen ter beperking van gevaar. De regeling van het vorderen om hulp wordt geheel geschrapt na de komst van de Politiewet van 1957. De burgemeester komt aan het hoofd te staan van de gemeentepolitie en het inschakelen van hulp wordt een taak van de commissaris van de Koningin. Met de eerste Politiewet eindigt de onduidelijkheid over degenen tot wie de burgemeester zijn bevel mag richten. Normadressanten zijn burgers, particuliere organisaties, bedrijven en organen van anderen openbare lichamen die bij rampbestrijding betrokken zijn. Zie §5.3.2.2 .

### **Noodverordening (voorloper van artikel 176 Gem.wet)**

De burgemeester kan niet alleen extra mankracht inzetten en bevelen geven in geval van een oproerige beweging, samenscholing of andere ordeverstoring, maar ook tijdelijke 'algemene voorschriften van politie' uitvaardigen. Na het

aanwenden van deze bevoegdheid dient hij de commissaris van de Koningin en de gemeenteraad op de hoogte te stellen van de inhoud van deze voorschriften. De raad moet daarnaast een besluit nemen over het al dan niet bekrachtigen van de noodverordening. Begin negentiende eeuw denkt de wetgever bij de term ‘algemene voorschriften van politie’ aan voorschriften waarvan de nakoming strafrechtelijk of door feitelijke dwang wordt afgedwongen met het doel om de openbare orde te handhaven. Zie §5.2.2 .

Onder de gemeentewet van 1931 verandert er niet veel aan de procedure na het uitvaardigen van de tijdelijke voorschriften (zie §5.3.3.1 ). In de periode 1931-1992 wordt in het artikel slechts van ‘algemene voorschriften’ gesproken. Nieuw is de expliciete verwijzing naar de bevelsbevoegdheid in artikel 219. De wijzigingen die het laatstgenoemde artikel ondergaat (toevoeging ‘ernstige rampen’ en de zinsnede ‘ter beperking van gemeen gevaar’), gaan dienovereenkomstig op voor artikel 220.

In dit tijdvak is de rechtspraak en literatuur op zoek naar het rechtens relevante onderscheid tussen een noodbevel en een noodverordening (zie §5.3.3.2 ). De meeste auteurs menen dat er tussen beide maatregelen grote verschillen bestaan qua vorm, karakter, werking, normadressant; Hennekens daarentegen wil geen wezenlijke grens leggen tussen de werking van beide middelen. Beide instrumenten geven de burgemeester ruime bevoegdheden. Waar opvallend genoeg niet of nauwelijks op gewezen wordt, is het verschil in de democratische legitimatie. Alleen de noodverordening dient achteraf door de gemeenteraad bekrachtigd te worden.

### **Toezicht op voor publiek openstaande gebouwen e.d. (voorloper van artikel 174 Gem.wet)**

De complexe bepaling in artikel 188 geeft de burgemeester het recht om de orde te handhaven in schouwburgen, herbergen, tapperijen en alle overige voor publiek openstaande gebouwen, bij voor publiek openstaande samenkomsten en openbare vermakelijkheden en in openlijke huizen van ontucht. Op basis van de wetsgeschiedenis neemt men aan dat hij eveneens verantwoordelijk is voor het handhaven van verordeningen die op deze onderwerpen zien. In die gevallen betreft het een uitzonderlijke uitvoeringsbevoegdheid, aangezien het college van b en w primair tot taak heeft raadsverordeningen uit te voeren. Eind negentiende eeuw wordt onder deze taak verstaan het verlenen van vergunningen en dispensatie. Indien er geen raadsverordening voorhanden is, zijn de meningen verdeeld over de vraag of de burgemeester bevelen mag geven ter handhaving van de openbare orde in voor publiek openstaande gebouwen e.d. In de doctrine beschouwt men artikel 188 als een bevoegdheid die niet wordt ingezet onder buitengewone omstandigheden, maar in rustigere tijden. De begrippen voor publiek



openstaand, openbare en openlijke bezigt de wetgever zonder een sluitende achterliggende systematiek. Zie §5.2.3 .

Onder de gemeentewet van 1931 ondergaat deze bevoegdheid nauwelijks wijzigingen (zie §5.3.5.1 ). In de periode 1931-1992 neemt de jurisprudentie vanuit de doctrine de opvatting over dat de burgemeester bij afwezigheid van een verordening bevelen mag geven en fysieke maatregelen mag nemen ter handhaving van de openbare orde in de specifieke gevallen waar artikel 221 op ziet. Het bevel of het fysiek handelen moet noodzakelijk zijn voor het afweren van een concreet voorzienbare en actueel dreigende ordeverstoring (zie de *Sociëteit Gouda*-uitspraak). De onduidelijke en complexe (uitleg bij de) bepaling in combinatie met nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen leiden tot de opkomst van gemeentelijke verordeningen die voor competentieproblemen zorgen. Zie §5.3.5.2 .

#### **Opperbevel bij brand (voorloper van artikel 173 Gem.wet-oud en artikel 4 Wet veiligheidsregio's)**

Naast de bevoegdheden die de burgemeester in een noodsituatie mag inzetten ter handhaving van de openbare orde (het bevel en de algemene voorschriften), komt hem tevens het opperbevel toe bij brand. Dit houdt in dat hij slechts kan bevelen om tot buitengewone maatregelen over te gaan die bij brand noodzakelijk zijn, zoals de inbezitneming van een woning ter stuiting van een brand; de brandweerleiding voert het feitelijke bevel, de gemeenteraad regelt de reguliere dienstregeling en het college van b en w houdt toezicht op de brandblusmiddelen en op het personeel. In dit tijdvak is sprake van een *lex specialis*-constructie ten opzichte van de bevoegdheid in de voorloper van artikel 175 Gem.wet. Mochten politionele of militaire maatregelen noodzakelijk zijn om in een situatie van brand de orde te handhaven, dan dient de burgemeester zijn opperbevelsbevoegdheid aan te wenden. Zijn bevelen in dit kader kan hij daarnaast richten aan brandweerpersoneel en aan burgers. Zie §5.2.4 .

Onder de gemeentewet van 1931 verandert er niets aan de tekst en interpretatie van deze bevoegdheid. In de periode 1931-1992 daarentegen wel. De komst van de Brandweerwet van 1985 zorgt voor uitbreiding van het takenpakket van de brandweer en dus van de burgemeester die formeel eindverantwoordelijke is (het gaat om taken bij rampenbestrijding en technische hulpverlening als mensen, dieren of goederen in gevaar zijn). De opperbevelsbevoegdheid geldt niet langer als een *lex specialis* ten opzichte van de bevelsbevoegdheid in de voorloper van artikel 175 Gem.wet. Er is juist een sterke overlapping ontstaan tussen beide bepalingen, aangezien het noodbevel ook bij rampen mag worden ingezet: Beide bevoegdheden zijn toepasselijk als een brand of ongeval eindigt in een zware ramp of indien van een ernstige ramp sprake is en de burgemeester het opperbevel over de brandweer dient te voeren. Zie §5.3.6.1 en §5.3.6.2 .



# Hoofdstuk 6

## Naar de herziening van de Gemeentewet van 1992

### 6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk vervolg ik de historische analyse van de onmiddellijke ordehandhaving. In het vorige hoofdstuk is op chronologische wijze het systeem van het openbare-orderecht beschreven zoals dat in 1851 ontstond. De analyse zet zich voort door op thematische wijze in te gaan op de openbare-orderechtelijke vraagstukken die mede aanleiding geven tot de herziening van de Gemeentewet van 1992. In het bijzonder staan de ontwikkelingen centraal die zich in de roerige jaren tachtig voordoen. In hoofdstuk 7 zet ik mijn begrippenkader uiteen en behandel ik de onderverdeling in onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving. In hoofdstuk 8 bespreek ik de onmiddellijke ordebevoegdheden in kwestie afzonderlijk waarna het onderzoek wordt afgesloten met het onderwerp kosten.

In de geschiedenis van het openbare-orderecht tot aan de herziening van de Gemeentewet in 1992, vallen de jaren tachtig op. Er is in deze periode een duidelijke toename van de inzet van de ordebevoegdheden door burgemeesters. De bevoegdheden worden veelvuldig aangewend om drugsgebruik tegen te gaan en de daarmee gepaard gaande criminaliteit en overlast. In dit kader neemt de burgemeester zijn toevlucht tot een messenverbod, een samenscholingsverbod en specifieke straatverboden. Een berucht voorbeeld van de laatste zijn de Amsterdamse ‘dijkverboden’: harddrugsverslaafden mogen zich voor 8 uur of (later) 14 dagen niet op en rond de Amsterdamse Zeedijk vertonen. De gebiedsontzeggingen hebben veelal de vorm van een noodbevel ex artikel 219 (de voorloper van artikel 175 Gemeentewet). In het jaar 1988 schijnen er rond 6000 van deze noodbevelen te zijn uitgevaardigd.<sup>343</sup>

---

<sup>343</sup> Damen in *NJB* 1983, p. 44; Hamburger 1990, p. 32-36; De Jong & Kummeling & Burkens 1994, o.a. p. 71-80 en 100-109; Kaal & Korf 2003, p. 153 en 155; Bruinsma & Bernasco 2004, p. 26.

Burgemeesters zetten hun bevoegdheden niet alleen vaker in bij drugsoverlast, maar ook regelmatig bij een aantal ongekend harde conflicten die dit tijdvak kenmerken. De groeperingen die hierbij betrokken zijn – de kraakbeweging, demonstranten tegen kernwapens en overige milieuactivisten – veroorzaken zeer ernstige ordeverstoringen. Aan de kant van de ordeverstoorders én aan de kant van de overheid schuwt men het gebruik van grof geweld niet. Voorbeelden van situaties waarin burgemeesters overgingen tot inzet van noodbevoegdheden zijn: het transport van kernafval in Velsen, de demonstratie tegen kernenergie in Dordrecht, de strijd tegen de komst van de A27 in Utrecht (Amelisseweerd) en bij de bezettingen van leegstaande panden door de kraakbeweging.<sup>344</sup>

In dit hoofdstuk sta ik in het bijzonder stil bij het hoogopgelopen conflict in de zaak *Lucky Luijk*. In deze zaak worden de artikelen 219 en 220 van de Gemeentewet van 1931 op geruchtmakende wijze toegepast. Deze krakersactie maakt daarom op juristen van destijds grote indruk. Er ontstaat in de jaren tachtig een stroom van kritiek op het optreden van burgemeester en politie bij ordeverstoringen; de *Lucky Luijk*-casus wordt vaak als voorbeeld aangehaald, omdat de casus een goed beeld geeft van de problemen die het openbare-orderecht parten spelen – problemen waar de wetgever met de herziening van de Gemeentewet in 1992 gedeeltelijk aan tegemoet komt. In paragraaf §6.2 ga ik in op het *Lucky Luijk*-arrest. De juridische context is niet goed te begrijpen zonder nadere achtergrondinformatie over de ontwikkelingen die in deze zaak hebben geleid tot de feiten. In §6.3 ga ik vervolgens in op de belangrijkste knelpunten die het openbare-orderecht deze periode kenschetsen.

## 6.2 Ontruiming kraakpand Lucky Luijk

### 6.2.1 Achtergrond

De krakersbeweging ontstaat in de jaren zestig en zeventig als gevolg van de nijpende woningnood. De inmiddels volwassen geworden babyboomers hebben in groten getale een woning nodig. Factoren die bijdragen aan de groei van de krakersbeweging zijn een dreigende Anti-Kraakwet en het instorten van de hui-

---

<sup>344</sup> *Handelingen II* 1982-1983, 16, p. 471-472 (interpellatie-Brouwer over de toepassing van de artikelen 219 en 220 van de Gemeentewet); Duivenvoorden 2000, m.n. p.117 en 153; Damen in *TvO* 1982, p. 561-569 en in *NJB* 1983, p. 44; Lissers 1983 in *Gst.* 6737, p. 1; De Jong & Kummeling & Burkens 1994, p. 1; Brochure van LAKA, *Actie tegen kernenergie 1960-2006*, te vinden via <[www.laka.org](http://www.laka.org)> in menu 'protest & verzet'/'actieoverzicht'; H. Schmit, 'Het Milieu – Tweede demonstratie werd keiharde confrontatie', *Trouw* 28 juli 2003.

zen- en kantorenmarkt. Makelaars en huiseigenaren laten hun panden langer dan gebruikelijk leegstaan in de hoop op betere tijden. Het gaat vaak om gebouwen die een interessant speculatieobject vormen. Eigenaren van deze gebouwen schuwen dan ook de inzet van ingehuurde ‘mannetjes’ niet om hun panden leeg te krijgen. Kraken is nog niet strafbaar en civielrechtelijke procedures nemen een lange tijd in beslag. Onder invloed van de dreiging van knokploegen, nemen de geweldsmaatregelen van de politie eind jaren zeventig bij ontruiming toe. De situatie is in 1980 explosief; Amsterdam heeft in die periode veel weg van een oorlogsgebied.<sup>345</sup>

Kraakactie Grote Keyzer – Op 1 november 1978 vindt in Amsterdam de kraakactie ‘Grote Keyzer’ plaats: zes grote kantoorpanden aan de Keizersgracht 242-252 worden bezet door leden van de krakersbeweging. Met deze actie wordt oorlog gevoerd tegen het gezag. Barricadeert men de panden in eerste instantie nog met beddenspiralen en houten planken, later worden er ‘jatploegen’ georganiseerd die ’s nachts op zoek gaan naar beter materiaal: tonnen staalplaat, zandzakken en ander verstevigingsmateriaal. Een tv-ploeg maakt opnames van de munitiekamer in de gebouwen en laat zien dat zich daarin onder meer bevinden: vaten met afgewerkte olie, rookbommen, ontplofbare aardappels en brandblusapparaten. De strakke organisatie van de krakers blijkt ook uit het bestaan van een speciale propagandaploeg, barricadespecialisten die de panden omvormen tot een stalen bunker, een binnen- en buitenploeg. Het ontruimingsvonnis dat er ligt, voert de burgemeester niet uit; hij geeft toe bang te zijn dat bij een politie-ingrijpen doden zullen vallen.<sup>346</sup>

## 6.2.2 Casus

De onder juristen veelbesproken zaak *Lucky Luijk* begint met de kraak van de kapitale en luxieuze opgeknapte villa in de Jan Luijkenstraat te Amsterdam op 4 april 1981.<sup>347</sup> De woning komt leeg te staan nadat de eigenaren van de villa failliet gaan. Het pand de Lucky Luijk wordt in gekraakte staat via een veiling

<sup>345</sup> Duivenvoorden 2000, o.a. p. 45, 129-131, 140. Zie ook de uitzending op 12 maart 2000 getiteld ‘De Vondelstraat’ van het programma ‘Andere tijden’ van de NPS/VPRO, te bekijken via < [www.geschiedenis24.nl](http://www.geschiedenis24.nl) >.

<sup>346</sup> Duivenvoorden 2000, m.n. p. 140-143, 156-157. Zie ook: Hof Amsterdam 26 oktober 1979, *NJ* 1980, 357 en Damen 1982 in *TvO*, p. 561-562. Zie ook de website van ‘Het Staatsarchief’ op < [www.iisg.nl/staatsarchief/publicaties/destad/chronologie.php](http://www.iisg.nl/staatsarchief/publicaties/destad/chronologie.php) > (online geraadpleegd op 10 mei 2011).

<sup>347</sup> HR 21 januari 1983, *NJ* 1983, 252 m.nt. JAB (*Lucky Luijk*); Hof ’s-Gravenhage 15 juli 1982, *Gst.* 6734 (1982) m.nt. F. H. van der Burg; Rb. ’s-Gravenhage (pres.) 4 december 1981, *KG* 1982, 5. Zie voor de feiten ook: Notitie van het college van b en w inzake de ontruiming van het pand Jan Luijkenstraat 3 en de gebeurtenissen te vinden in: *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 643, nr. 1, p. 1-12; Duivenvoorden 2000, p. 223-227.

verkocht en onderverhuurd. De huurder komt met zijn knokploeg tegenover de bezetters te staan.

De officier van justitie wil het pand in het kader van opsporingsactiviteiten ontruimen. De huurder, Prins, spant vervolgens een kort geding aan tegen de Staat, omdat hij bang is dat de Lucky Luijk als gevolg van de ontruiming opnieuw wordt bezet; hij eist daarbij bescherming van zijn rechten als huurder. De opdracht van de hoofdofficier wordt opgeschort totdat de rechter uitspraak doet in het kort geding.

In de tussentijd wordt het pand niettemin op militante wijze herkraakt: een groot aantal in het zwart geklede, gemaskerde, gehelmde, gehandschoende personen dringt de Lucky Luijk binnen gewapend met onder meer stokken, staven en katapulten. Zij nemen daarbij de macht op straat over door de toegang tot de openbare weg te versperren en bewoners te intimideren door te dreigen met het vernielen van hun ruiten. De huurder en de twee andere aanwezigen worden met katapulten beschoten, met karwatsslagen getroffen en naar het dak van het pand gedreven.

Het openbaar ministerie besluit om niet in te grijpen omdat daarmee de ene onrechtmatige situatie door de andere zou worden vervangen: het kraakpand wordt ontruimd ten bate van een knokploeg (de huurder en zijn maten) die daar onrechtmatig verblijft, terwijl zij maandenlang in de Luijk woonden en er tegen hen geen aangifte was gedaan. De politie krijgt de opdracht de status-quo te handhaven totdat de rechter uitspraak doet in het kort geding.

### 6.2.3 Uitspraak rechter

Prins eist een voorziening van de Staat om hem te beschermen in zijn rechten als huurder. Het gekraakte pand moet ontruimd worden en de Staat dient een nieuwe bezetting te verhinderen. De president van de rechtbank meent echter dat de officier van justitie niet bevoegd is om een dergelijke opdracht aan de politie te geven; hij beveelt de burgemeester om deze opdracht onverwijld te geven. Volgens de rechter vloeit de bevoegdheid van de burgemeester voort uit artikel 28 van de Politiewet 1957 (het huidige artikel 2 Pol.wet) aangezien de openbare orde ernstig is verstoord en deze verstoring nog voortduurt. Het Hof bekrachtigt het vonnis in het kort geding.

De burgemeester gaat in cassatie en stelt dat een deugdelijke grondslag voor het ontruimen van de Lucky Luijk zonder executoriale titel en buiten het kader van de opsporing van strafbare feiten, ontbreekt. De Hoge Raad gaat daarin niet mee en oordeelt:

“Voor zover een dergelijke opdracht nodig is ter handhaving van de openbare orde of tot het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven,

vloeit de bevoegdheid van de burgemeester tot het geven van zo'n opdracht voort uit de art. 28 en 35 Politiewet, nog daargelaten zijn bevoegdheid uit hoofde van art. 219 Gem.w. [de huidige artikelen artt. 2 en 12 Pol.wet en artikel 175 Gem.wet, LDR]<sup>348</sup>

#### 6.2.4 Ontruiming

De ontruiming van het pand vindt plaats nadat het Hof uitspraak heeft gedaan en voordat de Hoge Raad zijn arrest wijst. Het beëindigen van de bezetting gaat gepaard met veel geweld aan de kant van de politie en met oproer, vernielingen, rellen en brand op straat; voor het eerst sinds de Tweede Wereldoorlog wordt in Amsterdam de noodtoestand afgekondigd. De maatregelen die de burgemeester daarbij neemt, geven in de literatuur aanleiding tot beschouwingen van principiële aard.<sup>349</sup>

Het is voor de ontruiming van de Lucky Luijk – een verrassingsactie – noodzakelijk om het pand binnen te dringen via het ernaast gelegen gebouw. Deze doorgang geschiedt op last van de burgemeester ex artikel 219 omdat de burens geen toestemming geven. Niet lang daarna treedt een verordening krachtens artikel 220 in werking die bepaalt dat het een ieder drie dagen lang verboden is in Amsterdam op de openbare weg of een voor publiek toegankelijke plek: 1) zich zo te gedragen dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat zulks geschiedt om te orde te verstoren en 2) voorwerpen of stoffen bij zich te hebben, dragen of te vervoeren die kennelijk zijn bestemd voor het verstoren van de openbare orde.

Zodra de mobiele eenheid de krakers in het pand vindt, arresteert zij deze personen en houdt zij hen de hele dag in het pand vast. De afgekondigde noodverordening is daarbij voor de arrestatieteams buiten het pand een vrijbrief om iedereen die zich in de buurt van het ontruimde pand ophoudt, te arresteren (in totaal waren er 172 arrestanten). De politie maakt van de gelegenheid gebruik om in de buurt van de Lucky Luijk ook een aantal andere panden te ontruimen. 's Avonds sluit men de TV-piraat 'De Vrije Keijzer' af van de kabel. Later haalt

<sup>348</sup> Zie vorige noot.

<sup>349</sup> Zie o.a.: *Handelingen II* 1982-1983, 16, p. 471-472 (interpellatie-Brouwer over de toepassing van de artikelen 219 en 220 van de Gemeentewet); Kuitenbrouwer, 'Kraakpand ontruimd via juridische kunstgreep', *NRC Handelsblad* 12 oktober 1982; Damen 1982 in *Folia Civitatis*, p. 5; Burkens 1982, p. 623-627; Lisser 1983 in *Gst.* 6737, p. 1-7 en *Gst.* 6738, p. 21-28; Duin 1983 in *Gst.* 6740, p. 69-73 en 6741, p. 93-96; Damen 1983 in *NJB*, p. 34-44; Damen & De Lange 1983 in *NJB*, p. 497-502; Agelink 1983, p. 258-259; Hagen 1983, p. 334-335. Zie ook: Damen 1982 in *TvO*, p. 531-535 en 561-569.

men eveneens het bijbehorende radiostation enige tijd uit de lucht. Na het groot-schalig politieoptreden dienen ruim zestig personen een klacht in.<sup>350</sup>

### 6.3 Knelpunten in openbare-orderecht

De toename van het gebruik van het noodrecht door de burgemeester en de wijze van toepassing, roepen in de jaren tachtig vragen op die de kern van het openbare-orderecht raken. Deze kritiek behelst ook vragen van specifiek strafrechtelijke en staatsrechtelijke aard. Om te beginnen komt in §6.3.1 de grondslag van het handelen van de burgemeester aan bod. Daarna ga ik in §6.3.2 in op de vraag of er in het geval van de *Lucky Luijk*-casus sprake was van een noodtoestand (een oproerige beweging, samenscholing of andere stoornis van de openbare orde). Ten derde worden in §6.3.3 beknopt de mogelijkheden in dit tijdvak behandeld die het strafrecht en het openbare-orderecht – voor zover daarvan gesproken kan worden – bij dergelijke ordeverstoringen bieden.

#### 6.3.1 Grondslag handelen burgemeester

De feiten in het *Lucky Luijk*-arrest laten zien dat het destijds voor meerdere partijen verre van duidelijk was of de burgemeester bevoegd (of zelfs verplicht) is om een einde te maken aan de gewelddadige bezetting van het kraakpand. Het eerste knelpunt in het openbare-orderecht dat ik daarom behandel, is de vraag op welke rechtsgrond de burgemeester de openbare orde handhaaft. Nauw verbonden hiermee is de vraag tot welke handelingen hij en de politie in dit kader vervolgens bevoegd zijn.

Volgens de Hoge Raad vormen drie artikelen de grondslag voor het ingrijpen: artikel 28 en 35 van de Politiewet van 1957 of artikel 219 van de gemeentewet van 1931. Het gaat om de huidige artikelen 2 en 12 Pol.wet en 175 Gem.wet. Het beëindigen van de bezetting vond plaats door middel van de volgende fysieke handelingen: het met geweld binnendringen in het kraakpand, het zich toegang verschaffen tot dit gebouw via de woning van de burens en het ontruimen van de *Lucky Luijk* (dat wil zeggen het verwijderen van zich daarin bevindende personen en goederen) en het feitelijk onmogelijk maken van uitzendingen van radio de Vrije Keijser. Hieronder ga ik achtereenvolgens op de genoemde rechtsgronden in.

---

<sup>350</sup> Notitie van het college van b en w inzake de ontruiming van het pand Jan Luijkenstraat 3 en de gebeurtenissen te vinden in: *Kamerstukken II 1982-1983*, 17 643, nr. 1, p. 1-12; Rapport *Geen Nood-zaak*, Klachten- en Adviesburo politie-optreden Amsterdam, oktober 1982, m.n. hoofdstuk 3 ‘Klachten’; Duivenvoorden 2000, p. 227-228.



### 6.3.1.1 Artikel 28 en 35 Politiewet 1957

In artikel 28 worden de taken van de politie in algemene zin geschetst waarbij de wetgever tot uiting wil brengen dat de politie geen zelfstandig gezag in de Staat is. Artikel 35 gaat over de gezagsuitoefening van de burgemeester.<sup>351</sup> De artikelen luiden als volgt.

#### **Artikel 28 Politiewet 1957**

De politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.

#### **Artikel 35 Politiewet 1957**

1. Voor de handhaving van de openbare orde treedt de burgemeester op als hoofd van de politie ter plaatse; voor die handhaving staat de in de gemeente dienstdoende politie onder zijn bevelen.

De vage en ruime taakformuleringen in beide artikelen staan al bloot aan kritiek vóór de roerige jaren tachtig. Men hekelt de betrokken bepalingen, omdat die geen bevoegdheden voor de burgemeester creëren, maar hem uitsluitend de personele middelen verschaffen om de daarin vervatte taakstelling te kunnen uitoefenen. Niettemin wordt artikel 28 als grondslag gebruikt om steeds meer en steeds ingrijpendere openbare-ordebevoegdheden aan de politie toe te kennen. Zo is de politie sinds het *Zeijense nachtbraker*-arrest uit 1961 bevoegd om vrijheidsbeperkende maatregelen te nemen of bevelen daartoe te geven en deze fysiek te handhaven. Gedacht kan worden aan het bevel om door te lopen, zich te verwijderen of een straat af te sluiten. Sinds het *Rode vlag*-arrest is de politie bovendien bevoegd goederen in beslag te nemen voor de duur van de wanorde-lijkheden (zie ook §6.3.3.2).<sup>352</sup>

Damen sluit zich aan bij de bestaande kritiek; de bevoegdheid tot het beëindigen van een kraakactie, kan niet volgen uit een bepaling die een taakstelling bevat. Taak en bijbehorende bevoegdheden dienen apart in de wet te worden vastgelegd. Bij de toepassing van artikel 28 van Politiewet van 1957 mag zeker niet worden afgeweken van wetten in formele zin nu juist moet worden opgetreden ‘in overeenstemming met de geldende rechtsregels’. Nu de artikelen 28 en

<sup>351</sup> Michiels e.a. 1997, p. 38 en 95.

<sup>352</sup> Suyver 1976, p. 69, in *NJB* 1977, p. 798-801 en 1985, p. 160-169 en 187-188; Van Maarseeven in *NJB* 1981, p. 1072-1073; Van der Ham in *Gst.* 6779 (1984), p. 408; Michiels e.a. 1997, p. 37-46 en HR 24 oktober 1961, *NJ* 1962, 86 m. nt. B.V.A.R., *AA* 1962-1963, p. 118 e.v. m. nt. W.F.P. (*Zeijense nachtbraker*); HR 22 februari 1977, *NJ* 1977, 288 m. nt. Th.W.v.V. (*Rode vlag*).

35 volgens de Hoge Raad (mede) een grondslag vormen voor het ontruimen van een woning, is de auteur van mening dat het openbare-ordebegrip onaanvaardbaar is opgerekt; in de jurisprudentie en de doctrine beperkt het begrip ‘openbaar’ zich tot gebeurtenissen op straat e.d. en op voor publiek openstaande plaatsen.<sup>353</sup>

Advocaat-generaal Franx wijst er in dit kader op dat de bezetting van de Lucky Luijk niet het karakter had van een gewone, vreedzame kraakactie, maar van een zorgvuldig voorbereide, massale, paramilitaire operatie ‘waarbij doeltreffende wijze met gewelddadige middelen op allerlei vormen van tegenstand was geanticipeerd, kortom: van een verovering.’ Zijn standpunt is dan ook dat de burgemeester op basis van artikel 28 bevoegd was om ook achteraf op te treden, omdat ten tijde van het optreden nog steeds sprake was van verstoring van de openbare orde.<sup>354</sup>

In de juridische beschouwingen komt voorts het onderwerp ‘hulpverlening’ veel aan bod. Artikel 28 noemt immers als taak zowel ‘de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde’ – waar zowel de strafrechtelijke als de openbare-orderechtelijke handhaving onder vallen – als ‘het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven’. De Hoge Raad en de advocaat-generaal oordelen dat daar in de *Lucky Luijk*-casus sprake van was aangezien de eigenaar van het pand uitdrukkelijk een verzoek had gedaan om tot politie-ingrijpen over te gaan. Probleematisch is dat men in de doctrine evenzeer van mening verschilt over de reikwijdte van de hulpverleningstaak en de afbakening ten opzichte van de overige politietaken. Omdat deze kwesties in de besprekingen worden meegenomen, is de discussie over de grondslag van het handelen door en namens de burgemeester veelomvattend en op punten ondoorzichtig te noemen.<sup>355</sup>

Suyver komt in zijn dissertatie tot de conclusie dat de wet wat betreft de bevoegdheden bij ordehandhaving een vacuüm vertoont, dat door de rechter moet worden opgevuld. In de visie van de auteur vormen niet de artikelen 28 jo. 35 van Politiewet van 1957 de rechtsgronden van het handelen door of namens de burgemeester, maar artikel 219 gemeentewet; het is de gemeentewet die het fundament vormt van deze burgemeesterlijke taak.<sup>356</sup>

<sup>353</sup> Damen en De Lange 1983 in *NJB*, p. 499-501 en in *TvO* 1982, p. 532 en zie bijvoorbeeld: Van der Burg 1961, p. 94; Crinle le Roy 1963, hoofdstuk II.

<sup>354</sup> A-G Franx bij HR 21 januari 1983, *NJ* 1983, 252 m.nt. JAB (*Lucky Luijk*).

<sup>355</sup> HR 21 januari 1983, *NJ* 1983, 252, r.o. 3.4 en conclusie A-G Franx en zie bijvoorbeeld: Suyver 1976, o.a. p. 71-72 en 155-157; Jansen in *NJB* 1980, p. 183-184; Van Maarseveen in *NJB* 1981, o.a. p. 1072; Hagen in *TvO* 1983, p. 335; Damen en De Lange 1983 in *NJB*, p. 501; Schalken in *NJB* 1990, p. 805-811.

<sup>356</sup> Suyver 1976, p. 66-70 en 83-88; Suyver 1977, p. 798-801; Suyver 1985, p. 177-179.

### 6.3.1.2 Artikel 219 en grondrechten

Zowel Suyver als Konijnenbelt menen dat de basis voor de bevoegdheid tot daadwerkelijke ordehandhaving in artikel 219 gemeentewet ligt. Het zij opgemerkt dat beide auteurs menen dat dit artikel zowel een grondslag vormt voor burgemeesterlijk optreden in geval van de wat meer 'huis-, tuin- en keuken ordeverstoringen' als in omstandigheden die gepaard gaan met zeer ernstige inbreuken op de openbare orde (verg. het onderscheid in gewone en buitengewone middelen en omstandigheden, zie §6.3.2 en §6.3.2.1).<sup>357</sup>

In tegenstelling tot de artikelen in de Politiewet zou artikel 219 wel de mogelijkheid bieden om af te wijken van wetten in formele zin. Zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven, bestaat er in de jaren tachtig geen overeenstemming over de vraag of en in hoeverre afwijking van de Grondwet is toegestaan. De auteurs behoren daarmee tot de voorstanders, waaronder de regering, die menen dat artikel 219 een laatste redmiddel is voor abnormale gevallen dat los staat van het normale recht. Tegenstanders argumenteren dat de burgemeester gebonden blijft aan wettelijke regels en dus de (verdragsrechtelijke) grondrechten dient te respecteren.<sup>358</sup>

In de *Lucky Luijk*-zaak zou bijvoorbeeld sprake zijn geweest van schending van het grondwettelijk beschermde huisrecht. Het huisrecht houdt in dat het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoners alleen geoorloofd is in de gevallen bij de wet bepaald, krachtens een bijzondere of algemene last van een macht door de wet aangewezen (artikel 172 GW-oud, verg. het huidige artikel 12 GW).

Om te beginnen zou het huisrecht van de burens die naast het gekraakte pand wonen en wier huis tegen hun wil werd betreden door de politie, in het geding zijn. De burgemeester stelt zich bewust te zijn geweest van het zware middel dat hij inzette om het doel te bereiken. Elk alternatief zou zijns inziens echter teveel risico met zich meebrengen voor het politiepersoneel, de omwonenden en de omgeving van het pand. Het betreden via het ernaast gelegen pand vond ook plaats op last van de burgemeester om de gebruikers daarvan te beschermen in verband met mogelijke represailles van de actievoerders. Daarbij zou het naburige pand grotendeels gebruikt worden als bedrijfsruimte.

Volgens Damen impliceert deze verklaring dat de politie toch ook een woongedeelte heeft betreden. Hij komt tot de conclusie dat als de machtiging tot het betreden van het ernaast gelegen pand alleen op artikel 219 is gebaseerd, zij onrechtmatig is. Dit blijkt uit de destijds bestaande regelingen voor noodtoe-

<sup>357</sup> Suyver 1976, p. 83-88 en Konijnenbelt 1981, p. 231.

<sup>358</sup> Zie §5.3.2.1 onder kopje 'Ongebreidelde macht?'. Zie ook: Kortmann in *De Nederlandse Gemeente*, 3 juni 1983, nr. 22, p. 343; Meijer in *NJB* 1987, p. 237-242.

standen. De gevallen bij de wet bepaald zien op een noodtoestand op grond van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijke gezag (WBBBG) en de Oorlogswet. Voor de lichtste noodtoestand (toestand van verhoogde waakzaamheid resp. de staat van oorlog) bestaat geen speciale binnentredingsbevoegdheid. Voor de zwaardere noodtoestand bestaat wel een procedure om tegen de wil van de bewoners een woning te betreden (namelijk de burgerlijke uitzonderingstoestand en de staat van beleg). Beide wetten bevatten hiervoor een regeling met een aantal strenge procedurevoorschriften: politieambtenaren dienen een algemene of bijzondere last te verstrekken en binnen 48 uur nadat proces-verbaal is opgemaakt dient daarvan een kopie te worden verstrekt aan de Minister van Binnenlandse Zaken en de bewoner. In dit licht meent Damen dat het vreemd is om wel een bevoegdheid tot binnentreden aan te nemen op grond van een bevel ex artikel 219.<sup>359</sup>

Het is niet ondenkbaar dat aan de krakers in het bezette pand ook het huisrecht toekwam zodat de burgemeester ook daarop inbreuk maakte met het ontruimen. In het laatste onderdeel van het cassatiemiddel wordt daar door de burgemeester op gehint aangezien hij onder het ontruimen uit probeert te komen. De Hoge Raad geeft slechts aan dat dit onderdeel faalt aangezien hij de burgemeester bevoegd acht opdracht tot het ontruimen op grond van artikel 219 gemeentewet (rechtsoverweging 3.1).

Tot slot kan gedacht worden aan inbreuk op de vrijheid van meningsuiting door de tv-piraat de Vrije Keijser van het kabelnet af te schakelen en de uitzendingen van het bijbehorende radiostation feitelijk onmogelijk te maken. Er was vrees dat de radio-uitzendingen net als bij de vorige grootschalige ontruiming in belangrijke mate zou bijdragen aan de omvang en intensiteit van de rellen. Uiteindelijk is tot ingrijpen besloten nadat de radiozender zich schuldig maakte aan het belemmeren van het politieke functioneren.<sup>360</sup>

### 6.3.2 Inzet noodbevoegdheden

De kritiek in de jaren tachtig ziet niet alleen op de grondslag van het handelen van de burgemeester en politie. Een tweede knelpunt in dit tijdvak is dat niet duidelijk is onder welke omstandigheden de burgemeester nu precies zijn noodbevoegdheden mag inzetten. Bij het optreden van politie en burgemeester bij de ontruiming van het kraakpand de Lucky Luijk, krijgt de afgekondigde noodverordening de meeste kritiek te verduren. Criticasters vragen zich af of er daad-

<sup>359</sup> Notitie van het college van b en w in: *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 643, nr. 1, p. 6; Damen in 1983 in *NJB*, p. 38-39. Zie ook: Lisser 1983 in *Gst.* 6737, p. 4-5.

<sup>360</sup> Notitie van het college van b en w in: *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 643, nr. 1, p. 10-11; Damen in 1983 in *NJB*, p. 43-44.

werkelijk sprake was van een buitengewone omstandigheid die de inzet van buitengewone middelen rechtvaardigde.

De noodvoorschriften, die na de ontruiming drie dagen van kracht blijven, verbieden een ieder zich op de openbare weg of een voor publiek toegankelijke plek zodanig te gedragen dat men redelijkerwijs kan aannemen dat zulks geschiedt om de orde te verstoren. Daarbij mag men geen voorwerpen of stoffen bij zich hebben die daarvoor kennelijk bestemd zijn. Het schijnt dat het televisieduo Van Kooten & De Bie in die tijd een sketch uitzond waarin een argeloze automobilist als verdachte door de Mobiele Eenheid wordt aangehouden, aangezien hij in het bezit was van een paraplu, krik en automat. Het Kamerlid Brouwer verwijst hiernaar in haar interpellatie en vindt de sketch niet overdreven gezien het rapport van het Klachtenburo Politieoptreden over de Lucky Luijk.<sup>361</sup>

Hoewel bij deze actie sprake was van groot materieel dat werd ingezet en beide partijen geweld niet schuwden, wijzen critici op andere ontruiming van kraakpanden in die tijd waar het er evenmin zachtzinnig aan toe ging. De Burgemeester van Amsterdam maakte bij ontruiming in soortgelijke omstandigheden geen gebruik van zijn bijzondere bevoegdheden. Volgens Van der Duin doet het feit dat de burgemeester in eerdere overeenkomstige situaties niet een noodverordening uitvaardigde, niets af aan zijn bevoegdheid. Op de bewuste dag en de daaropvolgende twee dagen, voldeed de situatie volgens de auteur aan de eisen van artikel 219 en 220.<sup>362</sup>

### 6.3.2.1 Onderscheid in gewone en buitengewone bevoegdheden

In de twintigste eeuw komt vanuit de doctrine het onderscheid op in buitengewone en gewone bevoegdheden waar de burgemeester over beschikt (zie §5.4). De redenering luidt dat deze middelen dienovereenkomstig worden ingezet in buitengewone en gewone omstandigheden. Hoewel dit onderscheid nooit expliciet in de gemeentewet werd vermeld, is het door de jaren heen gebruikt om systematiek aan te brengen in de openbare-ordeparagraaf.<sup>363</sup> Het Wetboek van

<sup>361</sup> *Handelingen II* 1982-1983, 16, p. 472 (interpellatie-Brouwer over de toepassing van de artikelen 219 en 220 van de Gemeentewet); Rapport *Geen Nood-zaak*, Klachten- en Adviesburo politie-optreden Amsterdam, oktober 1982, hoofdstuk 3 'Klachten' onderdeel A 'Geweld ten aanzien van buitenstaander/toeschouwers'.

<sup>362</sup> F. Kuitenbrouwer, 'Kraakpand ontruimd via juridische kunstgreep', *NRC Handelsblad* 12 oktober 1982; *Handelingen II* 1982-1983, 16, p. 472; Van der Duin 1983 in *Gst.* 6741, p. 96. Zie ook: Notitie van het college van b en w in: *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 643, nr. 1, p. 7; Lisser in *Gst.* 6737, p. 2.

<sup>363</sup> *Handelingen I* 1903-04, p. 230-233 en 241 (bijdragen van Kamerlid Kist en Minister Loeff in de discussie over het politiewezen); Elenbaas I 1902, p. 436-437 en 1932, p. 879, 888-889, 893-898; Oppenheim II 1903, o.a. p. 263-264 en 269-270 en 1928, p. 273, 286, 295; Prins 1911, p. 90-101; Eysten 1912, p. 55-57; Van Loenen II 1914, p. 490 en 518 en 1934, p. 808, 825; Bool 1930, p. 339-344, 345-359, 244-246; Sikkes & Zadel 1958, p.

Strafrecht maakt ten aanzien van de bevoegdheid tot het uitvaardigen van een noodverordening in artikel 443 overigens wel melding van het overtreden van ‘een algemeen voorschrift van politie, krachtens de gemeentewet *in buitengewone omstandigheden* door de burgemeester (...) uitgevaardigd en afgekondigd [cursivering LDR]’.

Men is het niet over alle bevoegdheden eens tot welke categorie zij horen. Duidelijk is dat de bevoegdheden in de artikelen 219 en 220 van de gemeentewet van 1931 van oudsher tot de categorie buitengewone middelen worden gerekend die daarmee slechts inzetbaar zijn in exceptionele omstandigheden. Voor zover auteurs in gaan op de categorie ‘gewone middelen’, komt overwegend de visie naar voren dat de bevoegdheden voor normale omstandigheden zich in de artikelen 221 en 222 bevinden.

De onderverdeling is ooit ontstaan doordat men vroeger de ordebevoegdheden onderscheidde aan de hand van het type sterke arm dat de burgemeester bijstond. In het geval van een noodsituatie als een oproerige beweging, samenscholing of ernstige ordeverstoring werd vanouds bijstand verleend door krijgsvolk – later de rijkspolitie. Als ordehandhaving daarentegen bestond uit het houden van toezicht op voor publiek openstaande gebouwen en samenkomsten e.d. of het hebben van het opperbevel bij brand, stond de burgemeester de gemeentepolitie en de plaatselijke brandweer ter beschikking. Het idee was dat de burgemeester pas het leger inzette als alle andere middelen faalden, namelijk als bleek dat de gemeentelijke politie de orde niet meer kon handhaven.<sup>364</sup> In onderstaande tabel is het onderscheid visueel weergegeven.

<b>gemeentewet 1931</b>	<b>Gewone middelen in ‘normale’ omstandigheden</b>	<b>Buitengewone middelen in ‘buitengewone’ omstandigheden</b>
<b>Artikel</b>	221 (toezicht voor publiek openstaande gebouwen e.d.)	219 (noodbevel)
<b>Artikel</b>	222 (opperbevel brand)	220 (noodverordening)

Tabel 6: Overzicht gewone en buitengewone bevoegdheden

350, 353 en 359; Oud 1959 II, p. 518, 527-528; Crince le Roy 1963, p. 28-51, m.n. p. 44 en Suyver 1976, p. 84-88; Hennekens 1985, m.n. p. 5-6, 11 en 16; Suyver 1985, p. 179; Brederveld & Schroot & Wijma I 1990, p. 275-282; Hennekens 1990, p. §2.1-§2.3; Brainich von Brainich Felth 1993, p. 49-50; Van der Meulen 1993, o.a. p. 164, 186-189.

<sup>364</sup> Zie noot 363 en in het bijzonder: Eysten 1912, p. 54-57, 69-75; Oppenheim II 1928, o.a. p. 286, 295-299; Oud 1959 II, p. 518, 527-528; Crince le Roy 1963, m.n. p. 30, 44; Suyver 1976, p. 84-85.

Crince le Roy en Hennekens scharen de bevoegdheid om bij brand het opperbevel te voeren niet of niet zomaar onder de ‘gewone bevoegdheden’. Zij geven aan dat de burgemeester bij deze bevoegdheid op zijn verantwoording beveelt tot buitengewone maatregelen die inbreuk maken op het eigendomsrecht van burgers: het omverhalen van een huis of onverwijld inbezitneming daarvan (mede op basis van de Onteigeningswet). In dit licht past de opperbevelsbevoegdheid veeleer in de categorie van de buitengewone middelen.<sup>365</sup>

Suyver ageert in zijn proefschrift tegen het ‘hardnekkige onderscheid tussen gewone en buitengewone ordeverstoringen en bevoegdheden’. Hij meent dat deze opvatting noch uit het systeem van de gemeentewet noch uit de parlementaire geschiedenis volgt. Daarnaast heeft het onderscheid volgens de auteur onduidelijke beschouwingen over de positie van de burgemeester bij ordehandhaving krachtig bevorderd. De situaties die de gemeentewet aanduidt – oproerige beweging, samenscholing of andere ordeverstoringen – zijn daardoor teruggedrongen tot abnormale situaties. Artikel 219 is echter niet een uiterst spaarzaam gehanteerde bepaling, zoals aangeleerd wordt, maar een springlevend artikel dat elke dag ontelbare malen word toegepast. Het noodbevel en de noodverordening kunnen zowel in lichte als in zware ordeverstoringen afgekondigd worden, aldus Suyver.<sup>366</sup>

Lisser kan zich tot op zekere hoogte vinden in de visie van Suyver. Het zou niet goed denkbaar zijn dat de wetgever grenzen zou trekken tussen gewone en buitengewone ordeverstoringen met daarbij passende middelen. De burgemeester zou niet van wettelijke voorschriften mogen afwijken als het om ‘huis-, tuinen en keuken openbare-ordeverstoringen’ gaat zoals die in elke grote gemeente dagelijks plaatsvinden – hoewel hij zijns inziens daartoe wel bevoegd is. De artikelen 219 en 220 moeten volgens hem niet gezien worden als uitsluitend van toepassing in exceptionele omstandigheden vergelijkbaar met die waarop de WBBBG ziet. Bij noodtoestanden op basis van deze wet gaat het om stoornissen die het karakter hebben van een aantasting van de rechtsorde met revolutionaire middelen. De bevoegdheden van de burgemeester in de gemeentewet zien daarentegen meer op incidentele op zich staande uitbarstingen van massaal geweld, ongeacht of daaraan een duidelijk protest ten grondslag ligt, aldus de auteur.<sup>367</sup>

---

<sup>365</sup> Crince le Roy 1963, p. 46-49; Hennekens 1990, p. 133-134. Ter uitvoering van artikel 103 Gw worden de artikelen 219, 220 én 222 in een notitie aangehaald als noodbepalingen die in gewone wetten voorkomen (*Kamerstukken II* 1986-1987, 20028, nr. 2, p. 5 en 18). Zie ook: Rb. Groningen 21 mei 1943, *NJ* 1943, 724.

<sup>366</sup> Suyver 1976, p. 84-88. In tegenstelling tot hetgeen Suyver aangeeft (1976, p. 84), komt het onderscheid in gewone en buitengewone middelen in de parlementaire geschiedenis wel voor, zie: *Handelingen I* 1903-04, p. 233 en 241 (bijdragen van Kamerlid Kist en Minister Loeff in de discussie over het politiewezen).

<sup>367</sup> Lisser in *Gst.* 6737, p. 4-6; Crince le Roy 1963, p. 87-88; *Bijlage Handelingen II* 1951-1952, 147A, p. 2.

### 6.3.2.2 *Procesrechtelijke gevolgen*

In tegenstelling tot het staatsnoodrecht,<sup>368</sup> ontbreekt er in het gemeentelijke noodrecht een expliciete basis voor het onderscheid in gewone en buitengewone bevoegdheden en gewone en buitengewone omstandigheden. Toch komt de terminologie in een aantal bepalingen gelieerd aan het gemeenterecht, vóór de jaren tachtig al wel voor.

Zo gaf ik eerder aan dat de strafbaarstelling op het overtreden van een noodverordening in artikel 443 Sr op de terminologie aansluit. Ook in de wetten die te beschouwen zijn als de voorlopers van de Awb, zijn bepalingen te vinden die op basis van het onderscheid een belangrijk verschil in rechtsbescherming tweeweg brengen. Het gaat om artikel 5 van de Wet beroep administratieve beschikkingen van 1963 (Wet BAB) en de Wet administratieve overheidsbeschikkingen van 1976 (Wet Arob). Op basis van dit artikel is het onder bepaalde buitengewone omstandigheden niet mogelijk om in beroep te gaan bij het bestuur (Kroonberoep) en later bij de bestuursrechter. Artikel 5 luidt als volgt:

#### **Artikel 5**

Geen voorziening als in deze wet bedoeld staan open tegen:

h. beschikkingen, op grond van een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift voor het geval van oorlog, oorlogsgevaar, daaraan verwante of daarmee verband houdende buitengewone omstandigheden toegekende bevoegdheid of opgelegde verplichting in deze omstandigheden gegeven;

j. beschikkingen, op grond van een in enig staats- of administratiefrechtelijk voorschrift voor het geval van watersnood of andere rampen of dringend of dreigend gevaar daarvoor toegekende bevoegdheid of opgelegde verplichting in deze omstandigheden gegeven;<sup>369</sup>

In de gevallen genoemd in artikel 5 onder h en j Wet Arob is het niet mogelijk om in beroep te gaan bij het bestuur (Kroonberoep) en later bij de bestuursrechter. Dit is het geval bij beschikkingen die het bestuur neemt in tijden van oorlog, watersnood of andere (dreigende) rampen of dringend of dreigend gevaar. De reden voor deze regeling ligt in de uitzonderlijke aard van de beschikkingen door de omstandigheden waaronder zij worden gegeven. Zou de latere wetgever

<sup>368</sup> Prins 1911, hoofdstuk II; Crinice le Roy 1963, p. hoofdstuk III en IV; Helmstrijd 1974 in *Gst.* 6304 en 6305 (1974), p. 175-176 en 183-184; Hennekens 1990, hoofdstuk 4. Zie verder: de Oorlogswet van 1899, *Stb.* 1899, 128, de Wet bescherming bevolking, *Stb.* 1952, 404, de Wet verplaatsing bevolking, *Stb.* 1952, 406 en de Wet buitengewone bevoegdheden van burgerlijke gezag, *Stb.* 1952, 361.

<sup>369</sup> Artikel 5 van de Wet van 20 juni 1963, houdende voorzieningen bij de Kroon tegen administratieve beschikkingen, *Stb.* 1963, 268 en de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen van 1 mei 1975, *Stb.* 1975, 284. Vergelijk het huidige artikel 8:4 onder b Awb.



het anders willen, dan belet niets hem van artikel 5 af te wijken en beroep wel open te stellen.<sup>370</sup>

Steenbeek en Stroink betwijfelen of de bijzondere aard van de noodbeschikkingen zich later niet ook tegen een beroepsregeling zou verzetten. In geval van nood neemt het bestuur een beschikking die in beginsel niet aan de eisen hoeft te voldoen die in normale omstandigheden aan goed en behoorlijk bestuur gesteld worden. Andere auteurs vragen zich af waarom het niet mogelijk is om de executie van dergelijke noodbeschikkingen te verzekeren en tegelijkertijd een beroepsmogelijkheid te garanderen. Artikel 5 Wet Arob gaat slechts op als een beschikking niet alleen in de bedoelde noodomstandigheden is genomen, maar ook berust op voorschriften die speciaal op die omstandigheden zijn gericht. A contrario volgt uit artikel 5 dat beschikkingen die de burgemeester in rustigere tijden geeft, wel appellabel zijn.<sup>371</sup>

De volgende uitspraken illustreren wanneer sprake is van de uitzondering in artikel 5 Wet Arob. Een principiële uitspraak betreft de *Valkenburgse kroketten*-zaak. De burgemeester van Valkenburg aan de Geul beveelt een eigenaresse van de plaatselijke snackbar op grond van artikel 219 gemeentewet de verkoop van kleine eetwaren na middernacht zodanig te regelen dat de kopers daarvan het gekochte in de inrichting consumeren. Haar klanten, veelal brooddronken jongelieden, blijken hun snacks namelijk noodgedwongen op het trottoir resp. wegge-deelte te consumeren. Hierbij verstoren zij de orde door het houden van vechtpartijen en het besmeuren van buitenspiegels van auto's met mayonaise. De Afdeling oordeelt dat de uitzondering in artikel 5 niet opgaat. Het besluit is niet in een noodsituatie gegeven, maar in 'normale' tijden en dus was de snackbareigenaresse ontvankelijk in haar bezwaar en beroep. Evenmin gaf het karakter van de wanordelijkheden aanleiding voor ernstige vrees voor een verstoring van de openbare orde. Er stonden de burgemeester voldoende normale middelen ter beschikking in het kader van de uitoefening van zijn politietaak; artikel 219 is bedoeld voor uitzonderingssituaties.<sup>372</sup>

Een tweede zaak die in dit verband als voorbeeld dient, is de uitspraak van Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB) tegen de burgemeester van Deventer over de wedstrijd Go Ahead Eagles-Feijenoord. De burgemeester verbiedt de wedstrijd op basis van een 219-bevel, omdat deze gepland staat op een doordeweekse dag en het een risicowedstrijd betreft. Uit politie-informatie blijkt dat, ondanks de combikaarten, steeds een honderdtal supporters ruim voor aanvang pleegt te arriveren en ernstige overlast veroorzaakt. Op zondagmiddag is de tijd tussen aankomst in de stad en aanvang van de wedstrijd kort en zijn win-

<sup>370</sup> *Kamerstukken II* 1958-1959, 5363, nr. 3, p. 12 en 14.

<sup>371</sup> Steenbeek & Stroink. 1988, p. 183-184; Loeb & Olivier & Troostwijk 1990, p. 76-77; Hennekens 1990, p. 90 en 134.

<sup>372</sup> ARRvS 7 september 1984, *tB/S* III, 317a m.nt. M.C.B (Valkenburgse kroketten).

kels en een groot deel van de horeca-inrichtingen gesloten. De Afdeling toetst het besluit vol en meent dat gelet op de stukken en het verleden de wedstrijd in kwestie een risicowedstrijd is. Ernstige vrees voor het ontstaan van een ‘stoornis der openbare orde’ is dan ook aanwezig. Daarbij zijn de gewone middelen in casu ontoereikend volgens de Afdeling; er is een grens aan de omvang van de politiemacht die redelijkerwijze met een zekere regelmaat op de been is te brengen en daarnaast staan geen overige gewone middelen ter beschikking zoals een vergunnings- of meldingssysteem.<sup>373</sup>

### 6.3.2.3 Onderscheid in nieuw perspectief

#### Herziening staatsnoodrecht

Als in 1983 door middel van een grondwetsherziening het staatsnoodrecht wordt herzien, heeft dat ook gevolgen voor het gemeentelijk noodrecht en het onderscheid in gewone en buitengewone bevoegdheden. De uitzonderingstoestanden ‘in staat van oorlog’, ‘in staat van beleg’, de ‘burgerlijke uitzonderingsgrond’ en de toestand van ‘oorlogsgevaar’ vervangt de grondwetgever met één bepaling, namelijk artikel 103 Gw. In dit artikel noemt men de verschillende situaties niet langer bij naam, maar geeft de wetgever zichzelf de opdracht om het gehele noodrecht te systematiseren.<sup>374</sup>

#### Artikel 103 Gw

1. De wet bepaalt in welke gevallen ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid bij koninklijk besluit een door de wet als zodanig aan te wijzen uitzonderingstoestand kan worden afgekondigd; zij regelt de gevolgen.(...)

Het herzien van het noodrecht vindt plaats, omdat dit in procedureel en terminologisch opzicht is verworden tot een lappendeken. Een belangrijke oorzaak hiervan is dat de wetgever destijds bij het ontwerpen van noodwetgeving vooral dacht aan oorlogssituaties; crisisbeheersing in de moderne zin van het woord speelde nog niet. Door de jaren heen zijn echter wijzigingen in noodwetten aangebracht om de bestaande bevoegdheden ook toepasbaar te maken in buitengewone omstandigheden als het vreedstijd is. Aangezien het systeem vanouds is geënt op het begrip oorlog, blijkt een flexibeler stelsel nodig te zijn.<sup>375</sup>

<sup>373</sup> ARRvS 22 november 1985, *tB/S* III, 3851 m.nt. Bokma. Zie ook de uitspraak van waarnemend voorzitter van de Afdeling die eerder tot een andere conclusie kwam in een artikel 80 Wet RvS-procedure (onevenredig nadeel): VAR 22 oktober 1984, *tB/S* XI, 518a.

<sup>374</sup> De uitzonderingstoestanden waren daarvoor afzonderlijk te vinden in: artikel 202 Gw, artikel 203 Gw en artikel 201 lid 4 Gw.

<sup>375</sup> *Kamerstukken II* 1986-1987, 20028, nr. 2, m.n. p. 4 en 9 (Notitie over uitvoering door de wetgever van artikel 103 van de grondwet inzake de uitzonderingstoestanden); Cammelbeek 1996.

Het nieuwe systeem houdt in dat één wet, de Coördinatiewet uitzonderings-toestanden, zich uitstrekt over het geheel van de Nederlandse noodwetgeving. Onder het begrip ‘uitzonderingstoestand’ in artikel 103 Gw vallen de beperkte en de algemene noodtoestand. De buitengewone bevoegdheden worden in deze noodtoestanden in werking gesteld als de wetgever in de bijbehorende noodwetten uitdrukkelijk van het begrip ‘buitengewone omstandigheden’ spreekt. In deze gevallen heeft de wet overeenkomstig artikel 103 Gw bepaald in welke gevallen de uitzonderingstoestand kan worden afgekondigd ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid.<sup>376</sup>

De term ‘buitengewone omstandigheden’ geeft geen feitelijke situatie aan, maar is een juridische kwalificatie die van toepassing is op zowel ‘kleine als grote noodsituaties’; het is een juridische term die aangeeft dat buitengewone bevoegdheden mogen worden uitgeoefend. Bezien vanuit de wetsystematiek, hanteert de wetgever evenwel niet in alle noodbepalingen het begrip ‘buitengewone omstandigheden’ – zie bijvoorbeeld het gemeentelijk noodrecht. Volgens Brainich von Brainich Felth gaat het dan om noodbevoegdheden die vormvrij in werking kunnen worden gesteld, maar desondanks vallen in de categorie noodrecht. De materiële voorwaarden die besloten liggen in het juridische begrip ‘buitengewone omstandigheden’ gelden onverkort: 1) de bedreiging van een vitaal belang en 2) de ontoereikendheid van de normale bevoegdheden. Dat de wetgever deze juridische kwalificatie niet in elke noodbepalingen bezigt, heeft alleen gevolgen voor de rechterlijke toetsing.<sup>377</sup>

### Nieuwe interpretatie

Zoals in de vorige paragraaf aan de orde is gekomen, zijn de procesrechtelijke gevolgen te vinden in artikel 5 van de Wet Arob (bij beschikkingen gegeven in geval van oorlog of daaraan gerelateerde buitengewone omstandigheden, rampen en andere gevaren is geen beroep bij de bestuursrechter mogelijk). In doctrine en jurisprudentie neemt men in deze tijd aan dat de bevoegdheden van de burgemeester in de artikelen 219 en 220 gemeentewet onder deze uitzondering vallen en dat dus alleen beschikkingen genomen in rustige tijden appellabel zijn.<sup>378</sup>

De wetgever herzielt met de Grondwet van 1983 niet alleen het staatsnoodrecht, maar geeft daarmee ook het startschot voor de ontwikkeling van de Awb die de Wet Arob moet vervangen. Tijdens de totstandkoming van de eerste twee

<sup>376</sup> Coördinatiewet uitzonderingstoestanden, *Stb.* 1996, 365 (laatstelijk gewijzigd op 2 december 2004, *Stb.* 2004, 686), artikel 1, 7 en 8 en de lijsten A en B.

<sup>377</sup> *Kamerstukken II* 1987-1988, 20028, nr. 4, p. 5-7; *Kamerstukken II* 1993-1994, 23790, nr. 3, m.n. p. 3-7; Brainich von Brainich Felth 2006, (T&C OO&V), art. 103 Gw, aant. 3 en art. 1 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden, aant. 1.

<sup>378</sup> Zie noot 371, 372 en 373.

tranches van de Awb, anticipeert men op de veranderde systematiek en terminologie in het noodrecht. De verschillende situaties in de onderdelen h en j van artikel 5 van de Wet Arob worden daarom samengevoegd. In de opvolger van deze wetsbepaling, te weten artikel 8:4 sub b Awb, vallen de verschillende situaties vervolgens voortaan onder de noemer ‘buitengewone omstandigheden’.<sup>379</sup>

**Artikel 8:4**

Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit:

(...)

b. op grond van een in enig wettelijk voorschrift voor het geval van buitengewone omstandigheden toegekende bevoegdheid of opgelegde verplichting in deze omstandigheden genomen,

(...)

De uit de Wet Arob overgenomen uitzonderingsgrond interpreteert men evenwel in het Awb-tijdperk anders. De wetgever sluit zich aan bij de nieuwe systematiek in het noodrecht waarbij de term buitengewone omstandigheden terugslaat op de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden en artikel 103 Gw. In de literatuur gaat men ervan uit – voor zover er iets over geschreven is – dat de wetgever in artikel 8:4 sub b Awb met de term ‘buitengewone omstandigheden’ louter doelt op besluiten die van beroep zijn uitgezonderd, als deze gegrond zijn op bepalingen waarin de term buitengewone omstandigheden expliciet is opgenomen. Zo bekeken vallen de noodbevoegdheden van de burgemeester in de artikelen 219 en 220 – waarin de term niet uitdrukkelijk is opgenomen – niet langer onder de uitzondering van artikel 8:4 Awb. Anders gesteld: Sinds de inwerking-treding van de Awb in 1994 staat het verbod in artikel 8:4 Awb niet in de weg aan rechterlijke toetsing van besluiten genomen op basis van de gemeentelijke noodbepalingen.<sup>380</sup>

### 6.3.3 Overig wettelijk instrumentarium 1931-1992

Een derde knelpunt van het openbare-orderecht is het strafrechtelijke en bestuursrechtelijke instrumentarium dat toepasselijk kan zijn bij ordeverstoringen. Dit wettelijke instrumentarium blijkt op bepaalde punten niet geschikt voor dergelijke situaties, schiet te kort of de reikwijdte ervan staat niet vast. De noodbevoegdheden in de artikelen 219 en 220 mag de burgemeester alleen inzetten als het overige wettelijke instrumentarium ontoereikend is. In deze gevallen

<sup>379</sup> *Kamerstukken II* 1991-1992, 22495, nr. 3, p. 104. Zie ook: Daalder & Groot & Van Breugel 1994, p. 391-395.

<sup>380</sup> Brainich von Brainich Felth 1993, p. 9-14 en 263 en 2006, (T&C OO&V), art. 103 Gw, aant. 4 en art. 175, aant. 1 en art. 176; Borman 2009, (T&C Awb), art. 8:4 aant. 3; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 1994, p. 704-705; Dölle & Elzinga 2004, p. 434.

neemt het bestuur, gezien de ontoereikendheid van normale bevoegdheden, de beslissing om een buitengewone omstandigheid juridisch als crisis af te handelen.<sup>381</sup>

### 6.3.3.1 Ordeverstoringen en strafrecht

Diegenen die de plaatselijke de rust verstoren, maken zich in meeste gevallen schuldig aan het plegen van enig strafbaar feit. Verstoringen van de openbare orde die tevens een strafbaar feit opleveren, kunnen veroorzaakt worden door een individu of een groep.

#### Individen

In de categorie ordeverstoorders waarbij sprake is van een aanwijsbaar individu, komen als strafbare feiten bijvoorbeeld in aanmerking: openbare dronkenschap (artt. 426 Sr en 453 Sr), mishandeling (artikel 300 Sr), vernieling (artikel 350 Sr) of desnoods straatschenderij (artikel 424 Sr). In het geval van een ordeverstoring kan ook sprake zijn van een misdrijf dat in het bijzonder gericht is tegen de openbare orde (boek II, titel V Sr) of het openbaar gezag (boek II, titel VII), bijvoorbeeld opruiing (artikel 131 Sr) of wederspanningheid (artikel 180 Sr).

Bij misdrijven begaan door ordeverstoorders gericht tegen het openbaar gezag, kan gedacht worden aan de actieve en passieve wederspanningheid (resp. artikel 180 en 184 Sr). Het openbaar gezag bestaat uit de politie – al dan niet optredend namens de burgemeester –, de burgemeester zelf en elke andere ambtenaar die met toezicht of opsporing is belast. Het bevel dat door het openbaar gezag wordt gegeven (184 Sr), dient krachtens wettelijk voorschrift te zijn uitgevaardigd (bijvoorbeeld op basis van de artt. 219, 220 gemeentewet, artikel 28 van de Politiewet of een bevelsbevoegdheid gecreëerd in een plaatselijke verordening). Strafbare feiten waaraan individuele ordeverstoorders zich schuldig kunnen maken, zijn tot slot ook voor een belangrijk deel in de plaatselijke verordeningen neergelegd.<sup>382</sup>

Betreft het een ordeverstoring die tevens een strafbaar feit oplevert, dan biedt het strafrecht verschillende mogelijkheden om een individualiseerbare dader aan te pakken. Zodra de politie op heterdaad een ordeverstoorder ontdekt en daarbij het redelijke vermoeden bestaat van schuld aan enig strafbaar feit, is staandhouding mogelijk, aanhouding en een verhoor van maximaal 6 uur. Voor de meeste ordeverstoringen die tevens een strafbaar feit opleveren, is voorlopige hechtenis niet mogelijk (het betreffen geen misdrijven waar een gevangenisstraf van vier jaren of meer opstaat, zie artikel 67 lid 1 Sv). Tot het moment van ver-

<sup>381</sup> Brainich von Brainich Felth 2004, p. 20-21.

<sup>382</sup> Van de Poel & Teunissen 1981 in *Gst.* 6688, p. 491; Breed & Verkley 1981, p. 678. Zie ook: Heijboer 1983, p. 472-475.

volging kunnen deze verdachten niet worden vastgehouden. Orderverstoorders zonder vaste woon- of verblijfplaats in Nederland kan de politie overigens wel in voorlopige hechtenis nemen als het om een misdrijf gaat waar een gevangenisstraf op staat (artikel 67 lid 2 Sv). Voor het succesvol vervolgen moet de strafbare gedraging individueel aan de ordeverstoorder kunnen worden toegerekend. Het Nederlandse strafrecht kent daarmee een restrictief daderschap.<sup>383</sup>

Men realiseert zich ten tijde van het herzien van het Wetboek van Strafvordering dat het ontbreken van de mogelijkheid tot voorlopige hechtenis in sommige gevallen onwenselijk is. De wetgever besloot daarom in 1926 de regeling op te nemen van de rechterlijke bevelen tot handhaving van de openbare orde (artt. 540-550 Sv). Het rechterlijk bevel creëert een voorziening voor personen die binnen korte tijd doorlopend strafbare feiten plegen. De rechter kan met het bevel bepaalde gedragsregels opleggen of de verdachte (preventief) de vrijheid ontnemen in het belang van de openbare orde. De eisen zijn dat sprake is van een verdenking van een strafbaar feit (onvoldoende is de dreiging van strafbare feiten) waarop geen voorlopige hechtenis is toegelaten tegen een persoon die op heterdaad is betrapt en waartegen gewichtige bezwaren bestaan. Het gepleegde delict dient bovendien de openbare orde ernstig te hebben aangerand – destijds was dat bijvoorbeeld belediging van het openbaar gezag of van een bevolkingsgroep, huisvredebreuk en straatschenderij – en er dient gevaar te bestaan voor recidive of voortzetting van dat feit.<sup>384</sup>

## Groepen

Wordt de plaatselijke rust verstoord door meerdere individuen die daarbij strafbare feiten plegen, te weten een groep of meerdere groepen, dan biedt het strafrecht minder mogelijkheden. Het Nederlandse strafrecht gaat immers uit van een individuele dader die aan alle bestanddelen van een strafbare handeling moet hebben voldaan. De kritiek in de jaren tachtig luidt dan ook dat de strafwet niet voldoet in het geval groeperingen de plaatselijke rust verstoren en de verstoring een omvangrijk karakter heeft. Ook in de besluitvorming rondom de zaak *Lucky Luijk* blijkt dit een belangrijke factor; de burgemeester zet zijn (nood)bevoegdheden in daar waar het Wetboek van Strafrecht en de APV hem

---

<sup>383</sup> Zie o.a. de artt: 27, 52-54, 67 Sv. Zie verder: Van Bemmelen 1989, dl 4, p. 116-118, 138. Sinds 2004/5 is in art. 67 lid 1 sub b Sv mishandeling (300 Sr) en vernieling (350 Sr) toegevoegd als delicten waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is. Deze verruiming had tot doel personen die met een zekere regelmaat de veiligheid van personen en goederen in de openbare ruimte in gevaar brengen, langdurig(er) van hun vrijheid te beroven (*Kamerstukken I*, 2003/04, 28 980, D, p. 17 (MvA) en Melai & Groenhuijsen (T&C Sv), aant. 6 bij art. 67).

<sup>384</sup> Panholzer 1975, p. 1, 5-7; De Jong 2002, p. 63-71.

geen toereikend instrumentarium bieden om de grootscheepse ordeverstoring effectief tegen te gaan.<sup>385</sup>

De critici geven aan dat men grootscheepse ordeverstoringen meestal op twee manieren tegengaat: door fysiek politieoptreden overeenkomstig de geweldsinstructie met middelen als een wapenstok, traangas enz. of de justitiële aanpak die bestaat uit het doen van arrestaties en het vervolgen van verdachten. Het justitieel optreden is om meerdere redenen niet geschikt om grootschalige ordeverstoringen te bestrijden.

Om te beginnen werkt het uitgangspunt van het restrictieve daderschap in het strafrecht ook door als het gaat om delicten die van toepassing zijn in geval van groepen; het is bewijstechnisch lastig om in een menigte diegene te herkennen die daadwerkelijk de stenen gooide of anderszins geweld pleegde.<sup>386</sup> In deze periode is bijvoorbeeld het vervolgen wegens openlijke geweldpleging ex artikel 141 Sr – hét artikel dat op groepsgedrag in deze context ziet – zeer problematisch.

Artikel 141 stelt strafbaar: ‘Zij die openlijk met verenigde krachten geweld plegen tegen personen of goederen (...)’. Dit delict kan niet door slechts één persoon worden gepleegd. Het is echter niet voldoende dat een persoon slechts behoort tot een groep openbare geweldplegers; men dient te bewijzen dat van de verdachte in een groep zélf een gewelddadige handeling is uitgegaan. Het is bovendien bezwaarlijk dat het dreigen met geweld tot 1992 niet expliciet onder het bestanddeel ‘geweld’ valt.<sup>387</sup>

Openlijke geweldpleging ex 141 Sr – Het artikel luidde destijds: “Zij die openlijk met verenigde krachten geweld plegen tegen personen of goederen, worden gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren en zes maanden of geldboete van de vijfde categorie”.

Twee bestanddelen bemoeilijken het kwalificeren van een ordeverstoring als het delict openlijke geweldpleging. In de eerste plaats is voor het bestanddeel ‘met verenigde krachten’ in deze tijdsperiode vereist dat van de verdachte zelf een gewelddadige handeling is uitgegaan. Het is niet voldoende dat hij alleen deel uit maakt van een groep die openlijk ge-

<sup>385</sup> Zie bijvoorbeeld: Van de Poel & Teunissen 1981 in *Gst.* 6688, p. 491-492; Rapport *Het grootschalig politieoptreden na 1980*, van de studieconferentie over de Mobiele Eenheden van rijks- en gemeentepolitie en de bijstandseenheden van het Wapen der Koninklijke Marechaussee, januari 1981, p. 44; Van der Duin in 1983 in *Gst.* 6740, p. 70-71; Van der Laan 1982, p. 401-402; Van Veen 1982, p. 70; Notitie van het college van b en w in: *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 643, nr. 1, p. 7; Klachten- en Adviesburo politie-optreden over de Lucky Luijk 1982, hoofdstuk 2. Anders: F. Kuitenbrouwer, ‘Het is een fabeltje dat de Strafwet tekortschiet’, *NRC Handelsblad* van 2 november 1982. Zie ook De Hullu 1993, p. 30-38.

<sup>386</sup> Zie vorige noot, in het bijzonder: Van de Poel & Teunissen 1981 in *Gst.* 6688, p. 491-492; Van der Duin in 1983 in *Gst.* 6740, p. 70-71; Van der Laan 1982, p. 401-402.

<sup>387</sup> Wedzinga 1992, p. 2. Zie verder de volgende noot.

welddadig was. Het duurt tot het jaar 2000 voordat de wetgever een ruimere mogelijkheid biedt; men wijzigt de term ‘met verenigde krachten’ in het plegen van geweld ‘in vereniging’. Sindsdien is het voldoende dat de verdachte als lid van een groep een significante bijdrage leverde aan de geweldpleging.

Het bestanddeel ‘geweld’ vormt echter het grootste struikelblok in geval van een ordeverstoring. Onder het plegen van geweld valt namelijk niet, of althans niet expliciet, het dreigen met geweld. Wel verstaat men daar in dit tijdvak onder het aanwenden van een voldoende krachtige fysieke kracht dat het rechtsgoed, de openbare orde, daardoor in gevaar wordt gebracht. In 1973 spreekt het Hof een persoon vrij van overtreding van artikel 141 Sr, terwijl deze zich tijdens ongeregelheden in een groep bevindt met een brandende molotovcocktail in zijn hand. De rechter acht niet bewezen dat verdachte zelf enige daad van geweld pleegde. Wedzinga komt in zijn dissertatie, geschreven in de jaren negentig, ook tot de conclusie dat openlijke geweldpleging restrictief moet worden uitgelegd; hiervan is geen sprake als een groep verdachten ‘slechts’ een dreigende houding aanneemt of zich verbaal agressief gedraagt. Voor het aannemen van een poging tot een daad van geweld blijkt dat de dader dus zeer dicht op de verboden gedraging moet zitten (er dient acuut gevaar te ontstaan).

Sinds het *Nunchakuwapen*-arrest uit 1992 wordt het dreigen met geweld strafbaar geacht op grond van artikel 141 Sr. In deze zaak neemt de Hoge Raad openlijke geweldpleging aan gepleegd door iemand die voor een disco zijn nunchakuwapen dreigend opheft naar de portiers omdat deze besloten hadden geen nieuwe bezoekers toe te laten.<sup>388</sup>

Het is ook mogelijk dat ordeverstoorders bewust samenwerken bij andere strafbare feiten dan bij het delict openlijke geweldpleging. Denk bijvoorbeeld aan het opzettelijk in vereniging vernielen van een goed (350 Sr) als twee relschoppers het plan opvatten een politiebuis te vernielen en de een de ander de daarvoor bestemde steen overhandigt. Voor medeplegen in het algemeen is een nauwe en bewuste samenwerking vereist al dan niet door middel van een gezamenlijke uitvoering (47 Sr). Hoewel deelnemers niet alle bestanddelen van het delict hoeven te hebben vervuld, dient wel duidelijk te zijn wie welk aandeel had. Is niet zozeer sprake van een bewust samenwerken, maar veeleer van het bieden van hulp waardoor de uitvoering van het misdrijf vergemakkelijkt of bevorderd wordt, dan ligt medeplichtigheid voor de hand (48 Sr). Medeplichtigheid aan overtredingen is niet strafbaar (53 Sr).<sup>389</sup>

<sup>388</sup> Een nunchakuwapen wordt gebruikt in de Oosterse vechtsport en bestaat uit twee stokken die aan de uiteinden verbonden worden door een korte ketting of touw. Van der Duin 1983 in *Gst.* 6740, p. 72; Wedzinga 1992, p. 90-105; HR 26 juni 1973, *NJ* 1973, 384 (Molotovcocktail); HR 17 november 1992, *NJ* 1993, 292 (Nunchakuwapen); Rutten-Roos 1986, p. 308; De Hullu 1993, p. 32; Wet van 25 april 2000 tot wijziging van artikel 141 Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 2000, 173; Cleiren & Nijboer 2008, (T&C Sr), aant. 10b en 10c bij artikel 141; Noyon, Langemeijer, Rummelink, aant. 2 en 4.

<sup>389</sup> Rutten-Roos 1986, p. 308; Hazewinkel-Suringa 1991, p. 402-411; Van der Neut 1999, p. 103-117; Cleiren & Nijboer 2008, (T&C Sr) bij art. 47, aant. 6.



Afgezien van het restrictieve ouderschap, is tot slot een veelgehoord argument dat justitieel optreden niet geschikt is om grootschalige ordeverstoringen te bestrijden, omdat het voornamelijk bestaat uit ingrijpen achteraf (repressie); juist handelen ter preventie van een dergelijke ordeverstoring ligt voor de hand.<sup>390</sup>

### **Preventief politieoptreden: poging, voorbereiding en preventieve aanhouding**

Op deze plaats sta ik beknopt stil bij de mogelijkheden die het strafrecht in de jaren tachtig biedt om eerder in te grijpen dan nadat strafbare feiten al zijn gepleegd. Men moet onderscheiden preventief handelen ten aanzien van personen die verdachten zijn en personen die dat nog niet zijn. Als verdachte wordt vóórdat vervolging aanvangt, aangemerkt degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit (artikel 27 Sv).

Het onderscheid in preventief handelen ten aanzien van personen die wel of niet verdachten zijn, is specifiek van belang bij het ontnemen van iemands vrijheid: als de politie een verdachte preventief arresteert, is dat een *preventieve aanhouding*, ook wel strafvorderlijke of justitiële inhechtenisneming genoemd, en is formeel de officier van justitie de verantwoordelijk gezagdrager. Op het moment dat een persoon preventief wordt vastgehouden (tijdelijk wordt opgehouden) zónder dat hij verdachte is, is sprake van wat destijds ook wel werd aangeduid als 'bestuurlijke inhechtenisneming'. De in deze tijd geaccepteerde vorm van vrijheidsontneming is bestuurlijk, omdat dit onder de verantwoordelijkheid van de burgemeester plaatsvindt. Deze is op zijn beurt aan de gemeenteraad verantwoording verschuldigd voor het gevoerde ordehandhavingsbeleid.<sup>391</sup> De rechtmatigheid van de laatstgenoemde wijze van vrijheidsontneming wordt besproken in de hierna volgende paragraaf (§6.3.3.2).

### **Poging**

In geval van een misdrijf kent het strafrecht in deze periode de mogelijkheid om via de poging ex artikel 45 Sr eerder in te grijpen dan pas op het moment dat het delict is voltooid; het plegen van voorbereidingshandelingen stelt de wetgever pas in 1994 strafbaar. Een poging tot bijvoorbeeld opruiing, vernieling, openlijke geweldpleging, wederspansing of het niet voldoen aan een bevoegd gegeven bevel is strafbaar als voldaan is aan drie vereisten: het voornemen om het

<sup>390</sup> Zie noot 113.

<sup>391</sup> Van der Laan 1982, p. 401; Van de Poel & Teunissen 1981 in *Gst.* 6688, p. 492; Breed & Verkley 1981, p. 677; Van Veen 1982, p. 69. In de literatuur gaat men soms (stilzwijgend) uit van het begrip preventieve aanhouding in de betekenis het aan- en vasthouden van personen die de openbare orde (dreigen) te verstoren zónder dat sprake is van een verdachte in strafvorderlijke zin.

misdrif te plegen (1) moet zich door een begin van uitvoering hebben geopenbaard (2) en er dient geen sprake te zijn van niet-voltooiing door een vrijwillige terugtred (3).<sup>392</sup>

Om poging aan te kunnen nemen moet de ordeverstoorder zijn opzet tot uitdrukking brengen in zijn uitvoeringshandelingen; de gedraging moet naar haar uiterlijke verschijningsvorm beschouwd kunnen worden als te zijn gericht op voltooiing van het misdrijf. Of hier sprake van is dient men per delictomschrijving te bezien.

De pogingvorm is evenwel niet een geschikt middel om in een eerder stadium in te grijpen bij strafbare feiten die gepaard kunnen gaan met een ordeverstoring; het gedrag van de ordeverstoorders dient zo dicht op de verboden handeling te zitten dat twijfelachtig is of er op tijd ingegrepen kan worden. Een poging tot openlijke geweldpleging is bijvoorbeeld het in de hand hebben van een brandende molotovcocktail tijdens een rel. In andere gevallen, zoals bij mishandeling of opruiing, is een poging slecht voorstelbaar. Poging is ten slotte niet van toepassing bij overtredingen die gepaard kunnen gaan met bepaalde ordeverstoringen (zoals openbare dronkenschap, straatschenderij of de strafbare feiten in plaatselijke verordeningen).<sup>393</sup>

### ‘Voorbereiding’ in APV’s

Een in deze periode veel voorkomende wijze om effectiever op een eerder moment te handelen, is door het naar voren halen van het strafbare moment in de APV. Bijvoorbeeld het verbod om in of nabij een demonstratie of evenement de orde te verstoren of dreigen te verstoren. Ook is denkbaar dat de APV een verplichting bevat om zich op vordering van een politieambtenaar te verwijderen ‘ter voorkoming of bestrijding van wanordelijkheden of verkeersbelemmeringen’.

In dit verband kan ook het Valken-artikel genoemd worden – ook wel aangeduid als de methode-Valken. Het was hoofdcommissaris Valken van de politie in Amsterdam die in 1981 het voorstel deed om in een APV een wettelijk basis

<sup>392</sup> Smidt I 1891, p. 419-429; Hazewinkel-Suringa 1991, p. 364-389 en Drewes 1973. Zie ook: Wet van 27 januari 1994, *Stb.* 1994, 60; Cleiren & Nijboer 2008, (T&C Sr) en Noyon, Langemeijer, Rummelink bij artikel 45 en 46b Sr.

<sup>393</sup> Poging tot *mishandeling* is niet mogelijk, omdat de wetgever het onwenselijk acht diegene te straffen die slechts zijn hand opheft om een ander te treffen. *Opruiing* is een concreet gevaarzettingsdelict en bij poging daartoe zit je al in de voorfase van andere strafbare feiten (poging is slechts denkbaar als het publiek de opruiing niet hoort). Een poging tot *wederspannigheid* is mogelijk als het gebruik van geweld niet al onder het bestanddeel ‘dreigen met geweld’ valt; Het pogen niet te voldoen aan een (verwijderings)bevel laat zich tot slot moeilijk denken (alleen in het geval de verdachte zich zelf opzettelijk in de positie brengt dat hij het bevel niet kan horen). Zie hiervoor: Drewes 1973, o.a. p. 8-9; Cleiren & Nijboer 2008, (T&C Sr), aant. 8 bij art. 131, aant. 12 bij 180, aant. 9 bij 184 en aant. 11 bij 186. Zie ook noot 388.

te creëren teneinde relschoppers (krakers) aan te kunnen pakken ‘op weg naar hun werkterrein’. Het voorstel luidde:

‘Het is verboden, om wanneer een ordeverstoring gaande is of ernstig gevaar voor ongeregelde dreigt, op de openbare weg of op voor het publiek toegankelijke plaatsen voorwerpen of stoffen bij zich te hebben of te vervoeren, die kennelijk bestemd zijn om de orde te verstoren’.

Een dergelijke bepaling is te vinden in de noodverordening ten tijde van de *Lucky Luijk*-zaak en wordt een jaar later, in 1983, daadwerkelijk door de raad als APV-bepaling aangenomen. APV-bepalingen die afzonderlijke ‘voorbereidings-handelingen’ strafbaar stellen en op deze wijze zijn geredigeerd, komen daarna veel voor. Heringa en Burkens menen dat dergelijke constructies haaks staan op het strafrechtelijke systeem; men keert de bewijslast om: de verdachte dient te bewijzen dat hij geen strafbare handeling heeft verricht. De onschuldpresumptie zou hiermee onder druk komen te staan.<sup>394</sup>

### **Preventieve aanhouding**

Een laatste wijze om ordeverstoorders die verdacht worden van het plegen van strafbare feiten, het hoofd te bieden is via het preventief arresteren, ook wel strafvorderlijke of justitiële inhechtenisneming geheten.

Berucht waren toen al de methodes van de toenmalige hoofdinspecteur van de politie Koppejan. De eerste methode-Koppejan houdt in dat agenten ordeverstoorders oppakken, wegvoeren en deze enige tijd in de politiemanege opsluiten. De tweede methode is dat de politie op basis van artikel 28 Politiewet en de ambtsinstructie, potentiële ordeverstoorders oppakt en hen aan de rand van de stad of daarbuiten weer vrij laat. Deze kortstondige vrijheidsbeneming zorgt ervoor dat ordeverstoorders er meestal zo lang over doen om terug te komen dat het gevaar al geweken is. Men verstaat dan ook onder het preventief aanhouden, het strafvorderlijk aanhouden van personen als verdachten die de politie in normale omstandigheden niet zou aanhouden, met als doel hen voor een tijd uit het strijdgewoel te halen.<sup>395</sup>

In dit licht is het niet verwonderlijk dat men in de literatuur en politiek wijst op het gevaar van misbruik van bevoegdheid. Preventieve vrijheidsbeneming is

<sup>394</sup> Van de Poel & Teunissen 1981 in *Gst.* 6688, p. 491; Van der Duin 1983 in *Gst.* 6740, p. 71 en in *Gst.* 6741, p. 93-95; Heringa 1982, p. 707; Burkens 1982, p. 626-627; Damen in *NJB* van 1983, p. 40; Rutten-Roos 1986, p. 308. Zie ook De Hullu 1993, p. 39-46.

<sup>395</sup> Bakker 1967, p. 1162; Van de Poel & Teunissen 1981 in *Gst.* 6688, p. 491-492; Damen in *NJB* van 1983, p. 40; Van der Duin 1983 in *Gst.* 6740, p. 71; Michiels e.a. 1997, p. 42; J.G. Brouwer en A.E. Schilder, ‘De politie misbruikt haar bevoegdheden’, *NRC Handelsblad*, 18 juni 1997. Van der Laan, p. 409; Suyver 1977, p. 801 en 1985, p. 161; De Jong 2002, p. 176, noot 132.

alleen toegestaan wanneer dit geschiedt met de bedoeling de aangehoudenene spoedig voor de rechter te brengen, zie artikel 5 lid 1 sub c van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Sommige auteurs achten het niet geoorloofd om strafvorderlijk middelen in te zetten met een bestuurlijk doel, te weten het handhaven van de openbare orde. Heringa noemt naast het voorkomen en tegengaan van orderstoringen, ook bestuurlijke doelen als de zorg voor een schone stad of het tegengaan van heroïnehandel.<sup>396</sup>

Het strafrecht kent als ruimere doelstellingen dan het bestuursrecht het handhaven van de rechtsorde en het beschermen van de rechtsgemeenschap; met dit doel brengen bevoegde instanties weloverwogen en in een specifieke met waarborgen omklede procedure leed toe aan een schuldige dader. In beginsel vindt dit proces plaats voor een strafrechter. Vanuit dit perspectief – dus vanuit het oogpunt van strafrechtelijke handhaving – meent Van der Duin dat het niet zo'n probleem is dat het strafrecht de mogelijkheden mist om (grootschalige) ordeverstoringen aan te pakken; die dient men ook niet primair via het strafrecht te bestrijden.<sup>397</sup>

De verschillende politiekorpsen denken daar in de jaren tachtig evenwel anders over. In het rapport 'Het grootschalig politieoptreden na 1980' geeft de politie aan dat het betreurenswaardig is dat zij niet beschikt over wettelijke bevoegdheden om relschoppers die nog geen verdachten zijn, aan te kunnen pakken. Uit het rapport blijkt dat de politie hier al enige tijd voor pleit. Men wil een preventieve aanhoudingsbevoegdheid en de ont koppeling van de eis van ontdekking op heterdaad (individuele constatering en individuele aanpak). Daarnaast twijfelt de politie over het wettelijke bestaande instrumentarium in het geval ordeverstoorers wel verdachten zijn. Haar aanbeveling aan de regering luidt dat nagegaan moet worden of de bestaande wettelijke mogelijkheden voldoende zijn dan wel aangevuld moeten worden voor effectief politieoptreden. Men denkt bijvoorbeeld aan bevoegdheden in relatie tot het maken en gebruiken van foto's van verdachten die niet in verzekering zijn gesteld, video-opnamen en aan onderzoek aan de kleding van nog niet aangehouden personen.<sup>398</sup>

---

<sup>396</sup> Van de Poel & Teunissen 1981 in *Gst.* 6688, p. 491-492; Van der Laan 1982, p. 402-411; Heringa 1982, 707; Van der Duin 1983 in *Gst.* 6741, p. 94-96; Breed & Verkleij 1981, p. 677.

<sup>397</sup> Hazewinkel-Suringa 1991, o.a. p. 9 en 16; Van der Duin 1983 in *Gst.* 6740, p. 73 en *Gst.* 6741, p. 94-95. Anders: Buruma 1993, p. 270 en De Hullu 1993, p. 10-20. Zie in verband met de preventieve vrijheidsontneming ook het proefschrift van De Jong, 2002, o.a. p. 296-297.

<sup>398</sup> Rapport *Het grootschalig politieoptreden na 1980*, van de studieconferentie over de Mobile Eenheden van rijks- en gemeentepolitie en de bijstandseenheden van het Wapen der Koninklijke Marechaussee, januari 1981, p. 44.

### 6.3.3.2 *Ordeverstoringen en 'openbare-orderecht'*

De burgemeester mag zijn noodbevoegdheden pas inzetten als er in een situatie van een (grootschalige) ordeverstoring geen andere middelen voorhanden zijn of hij daarmee niet uit de voeten kan. Gezien de beperkingen van het strafrecht in dit tijdvak, dringt de vraag zich op hoe overlast veroorzaakt door (groepen) ordeverstoringen, op bestuursrechtelijke resp. 'openbare-orderechtelijke' wijze kan worden tegengegaan. Drie situaties zijn te onderscheiden: a) de ordeverstoring valt samen met het plegen van een strafbaar feit en het gezag kiest (bewust) niet voor de strafvorderlijke weg, b) de ordeverstoring valt samen met het plegen van een strafbaar feit waarbij vervolging wel plaatsvindt of c) er is sprake van een ordeverstoring zodat slechts openbare-orderechtelijke handhaving mogelijk is – voor zover daar al van gesproken kan worden.

#### **Politiemaatregelen ter handhaving van de openbare orde tot 1957**

Sinds mensenheugenis nemen politieagenten maatregelen tegen dronken lieden die 's nachts de rust verstoren. Hoewel kennelijke openbare dronkenschap strafbaar is, kiest de politie vaak niet voor de strafvorderlijke weg (aanhouding en het vasthouden voor verhoor); men haalt de beschonken persoon wel van de straat, maar sluit deze vervolgens slechts in ter ontzuivering. Het vastzetten van een dronken persoon ter handhaving van de openbare orde is zowel voor als na de herziening van het Wetboek van Strafvordering in 1926 door de rechtspraak erkend. Het *Rhedense nachtbraker*-arrest is hier een goed voorbeeld van.<sup>399</sup>

In Rheden bevindt zich 's nachts een man op de openbare weg in kennelijke staat van dronkenschap. Als de dienstdoende agent hem probeert van de openbare weg te verwijderen door hem vast te grijpen, verzet de dronken man zich hevig. Het hof acht hem hiermee schuldig aan (actieve) wederspanning ex artikel 180 Sr. In cassatie voert de Rhedense nachtbraker aan dat de agent niet bevoegd was hem van de weg te halen zodat het verzet daartegen geen wederspanning oplevert, maar verzet tegen onrechtmatig optreden. De Hoge Raad beslist evenwel dat de taak van de politie omvat de verzekering van de openbare orde, veiligheid en rust; tot deze preventieve taak behoort het verwijderen van een beschonken persoon van de openbare weg waarbij een surveillerende politieagent bevoegd is hem tijdelijk, tot hij ontzuiverd zal zijn, in bewaring te

<sup>399</sup> Boek geeft aan dat onder het oude art. 141 Sv elke dienaar van de openbare macht verplicht was bij ontdekking van openbare dronkenschap op heterdaad, de verdachte aan te houden. Dat die aanhouding geschiedde ter insluiting ter ontzuivering kon de verdachte niet weten en deed daarom niet ter zake. Na de herziening van het Wetboek van Strafvordering koos de Hoge Raad ervoor om deze praktijk in het bestuurlijke domein onder te brengen (Boek 1996, p. 907 en 1995, p. 232-234.). HR 11 maart 1929, *NJ* 1929, p. 895 m. nt. v. D. (Rhedense nachtbraker-arrest). Zie ook: Vorstman 1929, p. 35-38.

stellen. De opvatting dat dergelijke ambtshandelingen uit de aard van de taak van de politie voortvloeien, is in lijn met eerdere uitspraken.<sup>400</sup>

Het *Rhedense nachtbraker*-arrest dient men in zijn historische context te bezien. De Hoge Raad vindt het tijdelijk vasthouden van een persoon totdat deze weer nuchter is – een vorm van vrijheidsontneming – zonder enige wettelijke basis in 1929 volstrekt normaal. Boek merkt op dat het desbetreffende politieoptreden kennelijk zo gewoon was geworden dat de noodzaak van het zoeken naar een formeel wettelijke grondslag niet meer werd gezien – vóór de Politiewet van 1957 ontbrak deze grondslag immers, hoewel destijds de Grondwet het (preventief) in hechtenis nemen zonder bevel van de rechter verbood. De emancipatie van de grondrechten was klaarblijkelijk nog niet begonnen. Ook het onderscheid tussen vrijheidsontneming en vrijheidsbeperking maakte men toen nog niet.<sup>401</sup>

Vorstman geeft aan dat met het *Rhedense nachtbraker*-arrest de ruime plichtmatigheidsleer het wint van de enge rechtmatigheidsleer. De plichtmatigheidsleer houdt in dat het politieoptreden niet alleen op grond van wet en verordening dient plaats te vinden (rechtmatig dus), maar ook op grond van het feit dat de politie het haar plicht acht om in bepaalde situaties in te grijpen (plichtmatig politieoptreden). In deze periode zijn er overigens al wel voldoende juristen die luidkeels ageren tegen dit standpunt.<sup>402</sup> Struycken zegt in dit verband het volgende:

“De theorie, dat de vrijheid der burgers nimmer mag worden verkort, tenzij krachtens machtiging van de wet, klinkt zoo aantrekkelijk; dissertatie op dissertatie, aan de universiteiten verdedigd, bewijst, hoe zij als vanzelfsprekend door onze juristen wordt aanvaard; reeds klinkt er iets van door in enkele rechterlijke beslissingen. Wordt het voorstel der Staatscommissie gevolgd, deze verleidelijke theorie zal in de Grondwet nieuwe steun vinden; hare werkelijkheid zoude betekenen de machteloosheid der politie: machteloos ter voorkoming, machteloos ter onderdrukking van misdrijven, van aanranding van personen en goederen, machteloos ter handhaving van orde en rust.”<sup>3,403</sup>

### **Politiemaatregelen ter handhaving van de openbare orde van 1957-1992**

Begin jaren zestig van de twintigste eeuw wordt een nieuw nachtbraker-arrest gewezen, maar nu onder vigeur van de Politiewet van 1957 alwaar de taak van de politie met de artikelen 28 en 35 een wettelijke basis heeft gekregen (de hui-

<sup>400</sup> Zie bijvoorbeeld: HR 22 oktober 1894, *W.* 1894, 6574 en de jurisprudentieverwijzingen in de conclusie van A-G Van Lier en in Van Haaren 1967, p. 172.

<sup>401</sup> Van der Burg 1961, p. 77; Van Bemmelen in *NJB* 1962, p. 851-853; Boek 1995, p. 233 en 1996, p. 907.

<sup>402</sup> Vorstman 1929, o.a. p. 13, 15, 35-38; Van der Burg 1961, p. 77 e.v.; noot van W.F. Prins bij het *Zeijense nachtbraker*-arrest (*AA* 1962-1963, p. 121-123); Van der Laan 1982, p. 409.

<sup>403</sup> Ontleend aan Vorstman 1929, p. 15.

dige artt. 2 en 12 Pol.wet). Artikel 28 noemt als taak van de politie het zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp. Hieronder valt enerzijds het handhaven van de openbare orde onder leiding van de burgemeester en anderzijds de strafrechtelijk handhaving met de officier van justitie aan het hoofd (artikel 35 en 36 van de Politiewet van 1957).

In het *Zeijense nachtbraker*-arrest pakt de politie een aangeschoten ordeverstoorder beet nadat deze opzettelijk niet voldoet aan een bevel om onmiddellijk naar huis te gaan. De man krijgt dit bevel, omdat hij zich 's nachts op de openbare weg bevindt waarbij hij verschrikkelijk schreeuwt en tiert. Ook deze nachtbraker wordt vervolgens door justitie vervolgd wegens wederspanningheid (art. 180 en 184 Sr).

In zowel de Rhedense als de Zeijense zaak betreft het een geval van openbare dronkenschap waarbij de politieagent bewust niet kiest voor aanhouding wegens het overtreden van artikel 426 of 453 Sr. Afgezien van de grondslag voor het handelen van de politie, bestaat tussen de beide nachtbraker-arresten nog een belangrijk verschil. De Rhedense politieambtenaar brengt de dronken nachtbraker naar het bureau en sluit hem in totdat deze weer nuchter is; in de Zeijense casus wordt de nachtbraker slechts naar huis 'begeleid'. Opnieuw oordeelt de Hoge Raad dat de ambtshandeling binnen de kring van de bevoegdheid van de politie ligt, maar nu wordt verwezen naar de grondslag in de Politiewet van 1957. Het naar huis begeleiden als maatregel acht men redelijk; als de dronken man alleen een bevel zou krijgen, was er geen garantie dat hij niet elders op de openbare weg te Zeijen verder zou gaan met het verstoren van de nachtelijke rust.<sup>404</sup>

De Hoge Raad vervolgt de lijn uitgezet met de nachtbraker-arresten waarbij indringende politiebevoegdheden gegrond worden op artikel 28 van de Politiewet van 1957. Een veel genoemd voorbeeld is het *Rode vlag*-arrest. Bij het stadhuis te Utrecht poogt een persoon een rode vlag aan de gevel van het stadhuis te bevestigen onder luid gejoel van een menigte jongeren. Een politieambtenaar maakt de vlag los waarop dezelfde persoon de vlag grijpt en opnieuw aan het stadhuis bevestigt. Opnieuw verwijdert de politie de vlag. De ordeverstoorder eist zijn eigendom terug waarop de politie hem antwoordt dat de vlag in beslag is genomen. Een poging om nogmaals de vlag te grijpen, leidt uiteindelijk tot vervolging wegens 184 Sr. De Hoge Raad geeft aan dat het in casu geen strafvorderlijke inbeslagneming betreft, maar één voor de duur van de wanordelijk-

---

<sup>404</sup> HR 24 oktober 1961, *NJ* 1962, 86 m. nt. B.V.A.R., *AA* 1962-1963, p. 118 e.v. m. nt. W.F.P. (*Zeijense nachtbraker*); Van der Laan 1982, p. 409.

heden ter daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde als bedoeld in artikel 28.<sup>405</sup>

Bovenstaande jurisprudentie maakt twee typen politie maatregelen zichtbaar: Het geven van een bevel (lastgeving) en het overgaan tot feitelijk ingrijpen bijvoorbeeld in de vorm van het naar het bureau brengen, het insluiten, het naar huis begeleiden of het in beslag nemen. Beide maatregelen kan de politie afzonderlijk nemen; men geeft dan ofwel een bevel ofwel gaat men direct over tot handelen. Het is ook mogelijk dat de tweede maatregel pas volgt na de eerste, dat wil zeggen als de ordeverstoorder het bevel niet naleeft. Hieronder ga ik eerst in op vrijheidsontnemende en vrijheidsbeperkende maatregelen en ten slotte apart op het bevel.

De grens tussen vrijheidsontneming en vrijheidsbeperking is in abstracto niet te trekken. Tot de jaren negentig van de vorige eeuw bestaat er in de doctrine weinig substantiële aandacht voor dit onderscheid. Bij *vrijheidsontnemende maatregelen* denkt men aan de volledige afwezigheid van het recht zich vrij te bewegen – al dan niet tijdelijk. *Vrijheidsbeperkende maatregelen* brengen geen volledige vrijheidsbeneming met zich mee, maar hinderen de ordeverstoorder een kortere of langere tijd in zijn bewegingsvrijheid (daar valt ook onder het niet langer de beschikking hebben over zijn goederen). Zodra de rust is terug is of het gevaar voor herhaling of voortzetting van de verstoring is geweken, moet er een einde komen aan de vrijheidsbeperkende maatregelen.<sup>406</sup>

### Vrijheidsontneming

De Hoge Raad gaat ook in de Zeijense casus niet in op een eventuele inbreuk op het recht van de persoonlijke vrijheid. Dit is opvallend aangezien de Grondwet destijds bepaalde dat niemand in hechtenis mag worden genomen zonder rechterlijk bevel (in artikel 171, verg. het huidige art. 15 jo. 113 Gw) en in 1953 het Verdrag tot bescherming van de rechten van mensen en fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) in werking trad. Gesteld kan worden dat de emancipatie van grondrechten begonnen is, maar dat voltooiing daarvan enkele decennia op zich laat wachten. Ondanks de Grondwet en het EVRM neemt men namelijk de rechtsliteratuur in deze tijd herhaaldelijk de rechtmatigheid van preventieve vrijheidsbeneming aan.<sup>407</sup>

---

<sup>405</sup> HR 22 februari 1977, *NJ* 1977, 288 m. nt. Th.W.v.V. (Rode vlag); Boek 1995, p. 238-241; Michiels e.a. 1997, p. 42-43. Keerpunt van deze lijn vond plaats in 2008, zie HR 29 januari 2008, *LJN* BB4108 en T&C Sr, aant. 8 bij artikel 184 Sr.

<sup>406</sup> Suyver 1977, p. 800-801. Zie later: De Jong 2002, o.a. p. 144-145.

<sup>407</sup> Boek 1996, p. 908; Burkens 1971, p. 44-45; Meuwissen 1968, o.a. p. 440-445; Van Haaren 1967, p. 176; De Jong 2002, p. 176.



**Artikel 171 Gw**

Buiten de gevallen in de wet bepaald, mag niemand in hechtenis worden genomen, dan op een bevel van de rechter, inhoudende de redenen der gedane aanhouding. Dit bevel moet bij, of zo spoedig mogelijk na de aanhouding betekend worden aan degene, tegen wie het is gericht.

De wet bepaalt de vorm van dit bevel en de tijd binnen welke alle aangehouden en moeten worden verhoord.<sup>408</sup>

Als het gaat om de grondwettigheid van het handelen van politie ter handhaving van de openbare orde, zijn verschillende redeneringen mogelijk. Hierbij brengt de term ‘inhechtenisneming’ in artikel 171 verwarring met zich mee.

Een eerste argumentatielij is dat het in een ‘individueel’ geval insluiten van een beschonkene ter ontuchtering niet onder artikel 171 Grondwet-oud valt. Men stelt dat dit uit de nachtbraker-jurisprudentie volgt en dat het preventieve politieoptreden zonder rechterlijk bevel anders onrechtmatig zou zijn geweest. Ook de regering maakt van deze bewijsvoering gebruik als er vragen worden gesteld over de methode-Koppejan. Zij meent dat optreden met geweld alleen geoorloofd is in geïndividualiseerde gevallen, maar niet tegen groepen van personen. Het collectief oppakken en wegvoeren van een willekeurig aantal personen als ordemaatregel is daarmee wel in strijd met artikel 171.<sup>409</sup>

Andere auteurs argumenteren dat onder het in hechtenis nemen uitsluitend de repressieve vrijheidsbeneming zou vallen, dat wil zeggen het beletten van ontvluchting door hem die voor de strafrechter moet verschijnen of die een straf uit moet zitten. Het preventief in bewaring stellen als vorm van vrijheidsbeneming zou derhalve geen grondwettelijke bescherming kennen, omdat het beoogt diegene aan de samenleving te onttrekken, die op dat moment een ogenblikkelijk gevaar voor de gemeenschap oplevert.<sup>410</sup>

Na de grondwetsherziening van 1983, die een betere aansluiting op het EVRM tot doel had, komt het huidige artikel 15 Grondwet in de plaats van artikel 171. Lid 1 van het artikel bepaalt: “Buiten de gevallen bij of krachtens de wet bepaald mag niemand zijn vrijheid worden ontnomen.” Ten opzichte van de oude bepaling bestaan er twee verschillen: de formele wetgever kan de bevoegdheid om het recht op de persoonlijke vrijheid te beperken, delegeren en de oude term ‘inhechtenisneming’ is vervangen voor het begrip ‘vrijheidsontneming’. Met deze wijziging maakt de wetgever duidelijk dat elke vorm van vrijheidsbeneming onder artikel 15 Grondwet valt.<sup>411</sup> De vraag die overblijft, is

<sup>408</sup> *Stb.* 1993, 295.

<sup>409</sup> Van Haaren 1967, p. 171-177; Bakker 1967, p. 1162; Van Eck 1967, o.a. p. 227-228; *Handelingen II* 1966-1967, p. 790-791 (3 januari 1967).

<sup>410</sup> Van Haaren 1967, p. 173-176; Burkens 1971, p. 44.

<sup>411</sup> Burkens 1971, p. 45; *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 872, nr. 3 (MvT), p. 48-50; De Jong 2002, p. 177.

wanneer ontnemt de politie, al dan niet op gezag van de burgemeester, iemand zijn vrijheid? Dergelijke ordemaatregelen zijn niet toegestaan, tenzij daarvoor een specifieke wettelijke regeling bestaat.

Door uit te gaan van de term *vrijheidsontneming* sluit de grondwetgever aan bij het recht op persoonlijke vrijheid in artikel 5 lid 1 EVRM. Het artikel geeft een aantal beperkingsgronden op basis waarvan het de overheid is toegestaan om iemands vrijheid te ontnemen. Het gaat om het daadwerkelijk ontzeggen dan wel feitelijk uitsluiten van de fysieke mogelijkheid zich te begeven waarheen men wil. De mogelijkheden onder b en c om inbreuk te maken op dit grondrecht, bieden in situaties van ordeverstoringen weinig soelaas.<sup>412</sup>

#### Artikel 5 EVRM

“1. Een ieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve in de navolgende gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure:

(...)

b. indien hij op rechtmatige wijze is gearresteerd of gedetineerd, wegens het niet naleven van een overeenkomstig de wet door een gerecht gegeven bevel of teneinde de nakoming van een door de wet voorgeschreven verplichting te verzekeren;

c. indien hij op rechtmatige wijze is gearresteerd of gedetineerd teneinde voor de bevoegde rechterlijke instantie te worden geleid, wanneer er een redelijke verdenking bestaat dat hij een strafbaar feit heeft begaan of indien het redelijkerwijs noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan of te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan;

(...)

4. Een ieder, wie door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, heeft

het recht voorziening te vragen bij het gerecht opdat dit spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is.”<sup>413</sup>

De beperkingsgrond onder b geeft aan dat men iemands vrijheid mag ontnemen ‘teneinde de nakoming van een door de wet voorgeschreven verplichting te verzekeren’. Algemeen wordt aangenomen dat de voorgeschreven verplichting specifiek dient te zijn en dat de wettelijk grondslag voor handhaving van de openbare orde in de artikel 28 en 35 van de Politiewet van 1957 hier niet aan voldoet.<sup>414</sup>

<sup>412</sup> Burkens 1971, p. 44; Suyver 1977, p. 800-801; Strijards, ‘De vrijheid van de fysieke persoonlijkheid’ in de Jeukensbundel 1982, p. 313. Zie ook: De Jong 2002, o.a. p. 174.

<sup>413</sup> *Trb.* 1951, 154.

<sup>414</sup> Zie bijvoorbeeld: Meuwissen 1968, p. 442; Suyver 1977, p. 789-801; Breed & Verkleij 1981, o.a. p. 677; Van de Poel & Teunissen 1981 in *Gst.* 6688, p. 492; Van der Laan 1982, p. 405; Damen in *NJB* van 1983, o.a. p. 500; Hennekens 1985, p. 41. Zie ook: Van Bemmelen 1962, p. 849-858.

De beperkingsclausule onder c bepaalt dat tegen de persoon die men vasthoudt een redelijke verdenking dient te bestaan dat hij een strafbaar feit beging en dat het doel van de aanhouding moet zijn het voorgeleiden voor een rechter. De politie mag alleen inbreuk maken op het recht op persoonlijke vrijheid als sprake is van een ordeverstoorder tevens verdachte waarbij de intentie bestaat dat deze daadwerkelijk vervolgd wordt.

### Vrijheidsbeperking

De term vrijheidsontneming dient onderscheiden te worden van het begrip *vrijheidsbeperking* of *-belemmering*. Vrijheidsbeperkende maatregelen brengen geen volledige vrijheidsbeneming met zich mee, maar hinderen de ordeverstoorder een kortere of langere tijd in zijn bewegingsvrijheid (daar valt ook onder het niet langer de beschikking hebben over zijn goederen). Zodra de rust terug is of het gevaar voor herhaling of voortzetting van de verstoring is geweken, moet er een einde komen aan de vrijheidsbeperkende maatregelen.<sup>415</sup>

Hoewel de doctrine hier nog nauwelijks van spreekt, houdt vrijheidsbeperking verband met het recht op bewegingsvrijheid. Dit grondrecht is verdragsrechtelijk beschermd in artikel 12 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en artikel 2 van het Vierde Protocol behorend bij het EVRM. De beperkingsgronden in deze verdragsartikelen zijn veel ruimer dan in artikel 5 EVRM. Het beperken van het recht op bewegingsvrijheid is mogelijk als dit bij de wet is voorzien en in het kader van bepaalde doelcriteria noodzakelijk is (onder meer in het belang van de openbare veiligheid, handhaving van de openbare orde, voor de voorkoming van strafbare feiten of als de beperking gerechtvaardigd wordt door het algemeen belang in een democratische samenleving).<sup>416</sup>

#### Artikel 12 IVBPR

1. Een ieder die wettig op het grondgebied van een Staat verblijft, heeft, binnen dit grondgebied, het recht zich vrijelijk te verplaatsen en er zijn verblijfplaats vrijelijk te kiezen.

(...)

3. De bovengenoemde rechten kunnen aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die welke bij de wet zijn voorzien, nodig zijn ter bescherming van de nationale veiligheid, de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden of van de rechten en vrijheden van anderen en verenigbaar zijn met de andere in dit Verdrag erkende rechten.

(...)<sup>417</sup>

<sup>415</sup> Suyver 1977, p. 800-801; De Jong 2002, o.a. p. 144-145.

<sup>416</sup> Zie vorige noot.

<sup>417</sup> *Trb.* 1969, 99. Het IVBPR is in 1969 door Nederland ondertekend en treedt in 1979 in werking.

### Artikel 2 VP EVRM

1. Een ieder die wettig op het grondgebied van een Staat verblijft, heeft binnen dat grondgebied het recht zich vrijelijk te verplaatsen en er vrijelijk zijn verblijfplaats te kiezen.

(...)

3. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden gebonden dan die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid of van de openbare veiligheid, voor de handhaving van de openbare orde, voor de voorkoming van strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of van de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

4. De in het eerste lid genoemde rechten kunnen ook, in bepaalde omschreven gebieden, worden onderworpen aan beperkingen die bij de wet zijn voorzien en gerechtvaardigd worden door het algemeen belang in een democratische samenleving.<sup>418</sup>

Men is het niet geheel eens over welke ordemaatregelen van de politie nu vrijheidsontneming of slechts vrijheidsbeperking opleveren. Aannemelijk is dat het door een agent begeleiden van een beschonkene naar huis en het in beslag nemen van een voorwerp dat de inzet van wanordelijkheden is, slechts vrijheidsbeperkend van aard is.<sup>419</sup> De maatregelen die het meest tot discussie leiden zijn het ter ontuchtering in bewaring stellen van een ordeverstoorder, het vervoeren van (potentiële) ordeverstoorders buiten de stad (methode-Koppejan I) en het tijdelijk opsluiten van ordeverstoorders (methode-Koppejan II).<sup>420</sup>

In het verlengde van de nachtbraker-arresten en de uitleg van artikel 171 Grondwet-oud, menen Meuwissen, Bakker, Noyon & Langemeijer en Van Veen dat artikel 5 EVRM niet van toepassing is op detenties van korte duur als ordemaatregel of als maatregel ter hulpverlening; dit verdragsartikel zou betrekking hebben op de justitiële taak van de politie, terwijl de preventieve politiematregelen slechts *vrijheidsbeperkend* zouden zijn. Van Bemmelen, Burkens en Fleers komen op andere gronden tot de conclusie dat kortstondige vrijheidsontneming niet onder het verbod in artikel 5 EVRM valt: als op basis hiervan preventief arresteren niet is toegestaan, dan zou arresteren, vasthouden en vervolgens vrijlaten ter strafrechtelijke handhaving ook in strijd zijn met het EVRM (ook dan volgt geen voorgeleiding aan de rechter).<sup>421</sup>

<sup>418</sup> *Trb.* 1969, 241. Het Vierde Protocol van het EVRM is in 1963 door Nederland ondertekend, maar treedt pas in 1982 in werking.

<sup>419</sup> Suyver 1977, p. 801; Van der Laan 1982, p. 409.

<sup>420</sup> Bakker 1967, p. 1162; De Jong 2002, p. 186.

<sup>421</sup> Meuwissen 1968, p. 442 en 444; Bakker 1967, p. 1163-1164; Noyon/Remmelink bij art. 191, aant. 7. uit 1969; Van Veen 1982, p. 70; De Jong 2002, p. 175-177; Van Bemmelen 1966, p. 701-709; Burkens 1971, p. 44; Fleers 1981, p. 328. Zie ook: HR 31 januari 1950, *NJ* 1950, 669 (Broodjeswinkel-arrest) en Boek 1995, p. 239-241.

Volgens Van der Laan staat het rechtsstelsel in deze periode hooguit de zogenaamde *Schutzhaft* toe – bestuurlijke inhechtenisneming ter bescherming van de gearresteerde – en niet de eigenlijke vrijheidsontneming zoals het vasthouden ter voorkoming van een rel. De auteur geeft aan dat een situatie zoals in het *Rhedense nachtbraker*-arrest waarbij men een verdachte ter ontuchtering in bewaring stelt, gelijkenis vertoont met de *Schutzhaft*; deze situatie is niet vergelijkbaar met conflictsituaties zoals rellen rond voetbalvelden en demonstraties. Ook Suyver is de mening toegedaan dat het opsluiten ter ontuchtering geen ordemaatregel is, maar hulpverlening aan de beschonkene.<sup>422</sup>

De meeste auteurs keuren deze laatste vorm van vrijheidsontneming af. Immers, de wet kent hiervoor geen uitgewerkte procedure, dat wil zeggen: geen grondslag, geen criteria op grond waarvan men mag vasthouden, geen termijnen en geen mogelijkheid tot rechterlijke controle.<sup>423</sup>

### Politiebevelen

Uit het *Zeijense nachtbraker*-arrest blijkt dat de politie een eigen bevoegdheid heeft, voortvloeiend uit de wettelijke taakstelling in artikel 28 van de Politiewet van 1957, om burgers het bevel te geven iets te doen of na te laten. Niet-naleving van het bevel brengt in dit tijdvak nog een ingrijpend rechtsgevolg teweeg, namelijk strafbaarheid wegens passieve wederspanning ex 184 Sr. Het moge duidelijk zijn dat burgers niet álle bevelen van de politie op hoeven te volgen. Het gaat alleen om bevelen in het belang en ter daadwerkelijke handhaving van de openbare orde. Een andere restrictie die politieambtenaren in acht dienen te nemen, is dat de politie haar bevelsbevoegdheid niet mag gebruiken om een verdachte te dwingen mee te werken aan de opsporing van een door hem begaan strafbaar feit.

Naar aanleiding van het arrest ontstaat in de literatuur een discussie over de verschillende karakters die een bevel kan hebben. De politie kan de overtreden norm handhaven door met haar bevel te wijzen op een bestaande verplichting en/of door een nieuwe verplichting in het leven roepen. In het laatste geval is sprake van een normstellend politiebevel waarbij het mogelijk is dat (nog) geen sprake is van een overtreding.

In Zeijen gaf de politieambtenaar een bevel van het eerste type: het bevel om onmiddellijk naar huis te gaan riep niet een nieuwe norm in het leven, maar herinnerde de bevolene alleen aan een reeds op hem rustende verplichting. De

<sup>422</sup> Van der Laan 1982, p. 409-411; Suyver 1985, p. 162.

<sup>423</sup> Breed & Verkleij 1981, o.a. p. 677; Van de Poel & Teunissen 1981 in *Gst.* 6688, p. 492; Van Veen 1982, p. 69-71; Heringa 1982, p. 707; Damen in *NJB* van 1983, o.a. p. 500; Van der Duin 1983 in *Gst.* 6741, p. 94; Suyver 1976 (diss. Leiden), o.a. p. 69 en 1977, p. 801 en 1985, o.a. p. 161.

verplichting betrof het verbod om zich in kennelijke staat van dronkenschap op de openbare weg te bevinden (453 Sr) en het verbod op burengerucht (453 Sr). Van Bemmelen concludeert dan ook dat de politie alléén bindende bevelen mag geven als de ordeverstoring gepaard gaat met een (dreigende) overtreding van een strafbaar feit; door de voortzetting van een strafbaar feit te voorkomen, handhaaft de politie de openbare orde. Het wettelijk voorschrift krachtens welke men het bevel geeft, is daarmee artikel 28 Politiewet in samenhang met het strafbare feit in kwestie.<sup>424</sup>

Prins en Hennekens zijn een andere mening toegedaan. Het optreden ter beëindiging van deze strafbare feiten zou niet meer zijn dan de toepassing van bestuursdwang. Het bevel zelf geldt volgens Hennekens als een waarschuwingsbevel (vgl. het aanzeggen van bestuursdwang) zoals verplicht gesteld in artikel 152 lid 2 jo. 210 gemeentewet. De politie is op grond van haar ordehandhavende taak bevoegd tot het beëindigen van strafbare feiten langs andere weg dan strafvorderlijke weg. Deze bestuursrechtelijke vorm van handhaving vindt dagelijks plaats door feitelijke handelingen.<sup>425</sup>

De waarschuwingsbevelen hebben tot doel een laatste aanzegging te doen alvorens feitelijk in te grijpen. Prins en Hennekens menen dat de sanctie in artikel 184 Sr niet op dit soort bevelen van toepassing is; naar hun aard geeft men een waarschuwingsbevel om te voldoen aan een eis van behoorlijk bestuur. Goed beleid eist immers dat de overtreder, zolang nog enig effect verwacht mag worden, de gelegenheid krijgt zelf zijn plicht te vervullen. Het bevel strekt zich vervolgens niet over een langere termijn uit dan nodig om de rechtmatige toestand te bewerken. Bij politiehandhaving betreft dat doorgaans een zeer korte termijn.<sup>426</sup>

Van waarschuwingsbevelen onderscheidt Hennekens verder ‘toekomstgerichte bevelen’. Deze bevelen reageren op beëindigde onrechtmatige voorvallen uit het recente verleden met als doel het voorkomen van herhaling daarvan. Toekomstgerichte bevelen kunnen in de visie van de auteur door 184 Sr gesancioneerd worden als sprake is van een uitdrukkelijke wettelijke grondslag. Artikel 28 van de Politiewet van 1957 is als grondslag omstreden.<sup>427</sup>

---

<sup>424</sup> Van Bemmelen 1962, m.n. p. 854-856; HR 16 november 1963, *NJ* 1964, 205 (Kloosterling-arrest).

<sup>425</sup> Zoals in §2.2.1.1 en §2.2.2.3 is uiteengezet, is voor bestuursdwang geen uitdrukkelijke wettelijke grondslag nodig. Immers, de zorg voor de naleving van regels is inherent aan de bevoegdheid van het bestuur. Op basis van 28 Politiewet-oud is het de taak van de politie om te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de openbare orde. W.F. Prins in noot bij HR 24 oktober 1961, *AA* 1962-1963, p. 121-123; Hennekens in *NJB* 1984, m.n. p. 324-325. Zie ook: Zie: Prins & Van Wijk 1954, p. 5 en 51 en Snijders 1982, p. 29.

<sup>426</sup> Zie vorige noot.

<sup>427</sup> Zie krantenartikelen aangehaald door Van Bemmelen 1962, p. 849 en Suyver 1967, p. 69; Hennekens in *NJB* 1984, p. 323.

Een goed voorbeeld van het tweede type bevel – een bevel dat nieuwe verplichtingen in het leven roept – raakt in de jaren tachtig erg in zwang. Het gaat om de gebiedsontzegging, ook wel aangeduid als de verblijfsontzegging of het verwijderingsbevel. Zo zet de Utrechtse politie dit middel in op grond van artikel 28 om overlast tegen te gaan veroorzaakt door jongeren in het overdekte winkelcentrum Hoog Catharijne. In een schriftelijke lastgeving wordt het met name genoemde personen verboden om zich voor maximaal één maand op bepaalde plekken in het winkelcentrum op te houden. Het betreffen ordeverstoorders die bij herhaling hinderlijk gedrag vertonen. Of daarbij sprake was van strafbaar gedrag, is onduidelijk. Het verbod geldt niet wanneer de betrokkene aldaar kennelijk aanwezig is om zich naar andere plaatsen te begeven dan die in het bevel aangewezen.<sup>428</sup>

Het bevel waarin men de ordeverstoorder enige tijd de toegang tot een bepaald gebied ontzegt, beoogt volgens Hennekens een apart strafbaar feit te creëren. Het niet opvolgen van deze bevelen wordt eveneens bedreigd door de sanctie artikel 184 Sr. Er moet volgens de auteur wel sprake zijn van een directe relatie tussen het wettelijke voorschrift op grond waarvan de politie beveelt en het bevel. Onvoldoende is het om uit de algemene taakomschrijving in artikel 28 van de Politiewet van 1957 een bevoegdheid af te leiden die de grondrechten van burgers aantast.<sup>429</sup>

Tenslotte kan worden opgemerkt dat er in deze tijdsperiode geen belemmeringen zijn om een schriftelijk afgegeven politiebevel onder de Wet Arob te kwalificeren als een beschikking vatbaar voor beroep. Er is immers sprake van een besluit gericht op enig rechtsgevolg afkomstig van een bestuursorgaan. Het rechtsgevolg is dat de politie bevoegd is feitelijk in te grijpen en voor de burger dat hij ergens niet langer mag komen en strafbaarheid ex artikel 184 Sr bij niet-naleving van het bevel.<sup>430</sup>

### **Politie- of bestuursdwang**

Bepaalde auteurs zijn van mening dat het bestuur het middel van politie- of bestuursdwang kan inzetten tegen ordeverstoringen. De opvattingen hieromtrent zijn niet eensluidend. Zoals in §2.2.2 en §2.2.3.1 is genoemd, is voor de inzet van dit middel een (dreigende) overtreding van een wettelijke norm vereist. Men associeert bestuursdwang met de zorg voor de naleving van verordeningen die openbare-ordebepalingen bevatten, noodverordeningen, noodbevelen en bevelen afkomstig van politieambtenaren op eigen bevoegdheid gegeven.

<sup>428</sup> Hennekens in *NJB* 1984, m.n. p. 324-325; Brouwer & Schilder 1997, p. 423; noot van 't Hart bij HR 11 juni 1985, *NJ* 1986, 41.

<sup>429</sup> Hennekens in *NJB* 1984, p. 323 en 325.

<sup>430</sup> Hennekens in *NJB* 1984, p. 321-322 en 325; HR 11 juni 1985, *NJ* 1986, 41 m. nt. 't Hart.

Zo noemen Damen en De Lange in de *Lucky Luijk*-zaak de mogelijkheid van bestuursdwang ter handhaving van een gemeentelijke anti-kraakbepaling (een dergelijke bepaling kende Amsterdam echter destijds niet). Schroot, Wijma en Van Vliet menen dat de bepalingen van een noodverordening gehandhaafd kunnen worden via deze sanctie. Hennekens gaat nog een stap verder en meent dat de burgemeester zowel een 219-bevel als noodvoorschriften via bestuursdwang ten uitvoer kan leggen. Dit is in zijn visie inherent aan de zorg voor de naleving van de door de burgemeester gestelde norm.<sup>431</sup>

Interessant is vervolgens de vraag of de burgemeester over een bestuursdwangbevoegdheid beschikt ter handhaving van door hemzelf gecreëerde tijdelijke normen in bijvoorbeeld een noodbevel. Als men de van oudsher geldende opvatting doortrekt dat degene die met de uitvoering van regels is belast, als vanzelfsprekend bevoegd is deze regels te handhaven<sup>432</sup> – zoals Hennekens doet – lijkt dit ook te gelden voor regels die in noodsituaties gelden. Tot 1992 ontbreekt er echter in de gemeentewet een wettelijke bepaling op grond waarvan de burgemeester een bestuursdwangbevoegdheid toekomt (als eenhoofdig bestuursorgaan wordt hij nergens uitdrukkelijk belast met de uitvoering van regels). Nadat deze bevoegdheid lange tijd impliciet voor de burgemeester was aangenomen, komt hier in de jaren tachtig verandering in. Onder de Wet Arob bepaalt de rechtspraak dat voor het opleggen van de sanctie bestuursdwang een nadrukkelijke grondslag in de wet is vereist (zie §2.2.2.2 ). Het zij opgemerkt dat in het hoofdstuk over kostenverhaal en ordehandhaving (zie hoofdstuk 9) dezelfde vraag aan de orde komt: beschikt de burgemeester naar huidig recht over een bestuursdwangbevoegdheid ter naleving van door hemzelf gecreëerde tijdelijke normen?

Tot slot associëren sommige auteurs de naleving van politiebevelen op eigen bevoegdheid gegeven met bestuursdwang. Volgens Prins, Hennekens en 't Hart is het feitelijk uitvoeren van dergelijke bevelen niet meer dan het toepassen van bestuursdwang (zie §6.3.3.2 ). Politionele bestuursdwang is volgens Hennekens afwijkend in die zin dat die niet gepaard gaat met aanschrijvingen – hetgeen zijns inziens ook niet mogelijk of raadzaam zou zijn. Tegenstrijdig genoeg meent de auteur dat rechtsbescherming hiertegen wel gewenst is gezien 'de diep-ingrijpende maatregelen' die bestuursdwang met zich mee brengt. De rech-

<sup>431</sup> Damen & De Lange 1983, p. 497; Schroot, Wijma en van Vliet 1979, p. 361 e.v.; Poel & Teunissen 1981, p. 492; Hennekens 1985, p. 85 e.v. en 1990, p. 195-196; ABRvS 1 juni 1999, *Gst.* 7106 (1999) m. nt. HH, jurispr.nr 2, p. 523-526. Ook hier is de van oudsher geldende opvatting zichtbaar dat degene die met de uitvoering van bepaalde regels is belast, als vanzelfsprekend bevoegd is deze regels te handhaven, zie §2.2.1.1 en §2.2.2.3 . Het zij opgemerkt dat het handhaven van een anti-kraakbepaling met bestuursdwang door het college van b en w zou moeten plaatsvinden, als een dergelijke bepaling betrekking heeft op een woning.



ter kan het wettelijk voorschrift controleren waarvan men naleving afdwingt en hij toetst de rechtmatigheid van de tenuitvoerlegging.<sup>433</sup> Hennekens geeft niet aan hoe deze rechterlijke controle plaats kan vinden zonder aanschrijving.

Suyver daarentegen wil de juridische betekenis van bestuursdwang niet zover uitbreiden. Hij heeft moeite met het toekennen van een dergelijk ruim bereik, aangezien hij bestuursdwang associeert met het door de overheid op kosten van de overtreder doen slopen van bijvoorbeeld illegale bouwsels. Bestuursdwang ter handhaving van de openbare orde is dan te onderscheiden van bestuursdwang ter handhaving van bestuursrechtelijke voorschriften. Suyver maakt bezwaar tegen bestuursdwang in eerstgenoemde zin, omdat de politie deze dwang op eigen initiatief en zonder consultatie van de burgemeester uitoefent. Een ander bezwaar ligt zijns inziens in de kosten; kostenverhaal bij bestuursdwang ter handhaving van de openbare orde acht hij in de praktijk niet goed mogelijk. Suyver concludeert dan ook dat men de dwang ter handhaving van de openbare orde als figuur *sui generis* dient te beschouwen.<sup>434</sup>

De auteur snijdt hiermee een belangrijk punt aan dat in dit onderzoek aan de orde komt. In dit onderzoek wordt de betekenis en de reikwijdte van artikel 5:23 Awb onderzocht. Hierbij spelen kwesties als de vraag waarom de bestuursdwangafdeling bij onmiddellijke handhaving van de openbare orde wel of niet van toepassing kan zijn en de vraag of de kosten van bestuursdwang, toegepast in het kader van ordehandhaving, verhaald kunnen worden op grond van artikel 5:25 Awb. In de hoofdstukken 9 en 10 geef ik antwoord op deze vragen.

## 6.4 Conclusie

Dit hoofdstuk vormt het afsluitende deel van de historische analyse van de ordebevoegdheden die centraal staan in dit onderzoek. De aanloop naar de grote herziening van de Gemeentewet van 1992 is op thematische wijze beschreven. De ontwikkelingen in deze periode zijn van grote invloed zijn geweest op het ontstaan van het openbare-orderecht zoals dat vandaag de dag bestaat.

De jaren tachtig vallen in de geschiedenis op, omdat er een duidelijke toename is van de inzet van ordebevoegdheden. Burgemeesters wendden hun bevoegdheden niet alleen aan in de strijd tegen drugsgebruik en -overlast, maar ook bij een aantal ongekend harde conflicten die dit tijdvak zo kenmerken. Kra-

<sup>432</sup> Pels Rijcken 1887, p. 30; Van den Brandhof 1924, o.a. p. 7 en 12; Prins & Van Wijk 1954, p. 5; Snijders 1982, p. 29; Van Buuren & Jurgens & Michiels 2005, p. 33.

<sup>433</sup> W.F. Prins 1954, p. 51-52 en in noot bij HR 24 oktober 1961, *AA* 1962-1963, p. 121-123; Hennekens 1984, m.n. p. 324-325, 1985, p. m.n. 101-104 en 1990, p. 166; noot van 't Hart bij HR 11 juni 1985, *NJ* 1986, 41.

<sup>434</sup> Suyver 1985, p. 159-160.

kers, actievoerders en milieuactivisten veroorzaken zeer ernstige ordeverstoringen en maken daarbij gebruik van grof geweld. Als reactie daarop gaan ook burgemeesters en politiediensten over tot extreme (gewelds)maatregelen.

De juridische discussies in deze periode spitsen zich toe op het conflict in de *Lucky Lwijk*-zaak. De op militante wijze gekraakte woning aan de Jan Luijkenstraat in Amsterdam vormt het decor voor het strijdtoneel tussen de leden van de kraakbeweging en het gezag. Na tussenkomst van de rechter neemt de burgemeester zijn toevlucht tot een aantal geruchtmakende ordemaatregelen op basis van een noodbevel en een noodverordening (de artikelen 219 en 220 van de gemeentewet van 1931): men ontruimt de gekraakte woning en een aantal omliggende panden, op grond van een noodverordening wordt het iedereen verboden om te orde te verstoren en in dat kader voorwerpen of stoffen bij zich te dragen, de politie arresteert bijna tweehonderd personen in de buurt van de Lucky Lwijk en het wordt de tv- en radiopiraat De Vrije Keijzer op enig moment onmogelijk gemaakt om uit te zenden. De Hoge Raad oordeelt dat de bevoegdheid tot het ontruimen van het gekraakte pand voor de burgemeester voortvloeit uit de artikelen 28 en 35 Politiewet van 1957 of artikel 219 gemeentewet. Zie §6.2. De casus geeft een goed beeld van de problemen die het openbare-orderecht parten spelen. Suyver spreekt in 1985 van de ‘rommelkamer van het recht’.<sup>435</sup>

In §6.3.1 komt een eerste knelpunt aan bod, te weten de onduidelijkheden over de precieze rechtsgrond waarop de burgemeester handelt. De vage en ruime formuleringen in de Politiewet van 1957 lijken als grondslag allerminst geschikt. De belangrijkste kritiek is dat een indringende bevoegdheid als het beëindigen van een kraakactie niet kan volgen uit een bepaling die een taakstelling bevat (artikel 28) en ook niet uit een bepaling die de burgemeester uitsluitend de personele middelen verschaft om zijn taak te kunnen uitoefenen (artikel 35). Bovendien zou het gezag zich op basis van deze artikelen juist in overeenstemming met de geldende rechtsregels moeten gedragen. Relevant is ook de vraag of het ontruimen van een woning wel onder het handhaven van de openbare orde valt – hoewel de hele straat er op een bepaald moment uitziet als oorlogsgebied.

In dit licht menen sommigen dat alleen artikel 219 een grondslag kan vormen voor de daadwerkelijke ordehandhaving. Dit artikel zou wel de mogelijkheid bieden om inbreuk te maken op grondrechten als het huisrecht en de vrijheid van meningsuiting. Er bestaat in dit tijdvak echter verre van overeenstemming over deze kwestie.

Een tweede knelpunt heeft te maken met het onderscheid in gewone en buitengewone bevoegdheden dat de doctrine is gaan hanteren (zie §6.3.2). Het is niet duidelijk onder welke omstandigheden de burgemeester zijn ordebevoegdheden mag inzetten en wanneer bijvoorbeeld sprake is van een noodsituatie. Het

toezicht op voor het publieke openstaande gebouwen e.d. (artikel 221) en het opperbevel bij brand (artikel 221) rekent men tot de 'gewone middelen' voor gewone omstandigheden, terwijl de noodbevoegdheden (de artikelen 219 en 220) gezien worden als buitengewone middelen aanwendbaar in buitengewone omstandigheden. Artikel 219 blijkt echter in de praktijk (in Amsterdam) veelvuldig te worden ingezet 'bij lichtere ordeverstoringen' bijvoorbeeld om drugsverslaafden tijdelijk toegang tot een bepaald gedeelte van de stad te ontzeggen.

In §6.3.2.2 is ingegaan op de procesrechtelijke gevolgen van het onderscheid in en buitengewone bevoegdheden en bijbehorend omstandigheden. Het blijkt dat beschikkingen genomen in buitengewone omstandigheden niet vatbaar zijn voor Kroonberoep en beroep bij de rechter (artikel 5 Wet Arob). A contrario zouden besluiten in rustiger tijden wel appellabel zijn. Vervolgens verandert de interpretatie van de uitzonderingsgrond in de Wet Arob naar aanleiding van herzieningen in het staatsnoodrecht en de komst van de Awb. Artikel 5 wordt vervangen door artikel 8:4 Awb. Strikt genomen vallen de noodbevoegdheden niet langer onder deze uitzonderingsgrond; het verbod in artikel 8:4 onder b Awb staat rechterlijke toetsing van burgemeesterlijke noodbesluiten niet in de weg.

Het derde knelpunt is in §6.3.3 behandeld: het ontoereikende overige wettelijke instrumentarium in de situatie van een (grootschalige) ordeverstoring. Het strafrecht biedt onvoldoende mogelijkheden, omdat het uitgaat van een individualiseerbare dader (ook bij groepsdelicten) die zeer dicht op de strafbare ordeverstoringe handeling moet zitten. Daarbij biedt dit rechtsgebied weinig juridisch houdbare mogelijkheden om in te grijpen vóórdát een ordeverstoring plaatsvindt. Het strafbaar stellen van voorbereidingshandelingen in APV's lijkt nog het meest effectief.

In §6.3.3.2 is beschreven dat de overige maatregelen die mogelijk zijn in het 'openbare-orderecht' – voor zover daar van gesproken kan worden – ook weinig soelaas bieden. Tot de jaren tachtig worden vrijheidsontnemende- en beperkende politiematregelen als in de Rhedense en Zeijense nachtbraker-arresten nog toelaatbaar geacht. Na de grondwetsherziening van 1983 is er evenwel geen ontkomen meer aan de daadwerkelijke emancipatie van (verdragsrechtelijke) grondrechten. Voor vrijheidsontneming ter handhaving van de openbare orde is een specifieke wettelijke grondslag vereist. De beperkingssystematiek biedt meer ruimte voor vrijheidsbeperkende maatregelen. Er bestaan wel nog veel onduidelijkheden over wanneer bepaalde ordemaatregelen in welke categorie vallen.

Interessant is de notie dat het bestuur bestuursdwang kan inzetten bij ordeverstoringen. Er zitten echter enige haken en ogen aan dit idee. Een steeds be-

---

<sup>435</sup> Suyver 1985, p. 187-188.

langrijker wordend punt is dat de burgemeester tot 1992 op grond van de gemeentewet geen bestuursdwangbevoegdheid toekomt. Zou dit wel het geval zijn geweest, dan is het de vraag of en hoe hij dit middel kan inzetten om naleving af te dwingen van door hemzelf gecreëerde normen. Dient er bijvoorbeeld sprake te zijn van een aanschrijving en zouden de kosten van ordehandhaving vervolgens zomaar verhaald kunnen worden?

De komende twee hoofdstukken (7 en 8) beslaan dat gedeelte van het ordehandhavingsrecht dat aangeduid wordt met de term 'onmiddellijke handhaving van de openbare orde'.

# Hoofdstuk 7

## Onmiddellijke ordehandhaving: een introductie

### 7.1 Inleiding

#### **Plaats in het onderzoek**

De hoofdstukken 5 en 6 hadden betrekking op de geschiedenis van het openbare-orderecht. Dit hoofdstuk en het volgende hoofdstuk (8) zien op het deel van het openbare-orderecht dat aangeduid wordt met de term ‘onmiddellijke handhaving van de openbare orde’.

In dit hoofdstuk beschrijf ik de opkomst en de ontwikkeling van de onderverdeling in onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving in haar algemeenheid en komt de achtergrond van artikel 5:23 Awb aan bod. Zoals duidelijk zal worden, vervangt het onderscheid in onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving de oude indeling in gewone en buitengewone bevoegdheden.

In het hiernavolgende hoofdstuk (8) worden de onmiddellijke ordebepalingen die het onderwerp vormen van dit onderzoek – te weten de artikelen 172 lid 2 (en lid 3), artikel 174 lid 2, artikel 175 Gem.wet en artikel 4 Wet veiligheidsregio’s – afzonderlijk behandeld. De genoemde bepalingen (dwangbevoegdheden) hebben met elkaar gemeen dat zij: een bevelsbevoegdheid bevatten, ingezet kunnen worden in situaties waarin een verstoring van de openbare orde gepaard gaat met overtreding van een wettelijk voorschrift, dezelfde voorwaarden voor inzetbaarheid kennen en onderhevig zijn aan dezelfde normering. Vanwege de sterke gelijkenis met de bestuursdwangfiguur, verklaart artikel 5:23 Awb dat de bestuursdwangafdeling in de Awb bij dit type handhaving niet van toepassing is.

#### **Rommelkamer van het recht**

De huidige openbare-ordebevoegdheden zijn te vinden in de Gemeentewet van 1992. In de geschiedenis is dit de laatste grootscheepse herziening van deze organieke wet. De werkzaamheden van de staatscommissie-Van Kinschot eind jaren zeventig zijn bepalend geweest voor de totstandkoming van de nieuwe

Gemeentewet. Het duurt tot 1986 voordat de regering het wetsvoorstel indient.<sup>436</sup>

Voor het openbare-orderecht start het herzieningstraject welbeschouwd te vroeg. De eerste voorstellen liggen er immers al, terwijl een aantal belangrijke ontwikkelingen nog moet plaatsvinden. Zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven, neemt de inzet van ordebevoegdheden in de jaren tachtig een enorme vlucht. De burgemeester bestrijdt overlast en criminaliteit die gepaard gaan met drugsgebruik en is daarnaast partij bij een aantal ongekend harde conflicten waarvan de *Lucky Luijk*-casus een goed voorbeeld is. Het zijn deze ontwikkelingen die de leemtes en gebreken in het systeem van lokale ordehandhaving op pijnlijke wijze zichtbaar maken. In hoofdlijnen kunnen de volgende knelpunten genoemd worden:

- het ontbreken van een algemene wettelijke grondslag voor de ordehandhavende taak van de burgemeester;
- onduidelijkheid over de actieradius van het noodbevel en de noodverordening (onderscheid gewone en buitengewone bevoegdheden);
- onduidelijke verhouding van het openbare-orderecht tot het strafrecht en het algemene bestuursrecht;
- onvoldoende wettelijke basis in de Politiewet voor allerlei politie-maatregelen.

De juridische complicaties zijn van zodanige aard dat het de preadviseurs Hennekens en Suyver in 1985 niet lukt om volledig greep te krijgen op de materie: Hennekens vergelijkt het bestaande systeem aan ordehandhaving met een oceaan én een woestijn tegelijk, gezien de onoverzienbaarheid en eindeloosheid. Suyver vraagt zich af of het überhaupt mogelijk is om orde te scheppen in deze ‘rommelkamer van het recht’.<sup>437</sup>

## 7.2 Achtergrond en ontstaansgeschiedenis

Het begrip ‘onmiddellijke handhaving van de openbare orde’ legt de wetgever met de invoering van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht in 1998 neer in artikel 5:23.<sup>438</sup> De aanleiding hiervoor ontstaat tijdens de totstandkoming van het nieuwe artikel 172 in de Gemeentewet van 1992. Het bijvoeglij-

<sup>436</sup> *Stb.* 1992, nr. 96; Werkgroep Herziening Gemeentewet, *Eindrapport van 20 oktober 1980*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1980; Wiardi Beckman Stichting, *Meer gemeente minder staat: de herziening van de Gemeentewet*, 1983, o.a. p. 11; *Kamerstukken II 1985-1986*, 19 403 A en nr. 3, p. 3 e.v.; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 26-27.

<sup>437</sup> Hennekens en Suyver 1985, m.n. p. 142 en 188; Van Maarseveen 1985, p. 740-742.

<sup>438</sup> *Kamerstukken II 1993-1994*, 23 700, nr. 3, p. 153-154 en nr. 5, p. 97-98 of zie PG AWB III, p. 364.

ke naamwoord ‘onmiddellijk’ duidt op een specifieke hoedanigheid van ordehandhaving.

### 7.2.1 ‘Handhaving van de openbare orde’ 1851-1992

Tot de herziening van 1992 besteedt de rechtspraak weinig aandacht aan de inhoud van de zinsnede ‘handhaving van de openbare orde’. In de gemeentewetten van 1850 en 1931 komt de frase ‘handhaving van de openbare orde’ enkele malen voor in het hoofdstuk dat handelt over het dagelijkse bestuur van de gemeente: in de titel van de tweede paragraaf en in de tekst van de voorlopers van de noodbevelsbevoegdheid in artikel 175.<sup>439</sup>

Oppenheim geeft begin twintigste eeuw aan dat wat de wetgever bij de zinsnede ‘handhaving van de openbare orde’ voor ogen heeft, uit het samenstel van aan het onderwerp gewijde bepalingen moet worden afgeleid. Volgens de auteur valt daar samengevat onder: “de onderdrukking harer stoornissen, hare bewaking in- en het algemeen toezicht op schouwburgen, herbergen, tapperijen, alle voor het publiek openstaande gebouwen en samenkomsten en openbare vermakelijkheden, het opperbevel bij brand en niet in de laatste plaats: de handhaving van de plaatselijke verordeningen en bevelen op het afwenden van stoornis der openbare orde gericht”.<sup>440</sup> Oppenheim geeft hiermee echter alleen aan welke bepalingen de wetgever als ordebevoegdheden ziet. Het gaat om de bevoegdheden die tegenwoordig te vinden zijn in de artikelen 174-176 Gem.wet en artikel 4 Wet veiligheidsregio’s. De auteur verklaart noch in welke situaties de burgemeester die dient aan te wenden noch op welke regels het begrip ‘openbare orde’ betrekking heeft.

In 1957 neemt de wetgever in artikel 35 van de toenmalige Politiewet op (het huidige artikel 12 Pol.wet 1993) dat de gemeentepolitie onder het gezag van de burgemeester staat indien zij optreedt ter handhaving van de openbare orde. Hiermee wordt de burgemeester de personele middelen verschaft voor zijn ordehandhavende taak. Tijdens de parlementaire behandeling van deze wet ontstaat er een kamerdiscussie over het openbare-ordebegrip. De regering grijpt in eerste

---

<sup>439</sup> Hoofdstuk III, paragraaf 2 is getiteld ‘Van de *handhaving der openbare orde* in het bijzonder’. Het eerste lid van artikel 184 (en later artikel 217) bepaalde: “In geval van oproerige beweging, van zamenscholing of andere *stoornis der openbare orde*, is de burgemeester bevoegd, de hulp der schutterij en van het in de gemeente aanwezige of naastbij zijnde krijgsvolk te vorderen [cursivering LDR].” En in artikel 186 lid 1 was te lezen: “In het in art. 184 [217] bedoeld geval, is de burgemeester bevoegd, alle bevelen, die hij *ter handhaving der orde* noodig acht, te geven [cursivering LDR]”. De frase is ook te vinden in het tweede lid van artikel 188 (later 221) en in artikel 192 (later 226) van respectievelijk de Gemeentewet van 1850 en van 1931. Zie onder meer §5.2, §5.2.1 en §5.2.3.

<sup>440</sup> Oppenheim 1913, p. 299-300.

instantie terug op de uitleg van Oppenheim, maar verklaart later dat ‘de openbare orde’ in elk geval ruim moet worden opgevat. Het gaat om ‘het afwenden en voorkomen van *elke stoornis*, gericht tegen de normale gang van zaken binnen de gemeente’ [cursivering LDR].<sup>441</sup>

Een belangrijke constatering in de jaren tachtig is dat de ordehandhavende taak van de burgemeester geen wettelijke basis kent. De verschillende varianten van de gemeentewet kenden slechts impliciet een grondslag in het eerder genoemde opschrift van de openbare-ordeparagraaf in het hoofdstuk over het dagelijkse bestuur.<sup>442</sup> In deze periode barsten de ordebevoegdheden van de burgemeester uit hun voegen waardoor de uitdrukking ‘handhaving van de openbare orde’ in opspraak raakt; burgemeesters wendden hun noodbevoegdheden aan in steeds meer (structurele probleem)situaties. De kritiek luidt dan ook dat deze zware bevoegdheden worden ingezet in gevallen van ‘huis-, tuin- en keuken openbare-ordeverstoringen’ die in grotere gemeenten dagelijks plaatsvinden, in plaats van in ernstige situaties van nood.<sup>443</sup>

## 7.2.2 Totstandkoming artikel 172 Gem.wet

Door de herziening van de Gemeentewet van 1992 staat de wetgever eindelijk stil bij de hierboven besproken materie. Het huidige artikel 172 komt lid voor lid tot stand en luidt als volgt:

### Artikel 172

1. De burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde.
2. De burgemeester is bevoegd overtredingen van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde, te beletten of te beëindigen. Hij bedient zich daarbij van de onder zijn gezag staande politie.
3. De burgemeester is bevoegd bij verstoring van de openbare orde of bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, de bevelen te geven die noodzakelijk te achten zijn voor de handhaving van de openbare orde.

De wetgever begint in lid 1 met het vastleggen van de taak van de burgemeester. Cruciaal hierbij is dat de wetgever een minder ruim bereik toekent aan het begrip openbare orde dan hij deed in de jaren vijftig. In de context van de Politie-

<sup>441</sup> *Handelingen II 1956-1957*, 2445 en 2457. Zie ook: Oppenheim 1928, p. 268-269; Crinle Roy 1963, p. 29-30; Suyver 1976, o.a. p. 83.

<sup>442</sup> Werkgroep Herziening Gemeentewet, *Eindrapport van 20 oktober 1980*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1980, p. 42 en Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 392-393. Zie verder §6.3.1.

<sup>443</sup> Zie bijvoorbeeld: Van Maarseveen 1985, p. 742; Rogier en Tiemersma in *Gst.* 6861 (1988), m.n. p. 339. Hamburger 1990, p. 36; Elzinga in *Gst.* 6953 (1992), p. 549; De Jong, Kummeling & Burkens 1994, o.a. p. 1 en 190-193. Anders: Suyver 1976, p. 84-88 en Lisser 1983 in *Gst.* 6737, p. 4-5. Zie verder §6.3 en §6.3.2.1.



wet destijds verstond men hieronder het optreden van de burgemeester bij *elke stoornis* gericht tegen de normale gang van zaken. Het huidige standpunt houdt in dat de openbare orde bestaat uit *rechtsregels* die voor een bepaald niveau van orde en rust zorgen in het openbare leven:

“De openbare orde wordt (...) beheerst door een complex van rechtsregels dat ziet op het gewenste niveau van orde en rust in het openbare leven, aldus de regering. Deze regels zijn vervat in wetten in formele en materiële zin, in het bijzonder in algemene politieverordeningen.”<sup>444</sup>

De regering verklaart uitdrukkelijk dat de zinsnede ‘handhaving van de openbare orde’ in artikel 172 tegenwoordig dezelfde inhoud heeft als in de Politiewet en uit twee verrichtingen bestaat:

- de daadwerkelijke voorkoming en beëindiging van zich concreet voordoende of dreigende verstoringen van de openbare orde;
- de algemene, bestuurlijke voorkoming van strafbare feiten.

Als het om daadwerkelijk optreden gaat tegen burgers, ‘treedt de politie op onder het gezag van de burgemeester wanneer regels worden overtreden of dreigen te worden overtreden die juist gericht zijn op de rust en orde in de gemeente’. Het betreft preventief en repressief handelen in een situatie waarin sprake is van een concrete ordeverstoring of waarin er concrete aanwijzingen bestaan van een dreiging daartoe. Het doel van onmiddellijke ordehandhaving is het herstel van het gewenste niveau aan orde en rust.<sup>445</sup> Het zij opgemerkt dat de wetgever de termen onmiddellijke (en niet-onmiddellijke) handhaving van de openbare orde als zodanig niet bezigt totdat de term in artikel 5:23 Awb verschijnt (zie §7.2.4).

Men vindt de algemene wettelijke grondslag in het eerste lid van artikel 172 niet voldoende. De burgemeester wordt weliswaar belast met ordehandhaving, maar niet duidelijk is over welke bevoegdheden hij beschikt om aan zijn taak invulling te geven. In de toelichting staat slechts dat zijn ordehandhavende taak

<sup>444</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 88-89. Opmerkelijk genoeg lijkt de wetgever – in navolging van de Hoge Raad – in het wetsvoorstel Maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast een ruimere definitie te hanteren te weten ‘de normale gang van zaken in of aan de desbetreffende openbare ruimte’. Zie *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 467, nr. 7, p. 4 (NV II) en verder §7.4, §7.4.1.3, §7.4.2 en §7.5. Gedragingen die niet strafbaar zijn gesteld zouden ook een verstoring van de openbare orde kunnen opleveren. De voorbeelden die genoemd worden - intimiderend groepsgedrag in de vorm van joelen, najouwen of bespugen van voorbijgangers – leveren echter gewoon strafbaar gedrag op: denk o.a. aan eenvoudige belediging (art. 266 Sr), bedreiging (art. 284 Sr) straat-schenderij (art. 424 Sr) of baldadigheid tegen personen (art. 424 Sr). Zie ook HR 10 oktober 1995, NJ 1996, 356, LJN ZD0198).

<sup>445</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 89 en 1989-1990, nr. 16, p. 37-39; *Handelingen I* 1988-1989, nr. 10, p. 370-371; *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 467, nr. 3, p. 12.

bestaat uit het feitelijk herstellen en bewaren van de openbare orde; uit het oorspronkelijke wetsvoorstel volgt niet dat de burgemeester hiertoe dwang mag uitoefenen.<sup>446</sup>

Om aan de kritiek tegemoet te komen, neemt de wetgever eveneens een dwangbevoegdheid op, te weten artikel 172 lid 2. Het toegevoegde lid verklaart de burgemeester uitdrukkelijk bevoegd tot het ongedaan maken of verhinderen van overtredingen van openbare-orderegels met hulp van de onder zijn gezag staande politie. Uit de tekst van het tweede lid komt niet duidelijk naar voren dat het bij deze bevoegdheid gaat om de (dreigende) *verstorende effecten in de publieke ruimte* als gevolg van bepaalde overtredingen. De wetgever heeft de burger met de gekozen bewoordingen tegemoet willen komen door de burgemeester geen vrij in te vullen bevoegdheid te verschaffen. Dat men in het tweede lid van artikel 172 een instrument heeft gecreëerd waarmee de burgemeester op onmiddellijke wijze de orde kan herstellen, blijkt uit haar totstandkomingsgeschiedenis.<sup>447</sup> In §8.4 ga ik hier verder op in.

Een aantal Kamerleden is bang dat er in bepaalde situaties wel sprake is van een (dreigende) ordeverstoringen, maar dat die niet aan de overtreding van een wettelijk voorschrift kan worden gekoppeld. Bovendien zou het onnodige belemmering vormen als deze overtredingen eerst zouden moeten worden aangetoond. Kan de burgemeester de ordeverstoring dan wel snel en efficiënt beëindigen? De algemene grondslag in lid 1 en de dwangbevoegdheid van de burgemeester in lid 2 zouden de burgemeester te weinig spankracht geven. Tegen deze achtergrond wordt in een latere fase – tegen de wens van de regering in – aan artikel 172 een derde lid toegevoegd. De indieners van het amendement menen dat de burgemeester ook een bevel moet kunnen uitvaardigen als er geen wettelijke normen in het geding zijn (net als bij een noodbevel). Voor deze situaties bevat het derde lid sindsdien een lichte bevelsbevoegdheid ten opzichte van de zwaardere noodbevelsbevoegdheid.<sup>448</sup>

---

<sup>446</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nrs. 1-2, p. 33 (artikel 171) en nr. 3, p. 147; *Kamerstukken II* 1986-1987, 19 403, nr. 5, p. 62 en 122. Wiardi Beckman Stichting, *Meer gemeente minder staat: de herziening van de Gemeentewet*, 1983, p. 84-85; Hennekens in *TvO* 1986, p. 196-197; Teunissen in *TvO* 1986, p. 201.

<sup>447</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 88; *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 15, p. 48-49; *Kamerstukken II* 1989-1990, 19403, nr. 16, p. 38-39.

<sup>448</sup> *Kamerstukken II*: 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 88, nr. 15, p. 48-49 en nr. 64 (amendement Van Stoffelen en Van der Burg); *Kamerstukken II* 1990-1991, 19 403, nr. 75, p. 35. *Handelingen II* 1990, 19 en 25 september 1990, p. 52 en 161. Let op, men verwijst zowel naar 171 als het vernummerde 174 lid 3. De Jong 2002, p. 37. Zie verder §8.5.

### 7.2.3 Overlapping of gelijkenis met bestuursdwang

De wetgever herziet in de nieuwe Gemeentewet zowel de ordebevoegdheden als de bestuursdwangfiguur. In hoofdstuk 2 zijn de ingrijpende wijzigingen voor de bestuursdwangregeling beschreven (de regeling bestond destijds uit de artikelen 126 tot en met 139). Bestuursrechtjuristen vragen zich met het oog op de bevoegdheden van de burgemeester af hoe beide vernieuwde regelingen zich tot elkaar verhouden.

Zo meent Teunissen dat de nieuwe bestuursdwangregeling geen regeling treft voor gevallen waarin sprake is van de ‘onmiddellijke bestuursdwang’. Hiermee bedoelt hij de ‘onmiddellijke en daadwerkelijke handhaving van wettelijke voorschriften, voor zover nodig in het belang van de openbare orde’. Deze bevoegdheid werd en wordt onder verantwoordelijkheid van de burgemeester uitgevoerd door de politie bij het nemen van onmiddellijke ordemaatregelen op straat. In zijn optiek is dit de bevoegdheid die de burgemeester al had op grond van de Politiewet 1957 en die met de herziening van de Gemeentewet in 1992 is vastgelegd in het eerste lid van artikel 172.<sup>449</sup>

Het is vervolgens de toegevoegde dwangbevoegdheid in het tweede lid van artikel 172 in relatie tot de bestuursdwangdefinitie die voor verwarring zorgt. De relevante leden luiden als volgt:

#### Artikel 172

(...)

De burgemeester is bevoegd overtredingen van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde, te beletten of te beëindigen. Hij bedient zich daarbij van de onder zijn gezag staande politie.

(...)

#### Artikel 126

(...)

2. De bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang omvat het doen wegnemen, beletten, verrichten en in de vorige toestand herstellen van hetgeen in strijd met die regels of met ingevolge die regels ingestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten.

(...)

De vraag is of voor de burgemeester in feite sprake is van twee dezelfde bevoegdheden of dat artikel 172 lid 2 Gem.wet als *lex specialis* een bijzondere bestuursdwangbevoegdheid geeft. Niet alleen lijken beide dwangbevoegdheden in woordkeus op elkaar, volgens Van Buuren gaat het in essentie om dezelfde

---

<sup>449</sup> Teunissen 1986, p. 201. Zie ook §6.3.3.2.

soort bevoegdheid: De wettelijke openbare-ordevoorschriften waar artikel 172 lid 2 op doelt, zullen veelal ook ‘regels’ zijn waarvan de uitvoering aan de burgemeester is toevertrouwd en bij overtreding waarvan hij deze regels óók met bestuursdwang kan beletten of beëindigen.<sup>450</sup>

De auteur vindt – in tegenstelling tot Teunissen – dat een afdoende slagvaardige handhaving van de openbare ordevoorschriften al mogelijk is onder de nieuwe bestuursdwangregeling. Hij wijst erop dat de rechtswaARBorgen evenwel in zeer belangrijke mate verschillen: toepassing van bestuursdwang leidt tot een besluit (desnoods achteraf) dat aan de belanghebbende moet worden medegedeeld, terwijl toepassing van het tweede lid van artikel 172 vormvrij is en louter feitelijk handelen betreft. De nieuwe dwangbevoegdheid van de burgemeester rept daarbij over mededelingen of waarschuwingen, noch over rechtsbescherming.<sup>451</sup>

Hoewel Van der Meulen meent dat van enige overlapping sprake is in de tekst van beide dwangbevoegdheden, zou de gelijkenis niet zo dramatisch zijn als wordt geschetst. Het aanwenden van bestuursdwang vindt voornamelijk plaats ‘om op te treden tegen situaties die structureel in strijd zijn met het recht en wel om daarin blijvend verandering te brengen’. De auteur brengt ordehandhaving in verband met het vluchtig gebruik van de openbare ruimte en zodoende zien overtredingen in dat kader vooral op incidentele gedragingen op de openbare weg. Kenmerkend voor de ordehandhaving in die gevallen is dat het gaat om het onmiddellijk beëindigen van die gedraging op dat moment; er wordt niet beoogd een blijvende verandering tot stand te brengen.<sup>452</sup>

#### 7.2.4 Bijzonder rechtsfiguur in artikel 5:23 Awb

Na de inwerkingtreding van de derde tranche verplaatst de kern van de bestuursdwangregeling zich in 1998 naar de Algemene wet bestuursrecht. Gezien de begripsomschrijving van bestuursdwang – destijds in artikel 5:21 Awb-oud – kan volgens de wetgever worden verdedigd dat het bij het optreden ter onmiddellijke ordehandhaving om bestuursdwang gaat (zie §7.2.3 ). Zoals in de vorige paragraaf is uitgelegd, ontstaat de associatie met bestuursdwang vooral door de formulering in het tweede lid van artikel 172 Gem.wet. Om geen onzekerheid te

---

<sup>450</sup> Van Buuren in *RegelMaat* 1990, p. 16; NO 25 april 1995, *AB* 1995, 330. Zie ook volgende noot.

<sup>451</sup> Zie vorige noot en Van Buuren en Michiels 1989, p. 23 en 197-199; Brouwer en Meijer van Meijbeek in *NG: Magazine* 1990, nr. 50 p. 18-20; De Jong in *NTB* 1992-2, p. 48-49. Zie ook: De Jong 2000, p. 34. NB Artikel 172 was tijdens zijn parlementaire behandeling anders genummerd (onder meer als artikel 171 en artikel 174).

<sup>452</sup> Van der Meulen 1993, p. 176-178 en p. 30.

laten bestaan, zondert artikel 5:23 Awb in dat geval uitdrukkelijk de bestuursdwangregeling uit. De inhoud van dit artikel luidt als volgt:

### **Artikel 5:23**

Deze afdeling is niet van toepassing op optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde.

Met de woorden ‘deze afdeling’ doelt de wetgever op de algemene bestuursdwangregeling in afdeling 5.3.1 Awb (voorheen afdeling 5.2). De bepalingen van de bestuursdwangafdeling zouden niet geëigend zijn voor optreden ter onmiddellijke ordehandhaving. In dit verband merkten een aantal Kamerleden bij de totstandkoming van artikel 172 Gem.wet reeds op dat de burgemeester niet snel en efficiënt een ordeverstoring zou kunnen beëindigen, als hij eerst de overtrekking van een wettelijk voorschrift zou moeten aantonen.<sup>453</sup> Men omschrijft het doel van artikel 5:23 Awb als volgt:

“De bedoeling van het artikel is veilig te stellen dat bestuursorganen en onder hun gezag staande politie-ambtenaren niet met de vereisten van art. 5.2.4 [5:24 Awb-oud, LDR] en volgende van doen hebben, ingeval zij feitelijke maatregelen moeten nemen ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde. (...) *Het moet gaan om situaties waarin moeilijk vereist kan worden dat bestuursorganen schriftelijk besluiten gaan nemen.* Als wel eerst een aanschrijving bestuursdwang mogelijk is of in bepaalde gevallen gebruikelijk is, is dat een belangrijke aanwijzing dat het niet gaat om een geval waarin wordt opgetreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde [cursivering LDR].”<sup>454</sup>

Bij onmiddellijke ordehandhaving acht de wetgever het nemen van een schriftelijk besluit dus niet (goed) mogelijk. Daarnaast zondert men de vereisten uit oud-artikel 5:24 Awb nadrukkelijk uit. Dit artikel vormde een sleutelbepaling waarin het uitgangspunt was neergelegd ‘dat de beslissing tot toepassing van bestuursdwang schriftelijk moet worden genomen en dan als een beschikking geldt’ (lid 1, 2<sup>o</sup> zin). Deze gelijkstelling zorgde ervoor dat de regels over besluiten in hoofdstuk 3 en beschikkingen in hoofdstuk 4 van toepassing waren. Destijds bepaalde dit artikel het volgende:

### **Oud artikel 5:24**

1. Een beslissing tot toepassing van bestuursdwang wordt op schrift gesteld. De schriftelijke beslissing is een beschikking.
2. De beschikking vermeldt welk voorschrift is of wordt overtreden.

<sup>453</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 88, nr. 15, p. 48-49.

<sup>454</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 5, p. 97-98 en *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 153-154 of zie PG AWB III, p. 364. De vierde tranche heeft hier geen wijziging in gebracht, zie *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 106.

3. De bekendmaking geschiedt aan de overtreder, aan de rechthebbenden op het gebruik van de zaak ten aanzien waarvan bestuursdwang zal worden toegepast en aan de aanvrager.
4. In de beschikking wordt een termijn gesteld waarbinnen de belanghebbenden de tenuitvoerlegging kunnen voorkomen door zelf maatregelen te treffen. Het bestuursorgaan omschrijft de te nemen maatregelen.
5. Geen termijn behoeft te worden gegund indien de vereiste spoed zich daartegen verzet.
6. Indien de situatie dermate spoedeisend is dat het bestuursorgaan de beslissing tot toepassing van bestuursdwang niet tevoren op schrift kan stellen, zorgt het alsnog zo spoedig mogelijk voor de opschriftstelling en voor de bekendmaking.

Het uitzonderen van de bestuursdwangregeling (in het bijzonder oud-artikel 5:24 Awb) als er acuut gevaar dreigt, maakt het mogelijk dat burgemeester en politie niet hoeven te voldoen aan het merendeel van de eisen die bij reguliere bestuursrechtelijke handhaving wel gelden: het horen van de overtreder, het schriftelijk opmaken van de beslissing met vermelding van het overtreden wettelijk voorschrift, het deugdelijk motiveren van deze beslissing, het gunnen van een termijn, het bekendmaken, het beslissen op bezwaar en daarmee het openstellen van de mogelijkheid van beroep bij de bestuursrechter.<sup>455</sup>

Blijkens de toelichting is het artikel geschreven voor bestuursorganen als de burgemeester en de politie. Een enkele keer beroept een burger zich op artikel 5:23 Awb. Bijvoorbeeld in een Afdelingsuitspraak van 26 september 2001 waarin de burgemeester een feest verbiedt dat in strijd met de APV op en aan de weg zal worden gehouden; gezien de omvang en een eerder incident, vreest hij overlast- en openbare orde problemen. Appellant stelt dat de bestuursdwangafdeling niet van toepassing is, aangezien sprake zou zijn van onmiddellijke handhaving van de openbare orde. De Afdeling geeft aan dat daar in het onderhavige geval geen sprake van is.<sup>456</sup>

Ook in een uitspraak van 6 juli 2011 beroept de burger zich op deze bepaling. Het betreft de ontruiming van een hennepkwekerij via spoedbestuursdwang in verband met een brandgevaarlijke situatie wegens strijd met de Woningwet. Appellant voert aan dat het bestuur zijn handhavingsbevoegdheid heeft overschreden, omdat het doel het onmiddellijk handhaven van de openbare orde zou zijn geweest waarbij vervolgens de bestuursdwangafdeling niet van toepassing is gezien artikel 5:23 Awb. Opnieuw geeft de Afdeling zonder nadere uitleg aan dat van optreden ter onmiddellijke ordehandhaving geen sprake is. Zij had erop kunnen wijzen het in casu om handhaving van een situatie in een woning ging

<sup>455</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 154-156. Zie Hennekens 2007, p. 22; noot Brouwer bij Rb. Zwolle-Lelystad (pol.r) 17 maart 2008, *AB* 2008, 257 en Brouwer & Schilder in: Barkhuysen, Den Ouden en Polak 2010, p. 431-445.

<sup>456</sup> ABRvS 26 september 2001, *AB* 2002, 67 m.nt. F.R. Vermeer.

en niet om het handhaven van een ordeverstoring in de publieke ruimte waarbij er een wettelijk voorschrift in het geding was.<sup>457</sup>

### **Onmiddellijke ordehandhaving**

Het begrip ‘optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde’ dient volgens de wetgever beperkt opgevat te worden. In §7.3 en §7.4 ga ik nader in op deze begrippen. Bij optreden in het kader van artikel 5:23 Awb denkt de wetgever aan ‘gevallen waarin de burgemeester *bevelen* geeft ter handhaving van de openbare orde indien deze is verstoord, of waarin opgetreden wordt tegen overtreding van een samenscholingsverbod [cursivering LDR]’. Ook het verwijderen en het verwijderd houden van personen (o.a. cafébezoekers) en het verwijderen van voorwerpen op de openbare weg die het verkeer in ernstige mate belemmeren, beschouwt de wetgever als het onmiddellijk handhaven van de openbare orde. Uiteraard is het artikel ook van belang als een ordeverstoring elk moment van start kan gaan; juist bij een concrete en actuele dreiging dienen de burgemeester en de politie op onmiddellijke wijze te kunnen handelen. Het gaat om situaties waarin moeilijk vereist kan worden dat bestuursorganen schriftelijke besluiten gaan nemen.<sup>458</sup>

De door de wetgever uitgezonderde eisen zijn allemaal essentiële waarborgen voor de burger. Er bestaan echter goede redenen om deze waarborgen bij onmiddellijke ordehandhaving niet te bieden; op deze manier kan de burgemeester in een onvoorzien situatie waarin acuut gevaar is of dreigt, direct ingrijpen. Uit de toelichting leid ik af dat de wetgever bij onmiddellijke ordehandhaving denkt aan *mondelijke* ordebevelen, de fysieke effectuering van deze bevelen en het fysiek ingrijpen op zichzelf (zonder bevel) door de politie of brandweer. Zodoende betreft het handelen dat niet als Awb-besluit gekwalificeerd kan worden.<sup>459</sup>

Voor ‘andere handelingen dan besluiten’ geldt de Awb in beperkte mate (zie artikel 3:1 lid 2 jo. afdeling 3.2 Awb). Voor zover de aard van onmiddellijke ordehandhaving zich niet verzet, blijven burgemeester en politie verplicht om: hun acties zorgvuldig voor te bereiden, hun bevoegdheden niet te gebruiken voor een ander doel dan waarvoor deze zijn verleend en de betrokken belangen naar evenredigheid af te wegen.<sup>460</sup> Uiteraard dienen zij ook de overige algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.

<sup>457</sup> ABRvS 6 juli 2011, nr. 201010735/1/H1.

<sup>458</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 154 en nr. 5, p. 97 of zie PG AWB III, p. 364.

<sup>459</sup> Zie ook: T&C Awb, art. 5:23, aant. 1; Brouwer & Schilder in: Barkhuysen, Den Ouden en Polak 2010, p. 442.

<sup>460</sup> Gezien de aard van het optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde zijn de afdelingen 3.3 en 3.4 Awb niet relevant.

### Afbakening met bestuursdwang

Artikel 5:23 Awb veronderstelt een verschil in rechtsregime tussen beide typen handhaving. Welke situaties de wetgever precies beschouwt als onmiddellijke ordehandhaving en waar de afbakening ligt van onmiddellijke ordehandhaving met bestuursdwang, komt uit de wetsgeschiedenis niet helder naar voren.

Het criterium dat de wetgever gebruikt om bestuursdwang af te bakenen van onmiddellijke ordehandhaving, is de mogelijkheid of gebruikelijkheid van het opmaken van een besluit in de zin van de Awb. Is een dergelijke aanschrijving mogelijk of gebruikelijk, dan is dat een belangrijke aanwijzing dat het *niet* om onmiddellijke ordehandhaving gaat.<sup>461</sup> De afbakening tussen beide typen handhaving illustreert men aan de hand van het voorbeeld van een bevel op basis van de APV om een café te sluiten op gronden aan het belang van de openbare orde ontleend:

“Maar wanneer een burgemeester op grond van een plaatselijke verordening een bevel tot sluiting van een horeca-inrichting geeft (...), is op de effectuering van het sluitingsbevel de regeling van de bestuursdwang van toepassing. Het sluiten van de inrichting (zo nodig door dicht te timmeren) is immers op zich beschouwd niet het onmiddellijk handhaven van de openbare orde, doch de handhaving van het sluitingsbevel.”<sup>462</sup>

“Indien vervolgens, ondanks het sluitingsbevel, cafébezoekers pogen de gesloten inrichting binnen te gaan, moet het verwijderen van hen als een optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde worden beschouwd. Op dat verwijderen zijn de regels van afdeling 5.2 [inmiddels 5.3.1, LDR] niet van toepassing. Zij zijn daar ook niet geschikt voor.”<sup>463</sup>

Het voorbeeld zegt niet veel over het beeld dat de wetgever heeft van de twee typen handhaving. Er kan slechts uit worden opgemaakt dat hij een ‘onmiddelijkheidssituatie’ beschouwt als incidenteel van aard waarbij de aanleiding een verstoring van de orde in het openbaar is. De wetgever acht bestuursdwang gebruikelijk in de situatie dat de burgemeester een sluitingsbevel dient te handhaven dat is gebaseerd op de APV. De te handhaven norm betreft in dat geval een besluit in de zin van de Awb dat is terug te voeren op een democratisch tot standgekomen APV-bepaling. In een onmiddelijkheidssituatie handhaaft de burgemeester vooral zijn eigen gecreëerde verplichting.

### Hybride handhavingwijze

De huidige juridiseringstrend die in de praktijk plaatsvindt, vormt de aanleiding voor dit onderzoek; het optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde heeft ondanks 5:23 Awb regelmatig de vorm van een besluit; een bevel

<sup>461</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 5, p. 97 of zie PG AWB III, p. 364.

<sup>462</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 154 of zie PG AWB III, p. 364.

<sup>463</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 5, p. 97.



wordt direct op schrift gesteld (vgl. spoedbestuursdwang) en een enkele keer vindt opschriftstelling achteraf plaats (vgl. superspoedbestuursdwang). Er is dan sprake van een ‘onmiddellijk ordebesluit’.

Zo gieten burgemeesters hun ‘lichte’ bevelen op basis van artikel 172 lid 3 Gem.wet tegenwoordig standaard in de vorm van een Awb-besluit. Zij zijn geneigd om deze bevoegdheid in te zetten in de strijd tegen structurele overlast – bijvoorbeeld in geval van overlast bij drugshandel en prostitutie – terwijl die bevoegdheid is bestemd voor incidentele onmiddellijke ordehandhaving. Als gevolg van het besluitkarakter komt het voor dat burgers vooraf hun zienswijzen naar voren mogen brengen of hen een begunstigingstermijn wordt gegund voordat men naleving van het bevel afdwingt.<sup>464</sup>

Op basis van artikel 174 lid 2 Gem.wet mag de burgemeester bevelen geven in het geval van een concreet en actueel (dreigend) gevaar voor de veiligheid of gezondheid. De weinige keren dat de burgemeester van deze bevoegdheid gebruik maakte, blijkt dat hij zijn bevel mondeling gaf en achteraf op schrift stelde. Zo verbood hij op deze wijze de organisatie van het evenement *Trance Energy* om meer dan 25.000 bezoekers toe te laten. Een ander voorbeeld is het telefonische bevel dat werd gegeven om een zwembad onmiddellijk te sluiten gezien de grote hoeveelheden legionella gevonden in het waterleidingsstelsel, en later op schrift werd gesteld.<sup>465</sup>

Bij de ‘zware’ noodbevelen die burgemeesters geven op basis van artikel 175 Gem.wet, is het niet altijd duidelijk of het gaat om een besluit. Het is in elk geval gangbaar om dergelijke bevelen op schrift te stellen en al dan niet aan de persoon uitreiken.<sup>466</sup> Als het gaat om voetbalwedstrijden, demonstraties van extreem rechts of grootschalige stadsfeesten vaardigen burgemeesters veelvuldig een aantal dagen hieraan voorafgaand een schriftelijk bevel uit.<sup>467</sup> Het komt ook

<sup>464</sup> Zie onder meer: ABRvS 17 november 2004, *AB* 2005, 410 m.nt. J.G. Brouwer, *JB* 2005, 18, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, *LJN* AR5816; ABRvS 1 november 2006 *AB* 2007, 47 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* AZ1290; HR 11 maart 2008, *AB* 2008, 163 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *NJ* 2008, 208, *LJN* BB4096; Rb. Alkmaar (vzr.) 15 juli 2008, *LJN* BD9134; Rb. Leeuwarden (Vzr.) 1 december 2011, *LJN* BU6560. Zie verder §8.2.2, §8.5 en §10.4.

<sup>465</sup> Rb. Utrecht (vzr.) 18 januari 2002, *LJN* AD9079; Rb. Utrecht 15 april 2004, *LJN* AO8953; ABRvS 4 mei 2005, *JB* 2005, 174 m.nt. J.W.L. Broeksteeg (*Trance Energy*); ABRvS 26 mei 2010, *AB* 2011, 291 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* BM5615.

<sup>466</sup> Het is bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat burgemeesters gebruik maken van schriftelijke bevelen in verband met de kans dat hun bevelen door de ordeverstoorers niet worden gehoord: Rb. Zwolle-Lelystad (Pol.r) 17 maart 2008, *LJN* BC7237; ‘Maastricht paste noodverordening bij betogingen correct toe’, *Limburgs dagblad*, 9 mei 2009. Zie ook: Van Maanen in *NJB* 2004, p. 70-71.

<sup>467</sup> Zie bijvoorbeeld: ‘Rotterdam ontwikkelt noodbevelen voor Euro 2000’, ANP, 10 mei 2000; Raadsinformatiebrief van Gemeente Den Helder, 28 juli 2009, stuknr. BI09.01417 en het noodbevel, stuknr. BI09.01419 (FC Cambuur-Willem II); bericht op <[www.nieuwwest.amsterdam.nl](http://www.nieuwwest.amsterdam.nl)> van 16 februari 2010 en *Trouw*, 18 februari 2010 (Ajax-

voor dat een schriftelijk bevel op de dag zelf wordt gegeven bijvoorbeeld ten tijde van de ernstige ongeregelde heden die ontstonden na de dood van FC Den Bosch-supporter Pierre Bouleij. Dit was eveneens het geval toen leden van de harde kern van PSV tijdens de Zomeravondfeesten in Valkenswaard uit waren op een confrontatie.<sup>468</sup> Een andere mogelijkheid is dat burgemeesters hun noodbevelen tijdens een explosieve situatie eerst mondeling laten verstrekken en vervolgens achteraf op schrift stellen en bekend maken.<sup>469</sup>

Er zijn ook situaties waarin men bewust ervoor kiest om het noodbevel op te maken in de vorm van een Awb-besluit. Dit was bijvoorbeeld het geval bij de huldiging van AZ, de wedstrijd AGOVV-Ajax in 2009 en bij de jaarwisseling in Leiden. Het doel was onder andere om ordeverstoorers uit een bepaald gebied te weren respectievelijk het dragen van gezichtsbedekkende kleding te verbieden.<sup>470</sup> De betrokken documenten bevatten een bezwaarclausule en werden zes weken lang bij de gemeente ter inzage gelegd of werden al dan niet op naam uitgereikt.

De tendens om onmiddellijke ordehandhaving te formaliseren bestaat niet alleen bij burgemeesters, ook rechters haken hierop in. Aldus kwalificeren zij onmiddellijke ordebevelen als gebrekkig of onrechtmatig omdat de aangeschrevenen bijvoorbeeld niet (van te voren) zijn gehoord, het ‘besluit’ onvoldoende

---

Juventus); Verslag extra commissie VFAB van de gemeente Arnhem, gehouden op 12 oktober 2006 met nr. Griffie/VFAB/2006/51 (demonstratie NVU); *De Gelderlander*, 28 januari 2010 en het persbericht van gemeente Arnhem op 30 januari 2010 (demonstratie NVU); *Leidsch Dagblad*, 4 oktober 2009; verslag van vergadering van commissie Bestuur en leefbaarheid van de gemeenteraad Leiden gehouden op 8 oktober 2009 (Leidens ontzet); ‘Burgemeester van Alkmaar vaardigt nieuw noodbevel uit’, nieuwsbericht op <www.alkmaar.nl> over noodbevel van 26 april 2009 (huldiging AZ), laatst geraadpleegd op 2 augustus 2010.

<sup>468</sup> ‘Supporters Valkenswaard uitgezet’, *Eindhovens dagblad*, 17 augustus 2009 en COT Instituut voor Veiligheids- en Crisismanagement, *Bossche avonden*, juni 2001, hoofdstuk 1 m.n. p. 13-14 en p. 32-34, 41. Bouleij was harde-kernlid en werd door een agent doodgeschoten die aanwezig was op het moment dat een burenruzie uit de hand liep. Het eerste schriftelijk noodbevel verbood de relschoppers om bivakmutsen te dragen en het noodbevel van een paar dagen later was gericht tegen een groep van twintig personen die zich aan het verzamelen was.

<sup>469</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 16 november 1999, *LJN* AA5041, *JB* 1999, 312 en *ABRvS* 24 april 2001, *AB* 2002, 70 m.nt. F.R. Vermeer (Fumigation); *NO* rapport 2009, 219 (Vitesse-NAC). Zie ook: *ABRvS* 1 juni 1999, *Gst.* 7106 (1999) m. nt. HH, jurispr.nr 2, p. 523-526.

<sup>470</sup> ‘Burgemeester van Alkmaar vaardigt nieuw noodbevel uit’, nieuwsbericht op site van <www.alkmaar.nl>, laatst geraadpleegd op 2 augustus 2010; ‘Noodbevel 24 september AGOVV-Ajax’, nieuws op site van <www.apeldoorn.nl>, laatst geraadpleegd op 2 augustus 2010; B&W.nr. 08.0369 d.d. 27 mei 2008, Evaluatie jaarwisseling 2007/2008, 17 april 2008, bijlage 5. Zie ook de checklist bij noodbevoegdheden te vinden op <www.rotterdam.nl>, laatst geraadpleegd op 3 augustus 2010.

werd gemotiveerd of het noodbevel niet in persoon is uitgereikt.<sup>471</sup> In §8.2.2 ga ik hier verder op in.

In hoofdstuk 9 en 10 kom ik terug op de bruikbaarheid van het afbakeningscriterium van de wetgever en onderzoek ik in hoeverre de bestuursdwangfiguur bij beide soorten ordehandhaving een geschikt en juridisch toelaatbaar instrument is. In §10.4 vorm ik een eindoordeel over de geschetste juridiseringstrend. Hier is het voldoende om te constateren dat er blijkbaar een discrepantie bestaat tussen wat de wetgever en wat de rechtspraak mogelijk of wenselijk acht bij onmiddellijke ordehandhaving. Als men puur naar het bepaalde in artikel 5:23 Awb kijkt ('Deze afdeling is niet van toepassing op optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde'), valt daarbij op dat de letterlijke tekst het nemen van onmiddellijke ordebesluiten niet verbiedt.

In de volgende paragraaf ga ik nader in op de afbakening van onmiddellijke handhaving van de openbare orde met reguliere (niet-onmiddellijke) ordehandhaving

### **7.3 Onderscheid onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving**

#### **Naar een nieuw onderscheid**

Van oudsher is het gebruikelijk om bevoegdheden die de burgemeester heeft ter handhaving van de openbare orde onder te verdelen in gewone en buitengewone middelen. Deze onderverdeling zou corresponderen met 'normale ordeverstoringen' en 'buitengewone' ordeverstoringen. Op dit onderscheid ben ik in §6.3.2.1 ingegaan. De huidige bevoegdheden in dit systeem zouden er in een tabel als volgt uitzien.

---

<sup>471</sup> Zie bijvoorbeeld: Rb. Zwolle (pol.r.) 17 maart 2008, *LJN* BC7237; Hof 's-Gravenhage 15 november 2004, *NBSTRAF* 2005, 68; Rb. Rotterdam 22 oktober 2002, *NBSTRAF* 2002, 295; Rb. Rotterdam (vzr.) 6 september 2002, *JB* 2002, 382 m.nt. Brouwer en Schilder; Rb. Rotterdam (pres.) 29 april 1999, *JB* 1999, 159; Pres. Rb. Assen 17 oktober 1996, *JB* 1996, 252 m.nt. R.J.N.S.

	<b>Gewone middelen in ‘normale’ omstandigheden</b>	<b>Buitengewone middelen in ‘buitengewone’ omstandigheden</b>
<b>Artikel</b>	172 lid 2 beletten of beëindigen overtreding wet	
<b>Artikel</b>	172 lid 3 bevel bij (vrees) voor ernstige ordeverstoring	175 noodbevel
<b>Artikel (oud)</b>	173* opperbevel brand	176 noodverordening
<b>Artikel</b>	174 toezicht op openbare samenkomsten en op voor publiek openstaande gebouwen	

Tabel 7: Overzicht bevoegdheden in normale en in buitengewone omstandigheden

\* Werd over getwist, van oudsher tot ‘gewone’ bevoegdheden gerekend.

De indeling is niet langer bruikbaar – als die dat al ooit was –, omdat die niet functioneel, althans gedateerd is. Suyver ageerde onder het oude systeem aan ordebepalingen reeds tegen het onderscheid in gewone en buitengewone bevoegdheden. De indeling volgt noch uit het systeem van de gemeentewet noch uit de parlementaire geschiedenis. Volgens de auteur zorgt het onderscheid in sterke mate voor onduidelijke beschouwingen over de positie van de burgemeester bij ordehandhaving.<sup>472</sup>

De verdeling in gewone en buitengewone bevoegdheden is destijds ontstaan om een rangorde aan te brengen in het soort dienst waarover de burgemeester kon beschikken. In het geval van een noodsituatie als een oproerige beweging, samenscholing of ernstige ordeverstoring werd bijstand verleend door krijgsvolk – later de rijkspolitie. Als ordehandhaving daarentegen bestond uit het houden van toezicht op voor publiek openstaande gebouwen en samenkomsten e.d. of het voeren van het opperbevel bij brand, stonden de burgemeester de gemeentepolitie en de plaatselijke brandweer ter beschikking. Hij zette pas het leger in als alle andere middelen faalden, dat wil zeggen als de gemeentelijke politie niet in staat was de rust te herstellen.<sup>473</sup>

Het is niet langer nodig de ordebevoegdheden te onderscheiden in het soort hulpdienst dat bijstand verleent. De burgemeester maakt geen gebruik meer van krijgsvolk en het onderscheid tussen rijks- en gemeentepolitie is met de Politiewet van 1993 opgeheven. Sinds de inwerkingtreding van de Wet veiligheidsregio's in 2010 zijn zowel politie- als brandweermacht onderverdeeld in 25 regio-

<sup>472</sup> Suyver 1976, p. 84-88. Zie ook: Suyver 1967, p. 84-87 en 1985, p. 188.

<sup>473</sup> Eysten 1912, p. 54-57, 69-75; Oppenheim II 1928, o.a. p. 286, 295-299; Oud 1959 II, p. 518, 527-528; Crince le Roy 1963, m.n. p. 30, 44; Suyver 1976, p. 84-85.

korpsen die samenwerken in zogeheten ‘veiligheidsregio’s’. Deze wet beoogt één bestuurlijke regie te realiseren voor brandweezorg, geneeskundige hulpverlening, rampenbestrijding en crisisbeheersing. Mocht zich een bovenlokale ramp of crisis voltrekken, dan wordt het veiligheidsbestuur als eenhoofdig gezag verantwoordelijk. Het burgemeestersambt blijft bij een lokale ramp of crisis verbonden aan het gezag over de politie en het opperbevel bij brand.<sup>474</sup>

Het oude onderscheid is niet alleen achterhaald, maar ook onwerkbaar gezien het huidige stelsel aan ordebepalingen in de Gemeentewet. Brederveld merkt in dit verband op:

“Een duidelijk samenstel van bepalingen is noch omtrent de ‘normale’ handhaving van de openbare orde noch voor die in bijzonder omstandigheden in de Gemeentewet (...) ontstaan; een gemiste kans.”<sup>475</sup>

De meeste bepalingen in kwestie bevatten verstrekkende bevoegdheden die naar hun aard niet als ‘normaal’ of ‘gewoon’ zijn te kwalificeren en die alleen in bijzondere omstandigheden mogen worden ingezet. Het beschrijven van het huidige systeem van ordehandhaving in dit onderzoek vindt daarom plaats aan de hand van een andere onderverdeling, te weten die in *onmiddellijke en niet-onmiddellijke handhaving* van de openbare orde. Deze keuze verdient de voorkeur vanwege de grote systematische voordelen. In de volgende subparagrafen ga ik hier nader op in.

### 7.3.1 Aard van bevoegdheden

Het oude onderscheid is vooral problematisch als het gaat om de categorie gewone bevoegdheden voor ‘normale’ omstandigheden. Hiertoe rekenen Van der Meulen, De Jong en Brainich von Brainich Felth zowel de bevoegdheden in artikel 172 lid 2 en 3 als het gehele artikel 174 Gem.wet. Vanouds werd ook het (opper)bevel bij brand in artikel 4 Wet veiligheidsregio’s (artikel 173 Gemeentewet-oud) tot de categorie ‘gewone bevoegdheden’ gerekend.<sup>476</sup> Deze bevoegdheden zijn echter naar hun aard niet met elkaar op één lijn te stellen; de aanduiding ‘gewoon’ is daarnaast in niet alle gevallen toepasselijk.

<sup>474</sup> *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 117, nr. 2 en nr. 3, o.a. p. 1, 7 en 58. Zie §8.6 en Helsloot, Muller & Berghuijs 2007.

<sup>475</sup> Brederveld 2005, p. 180.

<sup>476</sup> Van der Meulen 1993, hoofdstuk 7 en 8 in het bijzonder p. 161, 182 en 186; De Jong 2002, m.n. p. 31 en 47; Brainich von Brainich Felth 2006 in TC OO&V bij artikel 172-176 Gem.wet. Verg. Dölle, Elzinga & Engels 2004, hoofdstuk 19 en 20. Zie verrassend genoeg ook: Drayer & Suyver 2000, p. 105. Hennekens rekent in elk geval artikel 172 lid 3 Gem.wet tot een bevoegdheid voor in normale omstandigheden (Hennekens 2007, p. 31).

## Onmiddelijk

Als men de huidige ordebevoegdheden beziet, dan valt tekstueel op dat in veel bepalingen bevoegdheden worden geattribueerd. In artikel 172 lid 2 en lid 3, 174 lid 2, 175 lid 1 Gem.wet en artikel 4 lid 2 Wet veiligheidsregio's staat letterlijk 'de burgemeester is bevoegd'. Zodra sprake is van een concrete en actuele (dreigende) ordeverstoring van enige betekenis – en de situatie niet (afdoende) door plaatselijke verordeningen wordt gereguleerd – is hij bevoegd om op basis van deze artikelen bevelen te geven en tot fysieke interventies over te gaan. De artikelen zijn hierbij zodanig ruim geformuleerd dat het voor de burgemeester mogelijk is om uiteenlopende, ingrijpende ordemaatregelen te treffen.<sup>477</sup> Voorbeelden hiervan zijn het tegenhouden en verwijderen van hooligans, het afzetten van wegen of straten, de inbeslagname van een zaak of het ontruimen van een plaats of gebouw dat voor het publiek openstaat.

De hierboven genoemde bepalingen beschouw ik als bevoegdheden van de burgemeester waarmee hij de openbare orde op onmiddellijke wijze kan handhaven. In het hoofdstuk hierna (8) wordt dit specifiek onderbouwd. De wetgever spreekt ook wel van de 'de daadwerkelijke voorkoming en beëindiging van zich concreet voordoende of dreigende ordeverstoringen'. De burgemeester zet zijn bevoegdheden zelfstandig in waarbij hij zeer veel vrijheid heeft. Het korps aan bevoegdheden is daarom verre van 'gewoon' te noemen. Dat maakt overigens ook dat artikel 5:23 Awb de onmiddellijke ordehandhaving vrijstelt van allereerste procedure-eisen; het betreffen situaties waarin moeilijk vereist kan worden dat burgemeesters een besluit neemt in de zin van de Awb.<sup>478</sup>

## Niet-onmiddelijk

In tegenstelling tot de hierboven genoemde bepalingen, bevat het eerste lid van artikel 174 Gem.wet een taakomschrijving en het derde lid een competentiebepaling. De leden vangen aan met de woorden 'De burgemeester is belast met'. In lid 1 wordt hij belast met het toezicht op openbare samenkomsten en voor publiek openstaande gelegenheden e.d.

### Artikel 174

1. De burgemeester is belast met het toezicht op de openbare samenkomsten en gemakkelikheden alsmede op de voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven.

(...)

3. De burgemeester is belast met de uitvoering van verordeningen voor zover deze betrekking hebben op het in het eerste lid bedoelde toezicht.

<sup>477</sup> In het hiernavolgende hoofdstuk ga ik afzonderlijk op de onmiddellijke ordebevoegdheden in.

<sup>478</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 89 en 1989-1990, nr. 16, p. 37-39; *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 5, p. 97-98 of zie PG AWB III, p. 364; *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 467, nr. 3, p. 12; Brouwer 2006 (oratie), o.a. p. 14-17. Zie ook noot 480.

Het houden van toezicht en het uitvoeren van verordeningen komt veelal neer op het verlenen van vergunningen of ontheffingen. Voor zover een verordening een onderwerp regelt dat onder dit toezicht valt, is de burgemeester exclusief belast met de uitvoering daarvan (artikel 174 lid 3 Gem.wet). Het handhaven van deze regels vindt doorgaans plaats over een zekere periode via geijkte middelen als de last onder bestuursdwang en een last onder dwangsom of het intrekken van een vergunning. Het betreffen hier democratisch gelegitimeerde middelen waarbij de burgemeester zich aan reguliere eisen van de Awb dient te houden.<sup>479</sup> Te denken valt aan het sluiten van een café of coffeeshop wegens overtreding van de APV doordat er zich ongeregelheden voordoen en/of harddrugs worden verhandeld of het reguleren van een bepaald evenement.

Ook Schroot e.a. merken op dat de bepalingen waarmee de orde daadwerkelijk en onmiddellijk gehandhaafd kan worden van een andere aard zijn dan die in artikel 174 lid 1 en lid 3. De eerstgenoemde competenties zijn incidenteel en direct van aard en de laatstgenoemde zien op een continue bestuursarbeid waaromtrent de burgemeester beleid vormt en uitvoert.<sup>480</sup> Deze verschillen vormen de basis voor het onderscheid in onmiddellijke en niet-onmiddellijke (ofwel reguliere) handhaving van de openbare orde.

In de parlementaire geschiedenis van de Gemeentewet komen de termen onmiddellijke en niet-onmiddellijk ordehandhaving niet voor. Zoals eerder gemeld, onderscheidt de regering wel daadwerkelijk optreden ter voorkoming of beëindiging van een concrete ordeverstoring van de algemene, bestuurlijke voorkoming van strafbare feiten. Met de laatstgenoemde taak van de burgemeester doelt zij op de categorie van de niet-onmiddellijke ordehandhaving.

Welke activiteiten vallen nu onder de algemene, bestuurlijke zorg om criminaliteit te voorkomen die invloed heeft op de orde en rust in de gemeente? Aannemelijk is dat de handelingen die de burgemeester onderneemt op grond van artikel 174 lid 1 en de verordeningen met de uitvoering waarvan hij op basis van artikel 174 lid 3 Gem.wet belast is, hiertoe behoren. Gedacht kan worden aan het toezicht op de naleving van die APV-bepalingen die het gedrag van bezoekers in en rond cafés, coffeeshops, discotheken of evenementen reguleren. De regering noemt zelf expliciet als activiteit een gericht preventiebeleid bestaande uit projecten of verhoogde surveillance door politie bijvoorbeeld in het geval van veel voorkomend vandalisme of een hoog niveau van helingsactiviteiten.<sup>481</sup>

---

<sup>479</sup> Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 402-405; Brouwer 2006 (oratie), p. 10-11; Hennekens 2007, p. 37-43.

<sup>480</sup> Schroot, Van Vliet & Wijma 1979, p. 275 en 281; Brederveld, Schroot & Wijma 1990, p. 181. Zie ook Van der Meulen 1993, p. 169 en Drayer & Suyver 2000, p. 116.

<sup>481</sup> Zie noot 478 en *Handelingen I* 1988-1989, nr. 10, p. 366-367 en voor voorbeelden handelingen in kader van artikel 174 lid 1 en 3 Gem.wet: ABRvS 4 juni 2008, *LJV* BD3098; ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 240 m.nt. F.R. Vermeer (Ghosthouse). Dölle, Elzinga

### **Bevel bij brand en het uitvaardigen van noodverordeningen**

Tot slot een aantal opmerkingen over de aard van artikel 173 Gemeentewet-oud (het huidige artikel 4 Wet veiligheidsregio's) en artikel 176 Gem.wet. Beide bepalingen behoren tot de vier oorspronkelijke bevoegdheden waar het openbare-orde-recht in 1851 ooit mee is begonnen. Zoals in de inleiding van hoofdstuk 5 is aangehaald, ga ik in dit onderzoek wel in op de bevelsmogelijkheid in situaties van brand, maar valt de bevoegdheid om noodverordeningen uit te vaardigen buiten het bestek van dit onderzoek.

Crince le Roy en Hennekens menen onder de eerdere varianten van de gemeentewet al dat het opperbevel bij brand geen 'gewone' bevoegdheid is. De burgemeester kan immers op zijn verantwoording bevelen tot buitengewone maatregelen die inbreuk maken op het eigendomsrecht van burgers. Denk hierbij aan het omverhalen van een huis of de onverwijilde inbezitneming daarvan (mede op basis van de Onteigeningswet). In Gemeentewet van 1992 codificeert de wetgever de in de jurisprudentie erkende bevelsbevoegdheid in lid 2 (nu te vinden in lid 2 van artikel 4 Wet veiligheidsregio's). Op basis van dit lid kan de burgemeester ook maatregelen nemen als het ontruimen van gebouwen, het afsluiten van straten en het verwijderen van personen die de brandbestrijding verhinderen. Het karakter van de bevoegdheid tot het voeren van het (opper)bevel bij brand is daardoor in zijn geheel niet 'gewoon' te noemen; artikel 4 lid 2 Wet veiligheidsregio's is een instrument waarmee de burgemeester op onmiddellijke wijze voorzieningen kan treffen opdat de rust hersteld wordt.<sup>482</sup>

De aard van de bevoegdheid tot het afkondigen van noodverordeningen ex artikel 176 Gem.wet ligt in het verlengde van de noodbevelsbevoegdheid. Een noodverordening is mogelijk in eenzelfde situatie die een noodbevel rechtvaardigt (ernstige wanordelijkheid, ramp of zwaar ongeval) en het middel behoort eveneens tot het instrumentarium van de onmiddellijke ordehandhaving. Ten opzichte van de andere onmiddellijke ordebevoegdheden zijn er evenwel een aantal wezenlijke verschillen. Het belangrijkste verschil is dat de burgemeester de uitzonderlijke bevoegdheid toekomt om tijdelijk als wetgever op te treden. Zijn handelen bestaat niet uit het geven van bevelen of uit fysiek handelen – en in zoverre is artikel 5:23 Awb niet van toepassing – maar uit het afkondigen van tijdelijke regelgeving. Om deze reden valt artikel 176 Gem.wet buiten de reikwijdte van dit onderzoek.

---

& Engels merken op dat de bevoegdheid tot het voeren van preventiebeleid een nieuwe competentie voor de burgemeester is die voorheen niet bestond (Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 399).

<sup>482</sup> Crince le Roy 1963, p. 46-49; Hennekens 1990, p. 133-134. Anders: *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 117, nr. 7, p. 13. Zie verder §5.3.6 en §8.6.



### 7.3.2 Competieverdeling

Het onderscheid in onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving past niet alleen beter bij de aard van de bevoegdheden van de burgemeester, maar ondervangt ook mogelijke geschillen over de competentieverdeling.<sup>483</sup> Hieronder wordt eerst ingegaan op de relatie tussen de burgemeester, de gemeenteraad en het college van b en w. In §7.3.2.2 gaat de aandacht vervolgens uit naar de verhouding van de burgemeester met de officier van justitie aan bod. De competentie om op onmiddellijke wijze de openbare orde te handhaven verschilt namelijk van het op strafrechtelijke wijze handhaven van de rechtsorde.

#### 7.3.2.1 Burgemeester versus raad en college van b en w

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de twee typen ordehandhaving door de burgemeester zijn neergelegd in lid 1 van artikel 172 Gem.wet ('De burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde'). De zinsnede 'handhaving van de openbare orde' in dit artikel bestaat uit twee verrichtingen, te weten:

- de daadwerkelijke voorkoming en beëindiging van zich concreet voordoende of dreigende verstoringen van de openbare orde;
- de algemene, bestuurlijke voorkoming van strafbare feiten.<sup>484</sup>

De frase 'onmiddellijke handhaving van de openbare orde' ziet op de eerste betekenis en houdt in het snel en doeltreffend optreden bij concrete (dreigende) ordeverstoringen. Dit vindt o.a. plaats op basis van artikelen 172 lid 2 en lid 3, 174 lid 2, 175 lid 1 Gem.wet en artikel 4 lid 2 Wet veiligheidsregio's (zie Hoofdstuk 8). De reguliere of niet-onmiddellijke handhaving bestaat in elk geval uit toezicht en uitvoering in het kader van artikel 174 en gericht preventiebeleid.

In tegenstelling tot wat de wetgever stelt, is het echter niet zo dat de burgemeester met uitsluiting van andere organen verantwoordelijk is voor het gewenste niveau van orde en rust. In de literatuur is hier meerdere malen op gewezen. Het is immers niet aan de burgemeester om het gewenste niveau van orde en rust te bepalen, maar aan de gemeenteraad (zie bijvoorbeeld artikel 149 en 156 Gem.wet) door het uitvaardigen van de plaatselijke algemeen verbindende voorschriften. In noodsituaties schrijft de burgemeester wel de regels voor door het

<sup>483</sup> Zie Brederveld, Schroot & Wijma 1990, p. 181; Suyver 2000, o.a. p. 103; De Jong 2002, p. 31-33 en 36; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 401 en 390-391; Hennekens 2007, p. 19 en 22-23. Anders: Brouwer 2006 (oratie), p. 8-9 en 11-13.

<sup>484</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 89 en 1989-1990, nr. 16, p. 37-39; *Handelingen I* 1988-1989, nr. 10, p. 370-371; *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 467, nr. 3, p. 12. Zie verder noot 438 en §7.3.

uitvaardigen van noodverordeningen; deze regels gelden echter altijd tijdelijk en de raad dient achteraf te bekrachtigen. De raad beïnvloedt het beleid van de burgemeester niet alleen vooraf door regelgeving, maar ook achteraf via de verantwoordingsplicht van de burgemeester aan de raad.<sup>485</sup>

Oosterparkrellen – De gebeurtenissen in Groningen rond de jaarwisseling van het jaar 1998 laten zien hoever de politieke invloed van de raad op de burgemeester kan reiken. 's Nachts belagen 65 jongeren de woning van een SP-Statelid onder meer door het ingooien van de ramen met stenen. De belaagde en zijn vrouw bellen keer op keer met de politie om hulp en bescherming te vragen, maar blijven hier vijf uur lang van verstoken. De politie vindt het in eerste instantie te gevaarlijk om in actie te komen. Uiteindelijk wordt de burgemeester thuis gebeld. Deze geeft toestemming voor het inzetten van de ME en richt zich vervolgens weer op zijn nieuwjaarstoespraak. Op het moment dat de ME eindelijk aanwezig is, zijn de rellen voorbij.

Het wordt de burgemeester van Groningen verweten dat hij zich niet persoonlijk op de hoogte heeft gesteld van de ernst van de situatie. In de media wordt hij hard aangepakt. In een interview zegt hij dat hij aftreedt als hij geen ruime steun krijgt van de gemeenteraad, omdat het handelen betreft op een voor hem belangrijk beleidsterrein. De raadsvergadering staat slechts met een kleine meerderheid achter zijn optreden en zodoende verdwijnt de burgemeester van het toneel.<sup>486</sup>

Uit de praktijk blijkt daarnaast dat de gemeentelijke wetgever soms het college van b en w bevoegd acht op terreinen die de openbare orde aangaan. De model-APV bepaalt bijvoorbeeld dat het college het verantwoordelijke bestuursorgaan is als het gaat om het verbod op het verspreiden dan wel openlijk aanbieden van geschreven stukken en afbeeldingen (*sampling*), het plaatsen van voorwerpen op of aan de weg in strijd met de publieke functie ervan of het verbod om te bedelen.<sup>487</sup>

<sup>485</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 89-90. Zie auteurs genoemd in noot 483.

<sup>486</sup> Dit voorbeeld ontleen ik aan Suyver 2000, p. 102. Zie ook: Rb. Groningen 22 januari 2003, *NJ* 2003, 169, *LJN* AF3138 en HR 9 juli 2004, *AB* 2005, 23 m.nt. GAvdV, *LJN* AO7721 en Vasterman 2004, bijlage 'De Groningse bestuurscrisis 1998.'

<sup>487</sup> *ABRvS* 6 maart 2002, *AB* 2003, 227 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder; De Jong in *Gst.* 7219 (2004), p. 679-680 en 2002, p. 31-33; Brouwer 2006, p. 8-9. Zie ook de volgende noot en de artikelen: 2:6, 2:10, 2:65 en 3:10 van de Model-Algemene Plaatselijke Verordening 2010 en de toelichting.

## Model-APV 2010 (verkort geciteerd)

### Hoofdstuk 2 Openbare orde

#### Artikel 2:6

1. Het is verboden gedrukte of geschreven stukken dan wel afbeeldingen onder publiek te verspreiden dan wel openlijk aan te bieden op door het college aangewezen openbare plaatsen.
  2. Het college kan de werking van het verbod beperken tot bepaalde dagen en uren.
- (...)

#### Artikel 2:10

1. Het is verboden de weg of een wegedeelte anders te gebruiken dan overeenkomstig de publieke functie daarvan, als:  
(...)
  2. Het bevoegd bestuursorgaan kan in het belang van de openbare orde of de woon- en leefomgeving nadere regels stellen ten aanzien van terrassen en uitstallingen.
  3. Het bevoegd bestuursorgaan kan ontheffing verlenen van het in het eerste lid gestelde verbod.
  4. Het bevoegd gezag kan een omgevingsvergunning verlenen voor het in het eerste lid bedoelde gebruik, voor zover dit een activiteit betreft als bedoeld in artikel 2.2, eerste lid, onder j. of onder k. van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.
- (...)<sup>488</sup>

#### Artikel 2:65

Het is verboden in door het college aangewezen gebieden op of aan de weg of in een voor het publiek toegankelijk gebouw te bedelen om geld of andere zaken.

Om de gescheiden competenties tussen het college van b en w en de burgemeester te verduidelijken, gebruikt Brouwer het voorbeeld van een actiegroep die onrechtmatig posters op huizen en gebouwen plakt. De posters bevatten een opruiende tekst over het Nederlandse vreemdelingenbeleid. Volgens de verordening, die zich in het hoofdstuk Openbare orde bevindt, is het college met de handhaving van het plakverbod belast. Het college kan op niet-onmiddellijke wijze ingrijpen, bijvoorbeeld via het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom. Bij deze handhavingsmiddelen dient men in beginsel aan allerlei procedurevoorschriften uit de Awb te voldoen. Mochten er nu rellen dreigen tussen de actievoerders die de poster opplakken en personen die

---

<sup>488</sup> De toelichting vermeldt dat dit artikel *het college* de mogelijkheid geeft om greep te houden op situaties die hinder of gevaar kunnen opleveren of ontsierend kunnen zijn. Voor de toepassing kan worden gedacht aan het plaatsen van reclameborden of containers.

een andere politieke mening zijn toegedaan (waarmee openbare geweldpleging ex artikel 141 Sr dreigt), dan kan alleen de burgemeester via de politie snel en doeltreffend optreden op basis van artikel 172 lid 2 Gem.wet.<sup>489</sup>

Het *exclusieve* domein van de burgemeester wordt hiermee zichtbaar: het daadwerkelijk optreden tegen concrete (dreigende) situaties opdat de rust hersteld wordt – de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Ook de toelichting van Thorbecke destijds in de memorie van toelichting bij de gemeentewet van 1851 geeft hiervoor steun:

“Zal de openbare orde, waar men haar verstoort of bedreigt, spoedig worden hersteld of gehandhaafd, het is nodig, dat in het nemen niet gedraald en het beslotene onmiddellijke uitgevoerd worde. Dit nu is eer te verwachten, wanneer de bevoegdheid tot bevelen en handelen aan één persoon, dan in geval zij aan een collegie is opgedragen.”<sup>490</sup>

Dat de burgemeester bij uitsluiting van andere organen tot onmiddellijke ordehandhaving bevoegd is, blijkt uit de bepalingen zelf waarin de wetgever specifiek de burgemeester noemt (zie artikel 172 lid 2 en 3, 174 lid 2, 175 en 176 Gem.wet).<sup>491</sup> De Jong wijst er in dit verband terecht op dat een algemene uitvoeringsbevoegdheid ontbreekt voor wat zij noemt ‘ordehandhaving in enge zin’. Vermoedelijk heeft dit te maken met het bijzondere karakter van de onmiddellijke ordehandhaving. De term ‘uitvoering’ gebruikt men gewoonlijk in relatie tot wetgeving in de zin van het uitvoeren van democratische gelegitimeerde regels hoofdzakelijk door het nemen van besluiten (in het bijzonder in de vorm van het verlenen van vergunningen en ontheffingen).<sup>492</sup> Bij de bevoegdheden in de sfeer van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde gaat het veelal om het uitvoeren van normen door de burgemeester zelf gecreëerd en bij bevel uitgevaardigd. Desalniettemin zou het bepaalde in artikel 172 lid 1 Gem.wet (‘De burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde’) kunnen fungeren als uitvoeringsbevoegdheid voor de onmiddellijke ordehandhaving. De

<sup>489</sup> Brouwer 2006, p. 8-9. De Jong kent aan haar term ‘openbare-ordehandhaving in enge zin’ een ruimere betekenis toe dan aan Brouwers ‘onmiddellijke handhaving van de openbare orde’ aangezien in haar visie competentiegeschillen blijven bestaan tussen het college en de burgemeester (De Jong 2000, p. 31 en 36). Voor het plakverbod zie artikel 2:42 Model-APV 2010.

<sup>490</sup> Francken 1851, p. 367-368. Het gaat hier om de toelichting bij artikel 184, de voorloper van de huidige noodbevelsbevoegdheid in artikel 175 Gem.wet.

<sup>491</sup> De Jong 2000, p. 31-33 en 2004, p. 679 en 680; Hennekens 2007, p. 18-19. Zie ook Van der Meulen 1993, o.a. p. 169.

<sup>492</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 121 en 123; De Jong 2000, p. 31 (zie m.n. noot 30 van haar proefschrift) en 2004, p. 679 en 680; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 293 en 405. Zie ook §3.2.3 en §5.2.3.

formulering van het eerste lid van artikel 172 en met name de toelichting op dit lid geven daar echter geen uitsluitel over.<sup>493</sup>

Bij de niet-onmiddellijke ordehandhaving bestaat er wel enige concurrentie tussen de burgemeester en het college. De hoofdregel is neergelegd in artikel 160 Gem.wet: het college van b en w is bevoegd tot het voeren van het dagelijks bestuur van de gemeente voor zover de raad of de burgemeester hier niet (duidelijk genoeg) bij of krachtens de wet mee is belast. Van oudsher is de burgemeester nadrukkelijk belast met het op reguliere wijze uitvoeren en handhaven van verordeningen in het kader van het toezicht op evenementen en voor publiek openstaande plaatsen (artikel 174 lid 3 jo. lid 1 Gem.wet).<sup>494</sup> Het college is daarmee op dit punt niet bevoegd.

De overige openbareorde-bepalingen in de APV – dus regels die geen betrekking hebben op een evenement of een voor publiek openstaande plaats – zien op het rechtsregime op openbare plaatsen (de straat, de weg). Gezien zijn taak in artikel 172 lid 1 Gem.wet om de openbare orde te handhaven, zou het logisch en systematisch zijn om ook deze verordeningen onder de verantwoordelijkheid van de burgemeester te brengen. Het eerder gebruikte voorbeeld van het plakverbod op openbare plaatsen door het college aangewezen, laat zien dat dit niet altijd het geval is; er geldt een competentiestrijd tussen het college van b en w en de burgemeester als het gaat om de overige openbare-ordevoorschriften in de APV. Ingevolge de hoofdregel is het college bevoegd voor zover de burgemeester niet bevoegd is gemaakt. Een exclusieve uitvoeringsbepaling in de Gemeentewet à la artikel 174 lid 3 jo. lid 1 Gem.wet voor de niet-onmiddellijke ordehandhaving op openbare plaatsen ontbreekt.<sup>495</sup>

### 7.3.2.2 *Burgemeester en officier van justitie*

Ordeverstoringen gaan vrijwel altijd gepaard met het plegen van strafbare feiten. In de jaren tachtig zette men de ordebevoegdheden van de burgemeester structureel in; men vroeg zich af waarom het overige bestaande wettelijke instrumentarium niet werd aangewend, bijvoorbeeld het strafrecht. In §6.3.3.1 is uiteengezet waarom het strafrecht destijds niet direct over de middelen beschikte om ordeverstoringen het hoofd te bieden. Ik kom hier zo meteen op terug.

Met de totstandkoming van de nieuwe Gemeentewet en de nieuwe Politiewet, blijft de vraag naar de verhouding van het openbare-orderecht tot het straf-

<sup>493</sup> Zie noot 484.

<sup>494</sup> ARRvS 2 februari 1989, *AB* 1989, 154 m.nt. JHvdV (Karabulut); ARRvS 21 september 1989, *AB* 1990, 444, m.nt. JHvdV; ABRvS 24 december 1998, *AB* 1999, 115, m.nt. FM (festival Nederweert live). Zie ook §5.2.3 en §5.3.5.

<sup>495</sup> Van Haaren-Dresen, *TC Gemw*, art. 160, aant. 2b en 7; Kortmann en De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, artikel 160, aant. 2.2 en 3.7 en artikel 172, aant. 2.1; Zie ook: Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 286, 292-293.

recht actueel. De burgemeester krijgt een middel om op onmiddellijke wijze op te kunnen optreden zónder dat sprake hoeft te zijn van een noodsituatie als bedoeld in artikel 175 Gem.wet. Het nieuw ingevoerde artikel 172 Gem.wet bepaalt in het tweede lid dat de burgemeester bevoegd is overtredingen van wettelijke voorschriften te beletten en te beëindigen. Omdat deze bewoordingen zo algemeen van aard zijn, dringt zich de vraag op naar de grenzen van deze bevoegdheid ten opzichte van de taak van de officier van justitie. Hij is belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (zie artikel 13 Pol.wet) hetgeen volgens de wetgever omvat de ‘daadwerkelijke voorkoming, de opsporing, de beëindiging, de vervolging en berechting van strafbare feiten, alsmede de tenuitvoerlegging van beslissingen van de rechter of het openbaar ministerie in strafzaken’.<sup>496</sup>

Een overlapping in bevoegdheden van de burgemeester en de officier lijkt mogelijk indien de overtreding van een wettelijk bepaling in het geding is en deze tevens strafbaar is gesteld. Het zijn de algemene bewoordingen van het tweede lid van artikel 172 die misleiden, omdat het onmiddellijkheidskarakter niet uit de bepaling naar voren komt (zie verder §8.4). De burgemeester is echter niet bevoegd om de overtreding van een willekeurig wettelijk voorschrift te beletten of te beëindigen. Om tot handelen over te kunnen gaan dient sprake te zijn van een *concreet en actueel ordeverstoring effect* in de publieke ruimte. Het effect ‘ordeverstoring’ is aanwezig wanneer men zich niet in vrijheid en veiligheid in de publieke ruimte kan bevinden en die niet kan gebruiken overeenkomstig haar bestemming. In §7.4.1.3, §7.4.2 en §8.2.1 ga ik hier nader op in. Er zijn specifieke omstandigheden die tot onmiddellijke ingrijpen nopen (het situatievereiste); het is niet voldoende dat er een wettelijk voorschrift in het geding is.<sup>497</sup>

Voor de officier van justitie is een concreet en actueel effect op een openbare plaats geen voorwaarde om tot handelen over te gaan; zodra een strafbaar gesteld feit voorkomen of beëindigd dient te worden – binnen of buiten –, kan hij op strafrechtelijke wijze optreden. Het strafrecht kent daarbij ruimere doelstellingen zoals het beschermen van de rechtsgemeenschap op de lange termijn door in een met waarborgen omklede procedure opzettelijk leed toe te voegen

<sup>496</sup> *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 562, nr. 3, p. 8; Michiels e.a. 1997.

<sup>497</sup> Van der Meulen 1993, p. 21 en 35-36; Hennekens 1990, p. 27, in *Gst.* 6875 (2004), p. 147 en 2007, p. 19-20; De Jong 2002, o.a. p. 22, 35-36; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 389-390, 401; Brouwer 2006 (oratie), p. 11-13. Hennekens omschrijft de effectbenadering op p. 27 als volgt: “Niet het strafbaar feit op zichzelf is grondslag om de openbare orde in het gedrang te weten, hoe strafwaardig een gedraging ook kan zijn; bepalend is wat voor gevolgen het *openbare leven* daardoor *direct* ondervindt”.

aan een individuele dader. Overige doelen zijn algemene en speciale preventie en reparatie.<sup>498</sup>

Het handelen van de burgemeester en van de officier van justitie is niet alleen te onderscheiden naar het doel dat voorop staat, maar ook naar de wijze van handhaven (zie ook §6.3.3.1 ). In de eerste plaats geldt in het strafrecht het restrictieve ouderschap als uitgangspunt, terwijl bij (grootschalige) ordeverstoringen juist groepen zijn betrokken zonder dat er een individuele dader is aan te wijzen.<sup>499</sup>

Ten tweede bestaat strafrechtelijk handelen hoofdzakelijk uit ingrijpen achteraf – in tegenstelling tot wat de wetgever moge denken. De officier van justitie kan strafbare feiten die gepaard kunnen gaan met een ordeverstoring, in de praktijk nauwelijks voorkomen; de verboden handeling moet ofwel al plaatsgevonden hebben (voor strafbare voorbereiding) ofwel zich door een begin van uitvoering hebben openbaard (voor strafbare poging). De burgemeester kan eerder ingrijpen, namelijk op het moment dat ‘slechts’ sprake is van een concrete en actuele dreiging (bijvoorbeeld als uit telefoon- of internetgedrag afkomstig van notoire hooligans het voornemen blijkt om een evenement te verstoren).

Een derde verschil in de wijze van handhaven heeft te maken met de inhoud van de bevelen die gegeven kunnen worden. De burgemeester kan op onmiddellijke wijze de orde handhaven door burgers te wijzen op bestaande normen en/of door het creëren van allerlei nieuwe verplichtingen via zogeheten normstellende bevelen. Het kan gaan om een gebiedsontzegging, een bepaalde route die gevolgd moet worden, bepaald vervoer waar gebruik van moet worden gemaakt, het verbod om gezichtsbedekkende kleding te dragen, een ontruimingsbevel, een sluitingsbevel enz. De officier van justitie komt sinds de wet Maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast – de Voetbalwet – eveneens een originele bevelsbevoegdheid toe in artikel 509hh van het Wetboek van Strafvordering. Zijn bevelsbevoegdheid is echter beperkt tot het geven van vier soorten gedragsaanwijzingen aan verdachten: een gebiedsontzegging, het verbod om contact te hebben met bepaalde personen, een meldplicht en de plicht om zich te doen begeleiden door hulpverleners.<sup>500</sup>

Dient de overtreding van strafbaar gedrag belet of beëindigd te worden waarbij sprake is van (gevaar voor) een ordeverstoring en is er een individu aan te wijzen, dan is geen sprake van concurrerende bevoegdheden tussen de twee

<sup>498</sup> De Hullu 1993 (oratie), p. 30-34 en De Hullu 2006, p. 5-6; Beleidsnota *Sancties in perspectief*, Directie Preventie, Jeugd en Sancties, Ministerie van Justitie, Den Haag: Sdu februari 2000, p. 26-29; Buruma 1993, p. 270-271 en 279. Buruma wijst er in 1993 al op dat de gedachte dat leedtoevoeging in het ene sanctiesysteem behoort (strafrecht) en herstel in het andere (bestuursrecht) achterhaald is.

<sup>499</sup> Noyon, Langemeijer, R Emmelink bij artikel 141 (openlijke geweldpleging). Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 2 november 2006, *NJF* 2007, 18, *LJN* AZ1393.

gezagdragers. De burgemeester is de enige die over de middelen beschikt om op onmiddellijke wijze de rust te doen wederkeren. Indien hij daarbij het plegen van bepaalde strafbare feiten voorkomt, dan is dat slechts een bijvangst.<sup>501</sup>

Bossche avonden – De oplopende spanning bij een slepende burenruzie in de Graafsewijk in Den Bosch culmineert in 2000 in een tragisch schietincident: tussen families ontstaat een ware vete die gepaard gaat met geweld. Er wordt besloten tot een spoedverhuizing nadat het hoofd van één van de families, Pierre Bouleij, een verdienstelijk amateur-bokser en lid van de harde kern van FC Den Bosch, zijn buurvrouw een duw geeft en een stuk hout door haar raam gooit. Op de dag van de verhuizing gaat het mis en de politie wordt ingeschakeld. De omstandigheden ter plekke leiden er uiteindelijk toe dat Bouleij door een politieagent wordt neergeschoten. Een paar uur later trekt een groep bestaande uit 20 personen, vrienden van Bouleij, op naar zijn huis waar politie en justitie onderzoek aan het doen zijn. De groep begint met het schelden, begint te provoceren en gaat vervolgens over tot het gooien van stenen naar de politie.<sup>502</sup>

De (dreigende) overtreding van de strafbepalingen vernieling (artikel 350 Sr), mishandeling (artikel 300 Sr) en openlijke geweldpleging (artikel 141 Sr) leveren in dit geval een gevaar voor de openbare orde op. De officier van justitie is verantwoordelijk voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Alleen de burgemeester kan voor rust zorgen door onmiddellijk de ME in te schakelen en de geplande wedstrijd FC Den Bosch tegen VVV die avond te verbieden. 's Avonds en een aantal dagen later – de ongeregelde hielden aan – kondigt de burgemeester een noodbevel af dat de relschoppers verbiedt om bivakmutsen te dragen.<sup>503</sup>

### 7.3.3 Tussenconclusie

In §7.2 is de totstandkoming beschreven van de bijzondere rechtsfiguur ‘onmiddellijke handhaving van de openbare orde’ zoals neergelegd in artikel 5:23 Awb. In de vorige paragraaf heb ik beargumenteerd waarom het oude onderscheid in gewone en buitengewone middelen moet worden losgelaten. Gezien de aard van de bevoegdheden, de grote wetsystematische voordelen en een duidelijkere competentieverdeling, verdient het de voorkeur het soort ordehandhaving van de burgemeester onder te verdelen in onmiddellijke en niet-onmiddellijke wijze van handelen.

Onder onmiddellijke handhaving van de openbare orde verstaat de wetgever het preventief en repressief handelen in een situatie waarin sprake is van een *concrete* ordeverstoring of waarin *concrete aanwijzingen* bestaan van een drei-

<sup>500</sup> Zie Hoofdstuk 8 en *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 467, nr. 3, p. 19-20.

<sup>501</sup> Brouwer 2006 (oratie), p. 11-13.

<sup>502</sup> Zie vorige noot en COT Instituut voor Veiligheids- en Crisismanagement, *Bossche avonden*, juni 2001, o.a. p. 1, 2, 13-14, 33, 38 en 41.

<sup>503</sup> Zie vorige noot.



ging daartoe. Het bijvoeglijk naamwoord ‘onmiddellijke’ zegt daarmee iets over de specifieke hoedanigheid van ordehandhaving: Dit type ordehandhaving is incidenteel en direct van aard, de ordemaatregelen zijn weinig democratisch gelegitimeerd en niet onverkort Awb-plichtig. Reguliere (of niet-onmiddellijke) ordehandhaving daarentegen is bestuurlijk handelen waarbij direct ingrijpen niet noodzakelijk is. Dit tweede type handelen is Awb-plichtig voor zover het toezicht, uitvoering en beleid betreft (niet surveillance) en kenmerkt zich door een continue bestuursarbeid waaromtrent de burgemeester beleid vormt en uitvoert.

Onmiddellijke ordehandhaving	Niet-onmiddellijke ordehandhaving
172 lid 2 Gem.wet 172 lid 3 Gem.wet 174 lid 2 Gem.wet 175 Gem.wet 176 lid 1 Gem.wet 4 lid 2 Wet veiligheidsregio's (173 Gem.wet-oud)	Algemene, bestuurlijke voorkoming van strafbare feiten door <i>in elk geval</i> :  Toezicht ex art. 174 lid 1; Uitvoeren van verordeningen ex artikel 174 lid 3 en lid 1 Gem.wet; Bestuurlijke preventieprojecten; Surveillance.

Schematisch ziet de onderverdeling er als volgt uit.

Tabel 8: Indeling onmiddellijke en reguliere ordehandhaving

In de volgende subparagrafen sta ik nader stil bij de deelbegrippen ‘openbare’ en ‘orde’.

## 7.4 Openbare orde

Het begrip ‘openbare orde’ is verworden tot een containerbegrip. Dit houdt in dat het begrip in elke context een andere betekenis kent en daarmee in feite een leeg begrip is – een ‘afvalbak’ voor taal. Het verzamelen en analyseren van alle betekenissen van de term ‘openbare orde’ levert daarom een proefschrift op zichzelf op.<sup>504</sup> Voor dit onderzoek blijft de context beperkt tot de reikwijdte van het bepaalde in artikel 5:23 Awb. De term ‘openbare orde’ komt daarnaast expliciet voor in artikel 172 (lid 1 t/m 3) en in artikel 175 Gem.wet. In het laatstgenoemde artikel zit het begrip eveneens ingebakken in de woorden ‘ernstige wanordelijkheden’.

Om het begrip ‘openbare orde’ helder af te bakenen, splits ik het op in de onderdelen ‘openbare’ en ‘orde’. Het woord ‘orde’ ziet op een toestand van rust

indien men zich aan bepaalde normen houdt. Slechts in het geval van een ordeverstoring (van enige betekenis), dient de burgemeester zijn onmiddellijke bevoegdheden in te zetten. Een ordeverstoring is een ongewenst effect op het niveau van rust voor burgers als gevolg van menselijk handelen. De oorzaak van het ongewenste effect kan ook in de natuur liggen – dit associeert men doorgaans met een ramp of zwaar ongeval. Hoewel er in de praktijk geen strikt onderscheid wordt aangehouden tussen openbare-orderecht en rampenrecht, moet men beide categorieën niet met elkaar vereenzelvigen. In dit onderzoek zijn alleen situaties van belang die voor vergelijking met bestuursdwang in aanmerking komen. Bij een ramp of ongeval is het voor optreden door de burgemeester niet nodig dat er een wettelijk voorschrift wordt overtreden.<sup>505</sup>

Het bijvoeglijke naamwoord ‘openbare’ is het meest problematisch en wordt door jurisprudentie en wetgever inconsequent gehanteerd. In de context van dit onderzoek ziet dit woord op de plaatsen wáár de orde en rust dienen te zijn verstoord alvorens de burgemeester zijn onmiddellijke ordebevoegdheden kan inzetten.

#### 7.4.1 ‘Openbare’

Er zijn grofweg vijf betekenissen van het woord ‘openbare’ die ik hier wil benoemen. De analyse laat zien dat de wetgever deze term in verschillende betekenissen hanteert.

##### 7.4.1.1 *Wezenlijke waarden*

In de eerste plaats kan ‘openbare’ betrekking hebben op *wezenlijke waarden* in een positief rechtstelsel. Het internationaal privaatrecht hanteert het begrip ‘openbare orde’ in deze betekenis.<sup>506</sup> Een voorbeeld hiervan is artikel 3 van de Wet conflictenrecht huwelijk waarin is bepaald dat er geen huwelijk mag worden voltrokken ‘indien die voltrekking onverenigbaar zou zijn met de openbare orde’ (zoals het geval is bij polygamie). Het is duidelijk dat openbare orde in deze context slaat op regels van moraal.

<sup>504</sup> Smeets in *NJB* 1966, p. 725-728; Dolle, Elzinga & Engels 2004, p. 398. Zie ook ‘containerwoorden’ op de site [www.vaagtaal.nl](http://www.vaagtaal.nl) onder ‘vaagtaal’ en ‘vaagtaalsymptomen’ (laastelijk geraadpleegd 13 juni 2011). Zie ook Smidt 1891, deel II, p. 69.

<sup>505</sup> *Kamerstukken II* 1981-1982, 16 978, nr. 3, o.a. p. 10; *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 481, nr. 3, o.a. p. 5; Muller & Stolker 2001, o.a. p. 2 en 75-77. Zie bijvoorbeeld: ABRvS 14 januari 2009, *JB* 2009, 56, m.nt. M.A.D.W. de Jong, *JG* 2009, 0028 m.nt. LDR (noodbevel Westland).

<sup>506</sup> Conclusie P-G Langemeijer bij HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107 m.nt. B.V.A.R. (processieverbod Geertruidenberg); Strikwerda 2005, p. 57 (zie 9<sup>e</sup> druk uit 2008).

Deze betekenis van het begrip komt ook in het strafrecht voor. Specifiek voor het begrip ‘openbare orde’ zijn twee titels van belang, te weten Titel V van boek 2, getiteld ‘Misdrijven tegen de openbare orde’ en Titel II van boek 3 waarin de ‘Overtredingen betreffende de openbare orde’ te vinden zijn. In beide titels zijn bepalingen te vinden waaruit blijkt dat de wetgever ‘openbare’ ook opvat in de zin van wezenlijke waarden.<sup>507</sup> Zo acht men privacy een zodanig hooggewaardeerd rechtsgoed dat een aantal bepalingen die het privéleven beogen te beschermen, in deze titel is opgenomen. Het betreffen bepalingen die beogen woningen, computers en openbare lokalen te beschermen tegen indringers (artt. 138 t/m 139 Sr, 429quinquies en 429 sexies Sr) en bepalingen die zien op het onrechtmatig af luisteren van gesprekken, aftappen van gegevens en het verbod op het maken van afbeeldingen (artt. 139a-139g Sr en 441-441b Sr). Een ander voorbeeld zijn bepalingen waaruit blijkt dat de wetgever de waardigheid van personen tot de openbare orde rekent (zie de anti-discriminatiebepalingen van artt. 137c t/m 137g Sr en 429quater Sr).<sup>508</sup>

#### 7.4.1.2 Voor publiek waarneembaar

Een belangrijke tweede betekenis van het begrip ‘openbare’ is *voor publiek waarneembaar*. De hiervoor aangehaalde titels bevatten meerdere voorbeelden van strafbaar gestelde gedragingen waarbij van deze betekenis sprake is zoals de gedraging in artikel 131 Sr (‘Hij die in het openbaar opruit’) en in artikel 435a Sr (‘Hij die in het openbaar kledingstukken draagt die uitdrukking geven aan een bepaald staatkundig streven’). De term ‘openbaar’ wordt gebezigd in de zin van ‘openlijk’ in bijvoorbeeld artikel 141 Sr (‘Zij die openlijk in vereniging geweld plegen’) en artikel 441a Sr (‘Hij die openlijk de aandacht vestigt op de geschiktheid van een voorwerp voor het heimelijk af luisteren e.d.’).

In deze context duidt ‘openbare’ niet op de plaats waar het strafbare feit is bedreven, maar op de omstandigheid dat het gepleegd wordt in bijzijn van publiek; de gedraging wordt waargenomen door personen wier toevallige tegenwoordigheid wordt vermoed. Het publiek bestaat in eerste instantie uit alle personen die zich op de straat of de weg bevinden of kunnen waarnemen wat daar voorvalt en uit hen die zich op algemeen toegankelijke plaatsen bevinden of ‘de

<sup>507</sup> Van oudsher betreffen de misdrijven tegen de openbare orde, zo ook de overtredingen als pendant hiervan, gedragingen die gevaar opleveren voor het maatschappelijke leven en de natuurlijke orde der maatschappij verstoren. In veel gevallen, met name bij Titel II van boek 3, heeft de wetgever later bepalingen toegevoegd die duiden op de eerste betekenis van ‘openbare’ (Smidt 1891, deel II, p. 65 en zie Inleiding van Noyon, Langemeijer, Rummelink en T&C Sr Inleidende opmerkingen, aant. 6 bij bij Titel II van boek 3).

<sup>508</sup> Noyon, Langemeijer, Rummelink, Titel V, boek 2, Inleiding, aant. 1 en Titel II, boek 3, Inleiding, aant. 1; T&C Sr, Titel V, boek 2, Inleidende opmerkingen, aant. 1 en Titel II, boek 3, Inleidende opmerkingen, aant. 1.

toegang voortdurend dan wel tijdelijk openstaat, onverschillig of de toegankelijkheid aan enige voorwaarde, betaling van entree of iets dergelijks, verbonden is'. Er is echter ook sprake van opruiing in het openbaar als een spreker tot discriminatie aanzet op een besloten partijbijeenkomst waar journalisten aanwezig zijn. De spreker heeft zich dan minstens willens en wetens blootgesteld aan aanmerkelijke kans dat zijn uitlatingen zouden worden gepubliceerd en ter kennis van het publiek zouden komen. De strafbare gedraging, zoals het opruien of het in vereniging geweld plegen, kan dus op elke plek plaatsvinden als de omstandigheden maar zodanig zijn dat de gedraging tot het publiek is gericht en door het publiek kan worden geconsumeerd.<sup>509</sup>

#### 7.4.1.3 Voor publiek toegankelijk (niet-besloten)

De derde strekking van de term 'openbare' is voor dit onderzoek het meest van belang en komt daarom het meest uitgebreid aan bod. Het gaat om de betekenis van het woord 'openbare' in artikel 5:23 Awb en in de relevante onmiddellijke ordebevoegdheden. In deze context zegt de term iets over de plaats wáár de burgemeester op onmiddellijke wijze kan handhaven: de publieke ruimte. Het gaat hierbij niet zozeer om ordeverstoringen in deze publieke ruimte, als wel om 'de effecten' die rechtstreeks daarvan op deze plekken voelbaar zijn.<sup>510</sup>

Het woord 'openbare' duidt op de ruimte die voor publiek toegankelijk is; de burgemeester kan de orde en rust op onmiddellijke wijze handhaven op plekken die voor een onbeperkt aantal personen open staan en waar mensen zowel met als zonder specifiek doel kunnen komen. Simpel gezegd betreft het ruimtes waar een ieder kan deelnemen aan een bijeenkomst van mensen.<sup>511</sup> De betekenis voor *publiek toegankelijk* van de term 'openbare' in de context van dit onderzoek, wordt in overkoepelende zin gebruikt. Verwarrend genoeg kan de publieke ruimte vervolgens weer gesplitst worden in de subcategorieën 'openbare' plaatsen en plaatsen die met een zeker doel voor publiek openstaan. Ondanks enige

<sup>509</sup> Smidt 1891, deel II, p. 68; Van Banning 1958, p. 45; Suurmond 1983, p. 66 Noyon, Langemeijer, Rimmelink, art. 131 Sr, aant. 5, art. 141 Sr, aant. 3, art. 435a Sr en art 441 Sr.; T&C Sr, art. 131 Sr, aant. 9, art. 141 Sr, aant. 10, artikel. 435a, aant. 7a.

<sup>510</sup> Hennekens 1990, p. 27, in *Gst.* 6875 (2004), p. 147 en 2007, p. 19-20; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 389-391. Hennekens omschrijft dit in zijn proefschrift op p. 27 als volgt: "Niet het strafbaar feit op zichzelf is grondslag om de openbare orde in het gedrang te weten, hoe strafwaardig een gedraging ook kan zijn; bepalend is wat voor gevolgen het *openbare leven* daardoor *direct* ondervindt". Zie verder §7.4.2.

<sup>511</sup> Van der Meulen 1993, p. 21-26 en 36; De Jong, Kummeling & Burkens 1994, o.a. p. 174; De Jong 2000, p. 10-11 en 21-23; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 389-391; Brainich von Brainich Felth 2006 in TC OO&V bij artikel 172, aant. 2b). Hierbij geldt hoe groter de schare mensen, hoe groter het risico op ordeverstoringen, zie Van Leiden, Arts en Ferwerda, *Rellen om te reellen*, Amsterdam: Read Business 2009, hoofdstuk 2, in het bijz. p. 34 en 37.

niet onbelangrijke verschillen tussen beide soorten plaatsen, blijft het gemeenschappelijke kenmerk de toegankelijkheid voor het publiek. In §7.4.1.4 ga ik in op de betekenis van het woord ‘openbare’ als subcategorie.

### Verschillende soorten plaatsen

Een plaats kan openbaar – in de overkoepelende betekenis voor publiek toegankelijk – zijn door bestemming of vast gebruik. De algemeen toegankelijke bestemming van de plaats wordt door de rechthebbende aan de plek gegeven, blijkt uit een besluit of blijkt uit de bedoeling van de inrichting. Als men een plek een zekere tijd aanwendt overeenkomstig een openbare bestemming en de gerechtigde deze feitelijke situatie toestaat, ontstaat openbaarheid door vast gebruik. De eigendom van een openbare plek is in beginsel dus niet relevant voor openbaarheid in deze betekenis. Wel is het zo dat indien een particulier een openbare bestemming geeft bijvoorbeeld aan een weg, altijd medewerking nodig is in de vorm van een besluit afkomstig van de gemeenteraad (artikel 5 Wegenwet).<sup>512</sup> In dit kader bepaalt artikel 4 lid 1 van de Wegenwet:

“Een weg is openbaar:

- I. wanneer hij, na het tijdstip van dertig jaren vóór het in werking treden van deze wet, gedurende dertig achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest;
- II. wanneer hij, na het tijdstip van tien jaren vóór het in werking treden van deze wet, gedurende tien achtereenvolgende jaren voor een ieder toegankelijk is geweest en tevens gedurende dien tijd is onderhouden door het Rijk, eene provincie, eene gemeente of een waterschap;
- III. wanneer de rechthebbende daaraan de bestemming van openbaren weg heeft gegeven.”

De straat, de weg,<sup>513</sup> een plantsoen of een park zijn voorbeelden van *openbare plaatsen*. Deze plekken zijn voor het publiek toegankelijk zonder dat de rechthebbende enige voorwaarde stelt aan de toegang tot het terrein. Uiteraard kunnen er wel voorwaarden zijn verbonden aan het gebruik van deze plekken. Denk aan het aangeliend houden van de hond, het niet betreden van het gras, het wandelen of fietsen uitsluitend op verharde paden, het verbod op naaktzonnen, het verbod op open vuur etc. Het belangrijkste kenmerk van dit type openbare

<sup>512</sup> Hennekens 2001, p. 29-32. Een besluit is niet nodig als het de overheid zelf is die als rechthebbende een weg tot een openbare weg bestemt.

<sup>513</sup> Krachtens artikel 1 Wegenverkeerswet 1994 wordt onder een ‘weg’ verstaan: alle voor het openbaar verkeer openstaande wegen of paden met inbegrip van de daarin liggende bruggen en duikers en de tot die wegen behorende paden en berm en zijkanten.

plaats, is dat een ieder zich daar kan bevinden en men het terrein mag gebruiken zo hij wil – binnen de grenzen van de wet natuurlijk.

Er zijn ook plaatsen die voor het publiek toegankelijk zijn waar een ieder mag komen met een bepaalde aan de functie van de plaats gebonden doel. Hierbij valt te denken aan: winkels, restaurants, cafés, discotheken, musea, benzinepompstations, dierentuinen, vrij toegankelijke delen van ziekenhuizen en universiteiten, bibliotheken en begraafplaatsen, maar ook evenementlocaties en bepaalde recreatiegebieden (naaktstrand, skatepark). Het gebruik van deze ruimtes en terreinen is daarmee doelgebonden.

Inherent aan deze *voor publiek openstaande plaatsen*, is dat de rechthebbende zowel de toegang als het gebruik van deze plaatsen aan nadere voorwaarden kan verbinden. Bij voorwaarden gesteld aan de toegang, kan men denken aan het betalen van een prijs, het in bezit zijn van een plaatsbewijs en/of het beschikken over een bepaalde kwaliteit (bijvoorbeeld toelating van personen vanaf een bepaalde leeftijd of met bepaalde kleding aan). Hoewel dit type plaats daardoor openstaat voor een specifiek publiek, omvat deze groep een onbeperkt aantal personen. Zo kan iedereen die heeft betaald, een kaartje heeft, achttien jaar of ouder is of gepaste zwemkleding draagt, deel uit maken van deze groep en als zodanig is de plaats voor publiek toegankelijk (niet-besloten).<sup>514</sup>

Onbeperkt aantal personen – Ter illustratie kan de zaak *APV Eindhoven* genoemd worden. Een Eindhovense ondernemer in de jaren zestig huurt een stuk onbebouwde grond met als doel aldaar een benzinepompinstallatie op te richten en te exploiteren. Om onder een vergunning uit te komen, voert hij aan dat het terrein niet valt onder de term ‘een open plaats, voor publiek toegankelijk’; hij is van plan de plek van het trottoir af te sluiten o.a. door het bevestigen van een slagboom. De Hoge Raad maakt korte metten met dit verweer. Een ondernemer die een pompstation – een voor publiek toegankelijke plaats – wil exploiteren dient te accepteren dat alle benzinebehoevende automobilisten, ook zonder bijzondere toestemming of machtiging, vrije toegang tot het pompterrein zullen hebben. Een lonende exploitatie van de op te richten pomp zou anders vrijwel zijn uitgesloten.<sup>515</sup> Het doelgebonden gebruik van een pompstation houdt in dat deze plaats open staat voor elke benzinebehoevende persoon.

Het is dus de rechthebbende van een plaats die op deze plek de scepter zwaait. De rechthebbende kan zijn de rijksoverheid, de provincie, de gemeente of een ander publiekrechtelijk rechtspersoon zoals een universiteit, diegene die een horecagelegenheid, winkel, dierentuin e.d. in eigendom hebben, maar ook orga-

<sup>514</sup> *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 723, nr. 3, p. 5 (MvT); *Kamerstukken II* 1967-1968, 9649, nr. 3, p. 4 (MvT bij totstandkoming 139f Sr); Noyon, Langemeijer, R Emmelink, art. 441b Sr, aant. 4.

<sup>515</sup> HR 28 april 1967 *NJ* 1967, 220; Suurmond 1983, p. 37-38. Voor onderscheid ‘openbare plaats’ en ‘voor publiek toegankelijke plaats’ zie ook noot 516.

nisatoren van evenementen en vermakelijkheden. Indien een persoon zich niet aan de gestelde voorwaarden houdt of zich met een afwijkend doel op de voor publiek openstaande plaats bevindt, kan de rechthebbende hem de toegang ontzeggen eventueel met hulp van de sterke arm.

Weigeren toegang – Dat de rechthebbende van een voor publiek openstaande plaats, een persoon de toegang kan weigeren, blijkt uit de *Zweetvoeten*-arresten. Een 40-jarige Rotterdammer bezoekt in 2001 en 2002 respectievelijk de bibliotheken van de Erasmus Universiteit en de TU Delft. Nadat studenten aanhoudend klagen over de enorme stankoverlast die de man produceert, wordt hem in beide gevallen de toegang tot de universiteitsbibliotheek ontzegd. De stank wordt veroorzaakt door de zweetvoeten van de Rotterdammer, die gezien zijn aandoening maar wat graag zijn schoenen uittrekt. De man overtreedt de opgelegde verwijderingsverboden bewust, omdat hij meent dat hem onterecht de toegang tot een openbare ruimte wordt ontzegd. Hierop wordt hij vervolgd voor het wederrechtelijk binnendringen in een voor de openbare dienst bestemd lokaal en het niet op vordering van een bevoegd ambtenaar aanstonds verwijderen (lokaalvredebreuk ex 139 Sr).

Het Hof meent echter dat in het geval van een universiteitsbibliotheek niet gesproken kan worden van een volledig openbaar karakter in die zin dat ook overlastgevend gedrag moet worden getolereerd. Daarbij heeft een medewerker van de beveiliging van een universiteit te gelden als ambtenaar in de zin van artikel 139 Sr. De zweetvoetenman wordt uiteindelijk veroordeeld tot een geldboete en zijn beroep in cassatie wordt verworpen.<sup>516</sup>

### **Inconsequent gebruik terminologie wetgever**

De wetgever hanteert de begrippen ‘voor publiek toegankelijk’ en ‘openbare’ verre van consequent. Van oudsher worden deze termen in het openbare-orde recht als synoniemen gebruikt (zie §5.2.3 ). Dat de wetgever beide termen op dit gebied inwisselbaar acht, blijkt uit de geschiedenis en de huidige uitleg van artikel 174 Gem.wet. De gemeentewet van 1851 bepaalde dat de burgemeester bevoegd was om met behulp van de sterke arm de orde te handhaven bij ‘voor publiek toegankelijke samenkomsten’ en ‘openbare vermakelijkheden’. Sinds de inwerkingtreding van de Gemeentewet van 1992 spreekt de wetgever in artikel 174 echter van ‘openbare samenkomsten en vermakelijkheden’. De uitleg is hierbij gelijkkluidend gebleven. Met een openbare samenkomst of vermakelijkheid doelt men op een gebeurtenis die openstaat voor een onbepaalde groep personen en waarbij niet zelden vermaak het doel is. Hierbij is niet van

<sup>516</sup> HR 18 mei 2004, *LJN* AO2599 en HR 12 oktober 2004, *NJ* 2004, 662, *LJN* AP4260; “Boete voor zweetvoeten”, *Trouw* 11 april 2003; S. Bongers, “De ‘zweetvoetenman’ is terug”, *TU Delta* 29 januari 2009; J. Blauw en H. Hamer, “Een wet tegen rotte appels”, *UK* 5 februari 2009, p. 5.

belang of sprake is van een toegangsprijs of van andere toelatingsvoorwaarden. Men kan denken aan: optochten, persconferenties, wandeltochten, braderieën, kermissen, concoursen, voetbalwedstrijden en evenementen als festivals en hou-separty's.<sup>517</sup>

Openbaar en voor publiek toegankelijk – Over het ontstaan van dit onderscheid is weinig bekend. In §5.2.3 van hoofdstuk 5 is Suurmond aangehaald die uitlegt dat men begin negentiende eeuw met de term 'openbaar' alleen – in de zin van geen privéterrein – niet uitkwam. Opdat men niet langer de zorg wil hebben voor de kosten van onderhoud, stellen particulieren gedeelten van hun eigendom open voor publiek. De Hoge Raad maakt een einde aan het opdringen van terrein aan de overheid door te bepalen dat openbaarheid van de weg slechts kan ontstaan door of met de wil van de overheid. Volgens de auteur is zo het onderscheid ontstaan; 'openbaar' doelt op de toegankelijkheid voor het publiek dat afhankelijk is gesteld van de wil van de overheid en de term 'voor publiek toegankelijk' doelt op terrein open gesteld voor publiek waarbij slechts de wil van de particuliere eigenaar van belang is.<sup>518</sup>

Ook heden ten dage associeert men de term 'openbaar' in sommige gevallen alleen met de weg en de straat e.d. en 'voor publiek toegankelijk' slechts met gebouwen die doelgebonden gebruikt worden (café, winkel, discotheek). Met de eerste term doelt men dan op 'juridische openbaarheid' en met de laatste term op 'feitelijke openbaarheid'.<sup>519</sup>

In de Wet openbare manifestaties (de Wom), artikel 151c Gem.wet jo. de Wet cameratoezicht beschouwt de wetgever alleen als 'openbaar': de straat, de weg, vrij toegankelijke plantsoenen, speelweiden en parken, waterwegen en recreatieplassen e.d. De term 'openbare' ziet hier op de subcategorie van plaatsen die bestemd zijn voor direct gebruik door het publiek waarbij het gebruik van de ruimte niet aan een specifiek doel is verbonden. Alleen op deze plaatsen mogen de gemeenteraad en burgemeester een manifestatie nader reguleren en vaste camera's ophangen. Onder 'niet-openbare plaatsen' vallen andere voor publiek toegankelijke plaatsen (zoals voor publiek openstaande gebouwen als winkels en discotheken en evenementen), besloten plaatsen (zoals verenigingen en sociëteiten) en woningen. In §7.4.1.4 ga ik in op deze betekenis van de term 'openbare'.<sup>520</sup>

<sup>517</sup> Voorlopers van artikel 174 Gem.wet, betreffen artikel 221 en artikel 188, zie §8.7, §5.2.3 en §5.3.5 en §5.4. Sinds 1988 vindt het toezicht door de burgemeester op openbare samenkomsten waarbij het uiten van een mening centraal staat, plaats op grond van de Wet openbare manifestaties (Wom).

<sup>518</sup> HR 3 februari 1928, *NJ* 1928, 700 (Dalfsen); Suurmond 1983, p. 37.

<sup>519</sup> Zie de site van de VNG 'Vragen en antwoorden Wegenwet/Openbaarheid van wegen' (laatstelijk geraadpleegd 13 juni 2011).

<sup>520</sup> *Kamerstukken II 1985-1986*, 19427, nr. 3, p. 15-17 en 22 (MvT); *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 440, nr. 3 (MvT), p. 8. Zie ook: *Kamerstukken II 2000-2001*, 23 732, nr. 3, p. 1 (MvT); Van Veen 1997, p. 56 en zie verder §7.4.1.4.



Bij de behandeling van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast heeft de regering het weer over de overkoepelende term ‘voor publiek toegankelijke plaatsen’ die zowel ziet op openbare plaatsen als de straat en de weg e.d. als op plaatsen die voor publiek openstaan in het kader van een bepaald doel. Dit wordt als volgt verwoord:

“Het begrip ‘voor het publiek toegankelijke plaats’ is inderdaad ruimer dan het begrip ‘openbare plaats’ (...). Een openbare plaats is een plaats die krachtens bestemming of vast gebruik openstaat voor het publiek (de straat, de weg, openbare plantsoenen en parken, speelweiden e.d.). Openbare plaatsen zijn tevens voor het publiek toegankelijke plaatsen. Onder voor het publiek toegankelijke plaatsen worden daarnaast echter ook verstaan plaatsen die openstaan voor het publiek, maar waarvan het verblijf door de gerechtigde aan een bepaald doel is verbonden en die soms slechts tegen betaling en/of op bepaalde tijdstippen toegankelijk zijn. Voorbeelden zijn: stadions, postkantoren, warenhuizen, restaurants, gemeentehuizen, parkeergarages e.d.”<sup>521</sup>

### **Besloten plaatsen en woningen**

Hoewel een concreet ordeverstoring effect in de publieke ruimte centraal staat, betekent dit niet dat de burgemeester overal op onmiddellijke wijze mag ingrijpen zodra dit effect op een openbare plek voelbaar is. Op besloten (niet-voor publiek toegankelijke) plaatsen, zoals bedrijfsruimtes en woningen,<sup>522</sup> kan de burgemeester zijn onmiddellijke ordebevoegdheden in beginsel niet inzetten. Dit heeft te maken met fundamentele rechten als het recht op privacy en het huisrecht. Deze regel lijdt uitzondering als de grondwettelijke beperkingssystematiek een inbreuk op deze rechten toelaat.

Voor wat betreft het ontruimen van besloten plaatsen en woningen lijken er vandaag de dag voor de burgemeester twee mogelijkheden te bestaan. Om te beginnen is dit mogelijk op grond van de sluitingsbevoegdheid in artikel 174a Gem.wet die de wetgever in 1997 specifiek heeft gecreëerd. Er dient sprake te zijn van een verstoring van de openbare orde rondom deze plekken door gedragingen in de woning, het lokaal of het erf. Dit artikel is ontstaan nadat gemeentelijke organen via een verordening woningen hadden geprobeerd te sluiten van

<sup>521</sup> Noot van W.F. Prins bij HR 28 april 1967, *NJ* 1967, 220; Suurmond 1983, p. 37-38; Hennekens in *Gst.* 7076 (1998), p. 284; *Kamerstukken I* 2009-2010, 31 467, nr. C, p. 11 (MvA).

<sup>522</sup> *Kamerstukken II* 2000-2001, 23 732, nr. 3, p. 10-11. Zie ook: Noyon, Langemeijer, Remmelink bij artikel 138, aant. 2-10, bij artikel 139f Sr, aant. 4. In dit verband bestaat het voornemen van de regering om via het aanpassen van de gedoogcriteria van coffeeshops besloten clubs te maken om overlast en drugstoerisme terug te dringen. De toegang tot coffeeshops wordt verbonden aan een clubpas en de regering maximeert het aantal leden die meerderjarig moeten zijn en inwoner van Nederland (*Kamerstukken II* 2010-2011, 24 077, nr. 259 en 2011-2012, nr. 265).

waaruit personen (hard)drugs dealen. De Afdeling gaf echter aan dat de grondwettelijke beperkingssystematiek dit niet toestond; een beperking van het recht op de persoonlijke levenssfeer in artikel 10 Grondwet was alleen toelaatbaar op basis van een wet in formele zin. Artikel 174a Gem.wet valt buiten het bestek van dit onderzoek, omdat het geen onmiddellijke bevoegdheid is ter handhaving van de openbare orde in de zin van artikel 5:23 Awb. De wetgever heeft de bestuursdwangregeling hierbij gedeeltelijk van toepassing verklaard (zie artikel 174a lid 4 en lid 6 Gem.wet).<sup>523</sup>

Artikel 175 Gem.wet zou een tweede mogelijkheid voor de burgemeester kunnen zijn om toch in te kunnen grijpen op besloten plaatsen en in woningen. Lange tijd is aangenomen dat het ontruimen van een kraakpand onder Lucky Luijk-achtige omstandigheden mogelijk is bij een ‘ernstige’ wanordelijkheid (of een ernstige vrees voor) in de zin van artikel 175 Gem.wet waarbij er een rechtstreeks verband bestaat tussen het gedrag dat (deels) in een besloten ruimte plaatsvindt en het ernstig ordeverstorende effect in de publieke ruimte.<sup>524</sup>

De huidige stand van het recht is echter allerminst helder. De Hoge Raad heeft in 2009 uitgemaakt dat voor *strafrechtelijke* ontruiming van kraakpanden een specifieke formele rechtsgrondslag noodzakelijk is. In het arrest werd aangegeven dat men van strafrechtelijke ontruiming moest onderscheiden ontruiming op last van de burgemeester in verband met verstoring van de openbare orde en ontruiming krachtens een vonnis van de burgerlijke rechter. Vervolgens creëert de wetgever de benodigde wet in formele zin; op grond van de Wet kraken en leegstand wordt het kraken van panden strafbaar en krijgt de officier van justitie de bevoegdheid om aan de politie de ontruiming van een gekraakt pand te bevelen. Eind 2011 geeft de Hoge Raad echter aan dat de *McCann*-jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) in acht moet worden genomen bij ontruiming. Dit betekent dat degene op wiens huisrecht een inbreuk wordt gemaakt of dreigt te worden gemaakt,

<sup>523</sup> ABRvS 28 augustus 1995, *AB* 1996, 204, m.nt. L.J.J. Rogier, *Gst.* 1995 (7019), nr. 5 m.nt. Hennekens en *JB* 1995, 331 m.nt. AWH (Gesloten verklaring Venlo); ABRvS 21 november 1996, *AB* 1997, 18 m.nt. FM; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, artikel 174a; *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 699, nr. 3 (MvT); Brouwer & Vols in *Gst.* 2010, 79. Zie ook: ABRvS 13 oktober 2010, *AB* 2010, 330 m.nt. F.R. Vermeer en de volgende noot.

<sup>524</sup> HR 21 januari 1983, *NJ* 1983, 252 m.nt. JAB (Lucky Luijk) en §6.2; ARRvS 14 juni 1979, *AB* 1980, 158 m.nt. P. Nicolai; Hennekens 1990, p. 21-23 en 2007, p. 11-13; Rb. Amsterdam 10 mei 2007, *LJN* BA5123; T&C Gemeentewet, artikel 175, aant. 1c; Jurgens in *NTB* 2010, 44. Zie ook: NO 19 november 1987, *AB* 1988, 435 m.nt. Dulek-Schermers (noodbevel in verband met bezoek van de paus); Rb. Leeuwarden (vzr.) 14 oktober 2005, *LJN* AU4361 en 19 oktober 2005, *LJN* AU5033 (ontruimingsbevel Opsterland); scriptie van M. Schuckink Kool, *De rechtspositie van krakers jegens de overheid. De bevoegdheden van de overheid tegen krakers in theorie en praktijk* (scriptie OU, 2001), online te vinden via [www.voor-recht.nl/scriptie/scriptie.html](http://www.voor-recht.nl/scriptie/scriptie.html) en zijn aanvullingen sindsdien – ook online te vinden (laatstelijk geraadpleegd op 18 juli 2010).

de proportionaliteit van de maatregel aan de rechter moet kunnen voorleggen en dat er toereikende procedurele waarborgen dienen te bestaan. Duidelijk is dat bij een strafrechtelijke ontruiming in elk geval vóór een mogelijkheid tot rechterlijke toetsing moet worden geboden. Voor wat betreft een ontruiming in het kader van het handhaven van de openbare orde, meldt de Hoge Raad alleen dat ‘onder bijzondere omstandigheden, zoals indien de openbare veiligheid tot onverwijldde ontruiming noopt, niet aan (elk van) de gestelde vereisten behoeft te worden voldaan.’<sup>525</sup>

#### 7.4.1.4 Plaats bestemd voor direct niet-doelgebonden gebruik (de straat, de weg e.d.)

In deze paragraaf ga ik in op de vierde betekenis van de term ‘openbare’. Deze betekenis ziet op een subcategorie aan plaatsen die in de paragraaf hierboven al aan bod kwam. In deze context duidt ‘openbare’ alleen op de straat, de weg e.d., dat wil zeggen plaatsen die bestemd zijn voor direct gebruik door het publiek waarbij het gebruik van de ruimte niet aan een specifiek doel is verbonden. De wetgever hanteert de term ‘openbare’ in deze betekenis in de Wom, artikel 151c Gem.wet jo. de Wet cameratoezicht op openbare plaatsen.

Het direct gebruik houdt in dat de eigenaar van deze plek geen toestemming hoeft te verlenen voor het betreden ervan (ook niet in de vorm van een meldingsplicht of de heffing van een toegangspijs. De wetgever onderscheidt in de genoemde wetten plaatsen die openbaar zijn van niet-openbare plaatsen. Onder ‘niet-openbare plaatsen’ vallen andere voor publiek toegankelijke plaatsen (zoals voor publiek openstaande gebouwen als winkels en discotheken en evenementen), besloten plaatsen (zoals verenigingen en sociëteiten) en woningen. De gemeenteraad en burgemeester mogen slechts op plaatsen als de straat, de weg e.d. een manifestatie nader reguleren en vaste camera’s ophangen.<sup>526</sup>

Het is opvallend dat de wetgever bijeenkomsten die te kwalificeren zijn als een ‘manifestatie’ in de zin van de Wom,<sup>527</sup> differentieert naar bijeenkomsten op

<sup>525</sup> HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 213 m.nt. P.A.M. Mevis, *LJN* BJ1254; Wet kraken en leegstand, *Stb.* 2010, 320; HR 28 oktober 2011, *LJN* BQ9880; Hof 's-Gravenhage 8 november 2010, *LJN* BO3682; EHRM 13 mei 2008, nr. 19009/04 (*McCann v United Kingdom*).

<sup>526</sup> *Kamerstukken II 1985-1986*, 19427, nr. 3, p. 15-17 en 22 (MvT); *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 440, nr. 3 (MvT), p. 8. Zie ook: *Kamerstukken II 2000-2001*, 23 732, nr. 3, p. 1 (MvT); Van Veen 1997, p. 56.

<sup>527</sup> Een manifestatie in deze zin is een samenkomst ter belijdenis van godsdienst of levensovertuiging, of een vergadering of betoging die strekt tot het in collectief verband uiten van gedachten en gevoelens. Betogingen die niet of niet primair het karakter van gemeenschappelijke meningsuiting hebben, maar waarbij het element van feitelijke dwang overheerst, zijn geen betogingen in de zin van de Wom. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij blokkades van wegen en waterwegen, samenscholingen, volksoplopen e.d. of bijvoor-

openbare plaatsen en bijeenkomsten op plaatsen die voor publiek toegankelijk zijn. De Wom is immers een nadere uitwerking van de onderdelen ‘openbare samenkomsten en gemakkelijkheden’ in artikel 174 Gem.wet. Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 174 Gem.wet, geeft de regering aan dat zij met de toekomstige regeling voor openbare manifestaties wil aansluiten bij artikel 174.<sup>528</sup>

Ondanks de intentie om met de Wom aan te sluiten bij de Gemeentewet, is uiteindelijk een belangrijke discrepantie ontstaan tussen beide regelingen voor wat betreft het gebruik van de term ‘openbare’. Zoals in de vorige paragraaf uiteengezet, bezigt men ‘openbare’ in dit artikel van oudsher in de betekenis van ‘voor publiek toegankelijk (niet-besloten)’ zonder een nader onderscheid; ‘openbare samenkomsten en gemakkelijkheden’ in de zin van artikel 174 Gem.wet zien op gebeurtenissen waarbij men doelgebonden samenkomt en het niet van belang is of de toegang aan een vorm van toestemming onderhevig is. De burgemeester kan bij al deze vormen van samenkomsten – manifestaties in de zin van de Wom uitgezonderd – onmiddellijk ingrijpen op basis van artikel 174 lid 2 Gem.wet als sprake is van ‘concrete, zich direct aandienende, de veiligheid of gezondheid bedreigende situaties’.<sup>529</sup>

Hoewel de wetgever in de Wom openbare plaatsen onderscheidt van andere voor publiek openstaande plaatsen, is het niet zo dat de burgemeester alleen op een openbare plaats (de straat, de weg e.d.) kan handelen. Een manifestatie die op een andere dan een openbare plaats wordt gehouden, kan hij terstond beëindigen indien de bescherming van de gezondheid of de bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden dat vordert (artikel 8 Wom). Door onmiddellijk handelen mogelijk te maken op deze plaatsen ter bescherming van de gezondheid, sluit de wetgever op dit punt wel aan bij artikel 174 lid 2 Gem.wet. In de nota naar aanleiding van het verslag verantwoordt de regering het onderscheid in openbaar en voor publiek toegankelijk op de volgende wijze:

“Wij erkennen dat de betekenis van de term ‘openbaar’ enigszins complex is. Dit is echter een onvermijdelijk gevolg van de noodzaak in tweeërlei

---

beeld tochten als Sinterklaas- en carnavalsoptochten, bloemencorso's (*Kamerstukken II 1985-1986*, 19427, nr. 3, p. 8).

<sup>528</sup> *Kamerstukken II 1985-1986*, 19403, nr. 1-2, p. 33 en nr. 3, p. 149; *Kamerstukken II 1985-1986*, 19427, nr. 3, p. 10.

<sup>529</sup> *Kamerstukken II 1985-1986*, 19 403, nr. 3, p. 148 en *Kamerstukken II 1988-1989*, 19 403, nr. 10, p. 92-93 (NVII). Veiligheid en gezondheid zijn onlosmakelijk verbonden met handhaving van de openbare orde – of het laatste nu een onderdeel vormt van het eerste (zoals de wetgever stelt) of andersom (zoals bepaalde auteurs stellen). Zie §8.7 waar ik apart inga op de reikwijdte van artikel 174 lid 2 Gem.wet. In het geval de burgemeester handelt op basis van de APV, bevinden bepalingen die zien op openbare samenkomsten en gemakkelijkheden als optochten, evenementen e.d. zich doorgaans in het hoofdstuk ‘Openbare orde’.

opzicht te onderscheiden: enerzijds tussen openbare en andere plaatsen; anderzijds – voor wat betreft vergaderingen en betogingen op zulke andere plaatsen – tussen voor publiek toegankelijke en besloten manifestaties. (...) Bij de keuze van termen is op verschillende wijzen getracht mogelijke verwarring te voorkomen. Allereerst wordt in de tekst van de Wet openbare manifestaties de term ‘openbaar’ slechts gebruikt ter aanduiding van de plaats waar een manifestatie wordt gehouden; het openbaar (in de zin van niet-besloten) karakter van een manifestatie wordt uitgedrukt met de term ‘voor publiek toegankelijk’ [cursivering LDR]. Voorts is getracht mogelijke verdere complicaties te vermijden door de term ‘openbare plaatsen’ zo te definiëren, dat niet nog eens een afwijkende regeling voor ‘gebouwen en besloten plaatsen’ in de zin van artikel 6, tweede lid, behoefde te worden getroffen.<sup>530</sup>

#### 7.4.1.5 Daar waar publiek belang zich toe uitstrekt

De vijfde en laatste betekenis van de term ‘openbare’ die van belang is om te vermelden, is *daar waar het publiek belang zich toe uitstrekt*. De term ‘openbare’ in deze context betreft een open norm die telkens door de wetgever ingevuld kan worden. Voor de plaatselijke wetgever geldt als enige beperking de zogenaamde ondergrens. De gemeenteraad mag slechts een verordening maken indien deze ‘in het belang van de gemeente’ nodig is (artikel 149 Gem.wet). Belangen die de huishouding van de gemeente betreffen zijn bijvoorbeeld het belang van de openbare orde, zedelijkheid of gezondheid. Er dient in elk geval geen sprake te zijn van louter een particulier belang.

Deze ruime strekking is al een aantal decennia controversieel. Het gevolg is namelijk dat de bemoeienis van de burgemeester zich uitbreidt tot plekken waar gedragingen zich voordoen zónder dat sprake is van een concreet en actueel effect op een voor publiek toegankelijke plaats. In sommige gevallen speelt het gedrag zich daarbij af op een besloten plaats zoals de keuken van een restaurant of een woning. De term ‘openbare’ in deze context zegt weinig meer over het zelfstandig naamwoord orde. Een verstoring van de orde en rust kan zich immers voordoen op elke plaats ‘waartoe het publieke belang zich uitstrekt’. Sommige auteurs storen zich aan het op deze wijze uithollen van het openbare-ordebegrip.<sup>531</sup>

<sup>530</sup> *Kamerstukken II 1986-1987*, 19 427, nr. 5, p. 11-12.

<sup>531</sup> Zie volgende noot en onder meer: Rb. Roermond 18 april 1995, *JB* 1995, 135 m.nt. R. Schlössels; ABRvS 7 oktober 1996, nr. H01.95.0366, *Gst* 7050 (1997), no. 5 m.nt. Hennekens; Rb. Amsterdam 28 januari 1997, *JB* 1997, 61 m.nt. R.J.N.S.; ABRvS 24 december 2003, *AB* 2005, 95 m.nt. Brouwer & Schilder; Rb. Breda 13 mei 2005, *LJN* AT5870; ABRvS 21 juni 2006, *LJN* AX9064; ABRvS 21 maart 2007, *AB* 2007, 197 m.nt. A. Tolenaar; ABRvS 4 juni 2008, *LJN* BD3098; Rb. Middelburg 13 augustus 2008, *LJN* BE0057.

Uitholling openbare-ordebegrip – In de uitspraak *New Yangste Kiang* vindt de Rotterdamse politie meerdere malen tijdens controle illegale Chinese koks aan het werk in de keuken van het gelijknamige restaurant. Volgens de burgemeester zijn de eigenaren van dit bedrijf ‘van slecht levensgedrag’ door werknemers in strijd met de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) werkzaamheden te laten verrichten. De Afdeling is het hier hartgrondig mee eens: de overtredingen vormen een inbreuk op de openbare orde als bedoeld in betrokken bepalingen van de APV. Het intrekken van de exploitatievergunning is een reparatoire maatregel “in het kader van de openbare orde, gericht op het bestrijden van laakbaar gedrag van horeca-ondernemers”.<sup>532</sup>

Vermeer meent dat er geen enkele twijfel over bestaat dat de openbare orde niet wordt geschonden door een Chinese keukenhulp die in de keuken – een besloten ruimte – de groente voor de Foeh Yong Hai staat te snijden zonder een geldige tewerkstellingsvergunning.<sup>533</sup> De bevoegdheid van de burgemeester wordt in casu vervormd tot een algemene wettelijke basis voor (indirect) optreden tegen overtredingen van tal van bijzondere wetten. Volgens Vermeer is het in hoge mate onwenselijk dat de ambtsdrager op deze wijze als superhandhaver optreedt onder het mom van verstoring van de openbare orde.

Schlössels en Kortmann wijzen erop dat deze uitspraak de sfeer ademt van ‘het doel heiligt de middelen’ waardoor de *raison d’Etat* boven het recht prevaleert. Kortmann verstaat onder *raison d’Etat*: het al dan niet uitdrukkelijk door de overheid aanvoeren van (veelal buitenjuridische) argumenten om zich buitenwettelijke bevoegdheden aan te meten, om de toepassing van rechtsregels te ontgaan of om deze een betekenis te verlenen die zij van origine niet of zeer waarschijnlijk niet hadden. Een zodanige ruime interpretatie van het openbare-ordebegrip dat daaronder valt verkeersveiligheid, milieu, illegale tewerkstelling e.d., levert ten slotte strijd op met het specialiteitsbeginsel. Er blijft immers weinig over van een belangenafweging die door specifieke grenzen van een wettelijk bevoegdhedenkader wordt beperkt.<sup>534</sup>

#### 7.4.1.6 Tussenconclusie

De term ‘openbare’ verschilt van wet tot wet, soms zelfs van artikel tot artikel. Het is aan de (gemeentelijke) wetgever om duidelijk te maken welke betekenis hij hier aan toekent. De volgende betekenissen van ‘openbare’ zijn aan bod gekomen: a) wezenlijke waarde, b) voor publiek waarneembaar (openlijk), c) voor

<sup>532</sup> ABRvS 14 februari 2007, *AB* 2007, 135 m.nt. F.R. Vermeer (New Yangste Kiang). De Afdeling herhaalt bovengenoemde overwegingen in een uitspraak van 14 augustus 2007 waarin het ging om Poolse en Bulgaarse werkneemster die illegaal in een horecagelegenheid werkten, zie: ABRvS 1 augustus 2007, *AB* 2008, 27 m.nt. J.G. Brouwer en F.R. Vermeer, *LJN* BB0791.

<sup>533</sup> Annotator Vermeer bedoelt uiteraard de groente voor de Tjap tjoey.

<sup>534</sup> Schlössels in *NTB* 2008, p. 100-101 en zijn noot bij Rb. Roermond 18 april 1995, *JB* 1995, 135; Kortmann 2009 (afscheidsrede), p. 25-26. Zie ook: noot van Nicolai bij AR-

publiek toegankelijk (niet-besloten), d) bestemd voor direct niet-doelgebonden gebruik door publiek en e) daar waar publiek belang zich toe uitstrekt.

De derde strekking van de term is voor dit onderzoek van belang; het bijvoeglijke naamwoord ‘openbare’ in artikel 5:23 Awb en in de relevante onmiddellijke ordebevoegdheden, ziet op ruimten die *voor publiek toegankelijk* (niet-besloten) zijn. De burgemeester handhaaft niet alleen de orde op straat of de weg op onmiddellijke wijze bij een concrete en actuele ordeverstoring, maar op alle plaatsen die feitelijk voor publiek toegankelijk zijn. Het gaat om plekken die voor een onbeperkt aantal personen open staan en waar men zowel met als zonder specifiek doel van de ruimte gebruik maakt, dus zowel de straat, de weg e.d. als het café, het voetbalstadion, het zwembad en evenementterreinen e.d.

### 7.4.2 ‘Orde’

Niet alleen de betekenis van ‘openbare’ dient per context bezien te worden, ook het begrip ‘orde’ kan al naar gelang het soort regelgeving verschillen. Met de term ‘orde’ in de context van dit onderzoek wordt bedoeld op een geregelde toestand oftewel een normencomplex dat zorgt voor rust – zolang iedereen zich aan die normen houdt. De belangrijkste voorwaarde voor het aanwenden van onmiddellijke ordebevoegdheden is dat er een situatie bestaat met een zodanig (potentieel) effect dat dit de rust verstoort. Zoals in de vorige paragraaf naar voren kwam, gaat het hierbij in beginsel om effecten op voor publiek toegankelijke plaatsen. Het (dreigende) effect – de ordeverstoring – moet verder in elk geval concreet en actueel zijn.<sup>535</sup> De vraag is nu, wanneer is er sprake van het effect dat men aanduidt als een (dreigende) ‘ordeverstoring’ en welke normen zijn daarbij in het geding?

#### 7.4.2.1 Normale gang van zaken e.d.

In de doctrine omschrijft men ‘orde’ als: de naar tijd en plaats bepaalde normale gang van zaken op voor publiek toegankelijke plaatsen. Daarnaast spreekt men ook vaak van ‘het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven’. Er is vervolgens sprake van een ordeverstoring indien de normale gang van zaken of het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven geen doorgang kan vinden. Het betreft hier een feitelijke aangelegenheid. Van der Meulen, De Jong en Drayer & Suyver geven aan dat burgers in deze situatie niet langer in vrijheid en veilig-

---

RvS 14 juni 1979, AB 1980, 158 en HR 8 april 1980, NJ 1980, 330, AB 1980, 446 en AA 1981, p. 29-33.

heid van de publieke ruimte gebruik kunnen maken overeenkomstig zijn bestemming. Volgens Dölle, Elzinga & Engels bestaat het effect uit een direct (dreigend) gevaar voor anderen of de directe (dreigende) aantasting van de rechten van anderen. Het gebruik van het woord ‘gemeenschapsleven’ bij Lange-meijer en Hennekens heeft een ruimere betekenis. Deze auteurs scharen ook het verkeersrecht, het milieurecht en het ruimtelijk ordeningsrecht onder het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven; op deze wijze vallen het verlenen van vergunningen en ontheffingen hier eveneens onder.<sup>536</sup>

In de gepubliceerde rechtspraak van de Hoge Raad zijn zowel termen als een ‘maatschappelijk aanvaardbare toestand’ en een ‘normale gang van zaken’ te vinden – veelal in verband met een grondrechtbeperking en de openbare orde als doelcriterium. Zo staat de Hoge Raad ter bescherming van de openbare orde een verbod toe om op zondag bidprentjes te verkopen; zonder dit verbod zou een ‘maatschappelijk onaanvaardbare toestand’ ontstaan gezien de concurrentieverhoudingen en de ontspanning en rust die winkeliers en detailhandelaren zouden ontberen. Een maatschappelijk onaanvaardbare toestand treedt eveneens in indien iedere ondernemer reclame-uitingen zou aanbrengen op onroerende goederen in zijn eigendom. Dölle, Elzinga en Engels merken op dat de term ‘orde’ op deze wijze een wel heel ruime en weinig onderscheidende betekenis krijgt.<sup>537</sup>

In twee zaken heeft in de Hoge Raad zich explicieter uitgelaten over hetgeen een ordeverstoring of bedreiging van de openbare orde inhoudt. In de eerste zaak kan uit het uithangen van een lap voor het raam met daarop in kapitale letters het woord ‘Republiek’, terwijl Koningin Beatrix en Claus in een rondvaartboot langs varen, niet worden afgeleid dat de openbare orde verstoord of bedreigd werd. In het tweede arrest, te weten *Dranghekken Amerikaanse ambassade*, geeft de Hoge Raad enige richtlijnen voor de uitleg van de term openbare orde in verordeningen. In deze zaak klimt een aantal demonstranten over dranghekken heen die geplaatst staan voor de Amerikaanse ambassade, gaat op het terrein liggen en besmeurt zichzelf met een op bloed gelijkende vloeistof. Het hof vindt dat er geen sprake is van een wanordelijkheid, omdat er geen of nauwelijks commotie was onder het publiek. De Hoge Raad hanteert echter een ruimere uitleg. De vraag of sprake is van een ‘verstoring van de openbare orde’ in de zin van een APV moet worden beantwoord aan de hand van het normale

<sup>535</sup> Vz. ARRvS 15 juni 1984, *AB* 1985, 96 m.nt. JHvdV (Sociëteit Gouda); *Kamerstukken II* 1989-1990, nr. 16, p. 38 en *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 467, nr. 3, p. 12; Hennekens 1990, p. 27; De Jong 2000, p. 22; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 389-391.

<sup>536</sup> Conclusie van P-G Langemeijer bij HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107 (Processieverbod Geertruidenberg) m.nt. B.V.A.R.; Van der Meulen 1993, o.a. p. 21; De Jong 2000, p. 21-22; Drayer & Suyver 2000, p. 99; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 389; Hennekens 2007, p. 4-5.



spraakgebruik met inachtneming van de specifieke omstandigheden van het geval. Daarbij moet het gaan om ‘een verstoring van enige betekenis van de normale gang van zaken in of aan de desbetreffende openbare ruimte’.<sup>538</sup>

Uit de parlementaire behandeling van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast blijkt dat deze richtlijnen gelden voor het begrip openbare orde in zijn algemeenheid. In reactie op de vraag naar een heldere definitie van het begrip een ‘ordeverstorende gedraging’, verwijst de regering namelijk naar de uitleg en aanwijzingen van bovenstaand arrest.<sup>539</sup>

Brouwer en Schilder zijn van mening dat we de term ‘orde’ in de huidige tijd niet meer kunnen definiëren als de normale gang van zaken. Het is voor burgers niet duidelijk welke abnormaliteit een verstoring oplevert – dit is in strijd met de eis van *foreseeability* – omdat de definitie te ruim is. De auteurs noemen het voorbeeld van duizend studenten die op hun handen lopen om in het Guinness Book of Records te komen of het publiek dat op Prinsjesdag langs de kant van de weg zich massaal omdraait als de Koningin passeert. Beide situaties betreffen een afwijking van de normale gang van zaken en zijn van enige betekenis. Brouwer en Schilder komen met een alternatieve definitie: het begaan van strafbare dan wel (anderszins) onrechtmatige gedragingen in de publieke ruimte die hinder of gevaar voor anderen dan wel hun goederen opleveren.<sup>540</sup>

#### 7.4.2.2 *Koppeling aan regels*

Omdat begrippen als ‘maatschappelijk onaanvaardbare toestand’, ‘ordelijk verloop van het gemeenschapsleven’ en ‘normale gang van zaken’ te weinig houvast bieden – zowel voor de jurist als de leek –, pleiten sommige auteurs voor een nadrukkelijke koppeling van de term ordeverstoring aan het juridisch gewenste niveau van rust; er is vervolgens slechts sprake van een ordeverstorend effect indien deze gepaard gaat met de overtreding van een rechtsnorm. Men verschilt van mening over de vraag of de ordeverstoring aan de overtreding van een wettelijke norm gekoppeld dient te zijn of dat ook sprake mag zijn van de schending van een ongeschreven rechtsnorm. Er zijn ook schrijvers die deze koppeling in het geheel niet nodig vinden.

<sup>537</sup> HR 18 april 1961, *NJ* 1961, 273 m.nt. B.V.A.R. (Bidprentjes); HR 18 januari 1972, *NJ* 1972, 193 m.nt. W.F.P. (Huijkar of Neon lichtreclame). Zie ook: noot van Jeukens bij Huijkar-arrest in *AA* 1973, p. 111-113; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 389, noot 4.

<sup>538</sup> HR 29 november 1966, *NJ* 1967, 58 m.nt. v. E.; HR 30 januari 2007 *AB* 2007, 131 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *Gst.* 7281 (2007) m.nt. L.J.J. Rogier, *LJN* AZ2104 (Dranghekken Amerikaanse ambassade). Zie ook; ABRvS 15 december 2010, *AB* 2011, 237, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* BO7344.

<sup>539</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 467, nr. 7, p. 4 (NVII).

<sup>540</sup> Noot van Brouwer en Schilder bij HR 30 januari 2007 *AB* 2007, 131. Zie ook noot 546.

### **Feitelijke situatie (het effect) is voldoende**

Zo zijn Van der Meulen, Brainich von Brainich Felth en Rogier aanhangers van de laatstgenoemde visie. Voor hen bestaat een ‘ordeverstoring’ slechts uit een feitelijke situatie (het effect). Voor Van der Meulen is het indifferent of een bepaalde ordeverstoring al dan niet tevens een normschending oplevert. Van een verstoring is sprake als het niet voor allen mogelijk is in vrijheid en veiligheid overeenkomstig de bestemming optimaal gebruik te maken van de openbare ruimte. Het juridisch relevante aangrijpingspunt voor de auteur is de feitelijke situatie (het effect), de verstoorde (of bedreigde) orde, en niet de oorzaak. Het behoort geen doorslaggevende rol te spelen of de betreffende handeling als verwijtbaar valt te kwalificeren (strafrechtelijk als wederrechtelijk of civielrechtelijk als onrechtmatig), bijvoorbeeld in het geval van de aanwezigheid van een grote groep mensen. In de belangenafweging die aan ordehandhaving ten grondslag ligt, speelt volgens Van der Meulen de vraag of al dan niet sprake is van een rechtens beschermd belang wel een belangrijke rol.<sup>541</sup>

Brainich von Brainich Felth verstaat specifiek onder ‘veiligheid voor persoon en goed’ overlast als gevolg van het gedrag van mensen waarbij de effecten voor het gemeenschapsleven in de publieke ruimte bepalend zijn. Die effecten houden naar zijn mening in dat het gedrag van mensen jegens anderen als overlast wordt ervaren.<sup>542</sup>

### **Ordeverstoring gekoppeld aan rechtsnormen**

Uit de parlementaire behandeling van de Gemeentewet van 1992 blijkt dat de wetgever een vertegenwoordiger is van de middenweg. Deze denkt bij het begrip openbare orde aan *rechts*regels die zorgen voor een bepaald niveau van orde en rust in het openbare leven. De regering is in eerste instantie stellig van mening dat de burgemeester bij een ordeverstoring slechts op onmiddellijke wijze in dient te grijpen als daarbij een wettelijk voorschrift in het geding is. Vanuit de praktijk, die lucht krijgt van deze uitleg van het openbare-ordebegrip, lobbyt men echter voor meer flexibiliteit. Uiteindelijk creëert de wetgever de bevoegdheid in artikel 172 lid 3 Gem.wet op grond waarvan burgemeesters bevelen kunnen geven zónder dat sprake is van een concrete schending van wettelijke normen.<sup>543</sup>

---

<sup>541</sup> Van der Meulen 1993, o.a. p. 35-36.

<sup>542</sup> Michiels, Naeyé, Blomberg & Boek 1997, p. 38; Brainich von Brainich Felth 2006, T&C OO&V, art. 172, aant. 2b. Ook Rogier meent dat orde tevens bestaat uit andere niet nader omschreven gedragingen, zie HR 30 januari 2007, *Gst.* 7281 (2007) m.nt. L.J.J. Rogier (Dranghekken Amerikaanse ambassade).

<sup>543</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 88-89. In deze discussie komt vreemd genoeg niet naar voren dat de wetgever de eis van een wettelijke norm al niet stelt in noodsituaties op basis van artikel 175 Gem.wet.

Overige aanhangers van de tweede stroming zijn Hennekens, Drayer & Suyver en Brouwer & Schilder. Hennekens geeft aan dat de geregelde toestand die ‘orde’ aanduidt doorgaans bestaat uit naleving van strafrechtelijke normen. Er kan echter volgens de auteur ook sprake zijn van een ordeverstoring zonder dat een door straf gesanctioneerde norm is overtreden. Het is waarschijnlijk dat Hennekens doelt op overschrijdingen van (on)geschreven rechtsnormen die een direct effect hebben op de orde en rust. Zo verklaart de schrijver dat zijn voorkeur uitgaat naar de formulering ‘daadwerkelijke zorg voor’ in plaats van ‘handhaving van de openbare orde’. Bij handhaving gaat het om het bewerkstelligen van de naleving van datgene dat verplicht is. Als de burgemeester de orde handhaaft, reiken zijn bevoegdheden echter verder doordat hij verplichtingen in het leven kan roepen; soms is het voor de burgemeester noodzakelijk om een gedragsnorm in het leven te roepen ter concretisering van een *rechts*plicht die bepaalt wat het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven vereist. Het woord ‘zorg’ is volgens de schrijver meer op zijn plaats, omdat dit impliceert dat de aanwezigheid van *een norm* niet is vereist, terwijl men bij de term ‘handhaving’ de norm die men dient te handhaven, wel aanwezig acht (vergelijk hoofdstuk 5 Awb).<sup>544</sup>

Drayer & Suyver sluiten zich aan bij de huidige uitleg van de wetgever en beschouwen de openbare orde als een samenstel van rechtsnormen dat de openbare orde en veiligheid dient te beschermen.<sup>545</sup> Ook Brouwer hanteert een openbare-ordebegrip dat nauw aansluit bij de visie van de wetgever. Volgens deze schrijvers wordt het rechtsregime in de openbare ruimte bepaald door wettelijke voorschriften, met name strafbepalingen, maar ook door ongeschreven rechtsregels. Voorbeelden van deze laatste categorie zijn noodbevelen, lichtere bevelen en zorgvuldigheidsnormen. Zijn definitie van een ‘verstoring van de openbare orde’ luidt: het begaan van strafbare dan wel (anderszins) onrechtmatige gedragingen in de publieke ruimte die hinder of gevaar voor anderen dan wel hun goederen opleveren.<sup>546</sup>

Bij de categorie zorgvuldigheidsnormen kan men volgens de schrijvers aansluiten bij de criteria voor ongeschreven recht voor de onrechtmatigheid in de zin van artikel 6:162 BW. In deze restcategorie gaat het om situaties waarin geen geschreven rechtsnorm is geschonden en ook de dreiging daartoe ont-

<sup>544</sup> Hennekens 2004 (*Gst.* 7217), p. 619, noot 2 en 2007, p. 5-6 en 18.

<sup>545</sup> Suyver 1985, p. 154 en Drayer & Suyver 2000, p. 99-101. Vóór de inwerkingtreding van de nieuwe Gemeentewet, pleit Suyver ervoor om de openbare orde uitdrukkelijk niet onder het begrip rechtsorde te schuiven; ordehandhaving bevat zijns inziens ook optreden tegen niet-onrechtmatig gedrag (Suyver 1985, p. 154).

<sup>546</sup> Brouwer & Wolfert in: *AA* 2011, p. 267-273; Rb. Leeuwarden, 6 januari 2010, *AB* 2010, 164 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* BL9949.

breekt; er is echter wel sprake van het jegens een ander onrechtmatig handelen in de vorm van hinder of het creëren van gevaarzetting.<sup>547</sup>

Zorgvuldigheidsnorm – Brouwer noemt als voorbeeld een surfer die een gevaarlijke situatie creëert door zijn surfplank los op zijn auto te hebben liggen, terwijl aan het strand een stevige wind staat. Een politieagent die langs loopt kan van de surfer eisen dat hij zijn plank goed vastbindt of kan zelf feitelijk ingrijpen om het gevaar weg te nemen. Indien de auto zich op de openbare weg bevindt, is er een wettelijk voorschrift in het geding (het verbod om gevaar op de weg te veroorzaken ex artikel 5 Wegenverkeerswet).

Een tweede voorbeeld is de situatie waarin jongeren overdag rondjes rijden op hun brommers waardoor zij voor onrechtmatige hinder zorgen bij de buurtbewoners. Er is in deze situatie pas een wettelijk voorschrift in het geding, indien de bestuurders van deze brommertjes ‘onnodig geluid’ veroorzaken (zie artikel 57 van het Reglement verkeerstekens en verkeersregels 1990).

### **Ordeverstoring gekoppeld aan wettelijke normen**

Tot de laatste stroming kunnen we De Jong, Dölle & Elzinga rekenen. Deze auteurs menen dat ordehandhavend optreden door de burgemeester zonder dat een geschreven norm is geschonden, alleen mogelijk behoort te zijn op grond van zijn noodbevoegdheden in artikel 175 en 176 Gem.wet; de bevelsbevoegdheid in lid 3 van artikel 172 is naar hun mening overbodig.

Zo meent De Jong dat de gemeenteraad zoveel mogelijk voorzienbare, min of meer structurele ordeproblemen moet regelen in verordeningen. Mocht zich plotsklaps toch een niet-geregeld geval voordoen, dan kan de burgemeester altijd nog zijn noodbevoegdheden inzetten ex de artikelen 175 en 176 Gem.wet.<sup>548</sup>

Dölle en Elzinga vinden dat het gewenste niveau van orde wordt bepaald door wettelijke voorschriften; “openbare-ordehandhaving betreft alleen de orde die in juridische zin wordt gewenst.” Vanuit rechtstatelijk standpunt vinden zij het onwenselijk dat de bevelsbevoegdheid in het derde lid van artikel 172 het mogelijk maakt om de relatie tussen ordehandhaving en de aanwezigheid van wettelijke voorschriften door te knippen. Mocht er daadwerkelijk geen relatie te leggen zijn tot een (dreigende) overtreding van wettelijke voorschriften, dan moet de ordeverstoring hun inziens van zodanige aard te zijn, dat de burgemeester zijn noodbevoegdheden mag aanwenden.<sup>549</sup>

---

<sup>547</sup> Zie vorige noot. Anders: ABRvS 24 december 2003, *AB* 2005, 95 m.nt. Brouwer & Schilder.

<sup>548</sup> De Jong 2000, p. 39.

<sup>549</sup> Dölle & Elzinga, p. 391-392 en 397.

### 7.4.2.3 *Tussenconclusie*

Voor dit onderzoek versta ik onder de term ‘orde’ een situatie van rust, een situatie waarin een verstorend effect afwezig is. Het effect ‘ordeverstoring’ is aanwezig wanneer men zich niet in vrijheid en veiligheid in de publieke ruimte kan bevinden en die niet kan gebruiken overeenkomstig haar bestemming. Er moet sprake zijn van een concreet en actueel (dreigend) gevaar voor anderen dat van enige betekenis is en/of van (de dreiging van) een directe aantasting van de rechten van anderen die van enige betekenis is.<sup>550</sup> Het standpunt van de wetgever geldt als uitgangspunt: een ordeverstoring moet gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm (rampen uitgezonderd). De reikwijdte van dit onderzoek beperkt zich evenwel tot situaties waarin wel een wettelijk voorschrift in het geding is (artikel 5:23 Awb is anders niet relevant).

Het onderdeel ‘van enige betekenis’<sup>551</sup> houdt in dat de burgemeester niet bij elk gevaar of bij elke aantasting van andermans recht over kan gaan tot onmiddellijke ordehandhaving. Dit is bijvoorbeeld niet mogelijk bij ‘simpele’ strafbare feiten als het stelen van een fiets op straat of het bekrassen van een auto. Er is in deze situatie sprake van een directe aantasting van het eigendomsrecht van een ander door het wegnemen of vernielen van een goed; dit effect is echter niet ernstig of zwaarwegend genoeg. Het rechtvaardigt niet een maatregel in de sfeer van de onmiddellijke ordehandhaving op basis van artikel 172, 174 of 175 Gem.wet.

## 7.5 Conclusie

De ontwikkelingen in het voorgaande hoofdstuk beschreven, lieten de volgende leemtes en gebreken zien in het systeem van lokale ordehandhaving: geen wettelijke basis voor de ordehandhavende taak van de burgemeester, onduidelijkheid over de actieradius van het noodbevel en de noodverordening (onderscheid gewone en buitengewone bevoegdheden), onduidelijke verhouding van het openbare-orderrecht tot het strafrecht en het algemene bestuursrecht en onvoldoende wettelijke basis in de Politiewet voor allerhande politie maatregelen.

---

<sup>550</sup> Hier worden twee definities samengevoegd, zie: Van der Meulen 1993, p. 21 en 35-36; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 389-390.

<sup>551</sup> Vgl. HR 29 november 1966, *NJ* 1967, 58 m.nt. v. E.; HR 30 januari 2007 *AB* 2007, 131 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *Gst.* 7281 (2007) m.nt. L.J.J. Rogier, *LJN* AZ2104 (Dranghekkten Amerikaanse ambassade); *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 467, nr. 7, p. 4 (NVII).

Dit hoofdstuk beschrijft op hoofdlijnen de overgang van het oude systeem naar het huidige openbare-orderecht via het herzien van de Gemeentewet in 1992. Aan het merendeel van de genoemde knelpunten wordt tegemoetgekomen. In §7.2 wordt de totstandkoming van een wettelijke taakstelling in artikel 172 lid 1 Gem.wet voor de burgemeester beschreven. De paragraaf behandelt in zijn algemeenheid de achtergrond en het systeem van wat aangeduid wordt met de term ‘onmiddellijke handhaving van de openbare orde’. Het onderscheid in onmiddellijke en reguliere (niet-onmiddellijke) ordehandhaving vervangt hiermee de oude indeling in gewone en buitengewone bevoegdheden. Zo wordt recht gedaan aan de aard van de bevoegdheden, de wetsystematiek in hoofdstuk XI van de Gemeentewet en de competentieverdeling tussen zowel burgemeester en college van b en w als tussen burgemeester en officier van justitie (zie §7.3 en §7.3.3 ). In het hiernavolgende hoofdstuk worden de onmiddellijke ordebevoegdheden die het onderwerp vormen van dit onderzoek afzonderlijk behandeld en geanalyseerd.

In §7.2.4 ben ik ingegaan op de achtergrond en totstandkominggeschiedenis van artikel 5:23 Awb. Het concept voor dit type handhaving ontstaat tijdens de herziening van de Gemeentewet in 1992 en de komst van artikel 172 (§7.2.2 ). Onmiddellijke ordehandhaving ziet op bevelen en fysieke handelingen door of namens de burgemeester, handelen dat een sterke gelijkenis vertoont met de figuur van de last onder bestuursdwang. Deze gelijkenis vormt de aanleiding voor het opnemen van artikel 5:23 Awb waarmee de bestuursdwangafdeling in de Awb niet toepasselijk wordt geacht in geval van onmiddellijke ordehandhaving (zie §7.2.3 ).

Het bijvoeglijk naamwoord ‘onmiddellijke’ houdt in dat dit type ordehandhaving incidenteel en direct van aard is en dat de maatregelen weinig democratisch gelegitimeerd en niet onverkort Awb-plichtig zijn. Reguliere (of niet-onmiddellijke) ordehandhaving daarentegen is bestuursrechtelijk handelen waarbij direct ingrijpen niet noodzakelijk is. Dit type handelen is overwegend Awb-plichtig en kenmerkt zich door een continue bestuursarbeid waaromtrent de burgemeester beleid vormt en uitvoert.

Vervolgens zijn de begrippen ‘openbare’ en ‘orde’ geanalyseerd. Beide begrippen verschillen van wet tot wet, soms zelfs van artikel tot artikel. Het is aan de (gemeentelijke) wetgever om duidelijk te maken welke betekenis hij hier aan toekent.

Het begrip ‘openbare’ in artikel 5:23 Awb en in de context van dit onderzoek ziet op de overkoepelende betekenis ‘voor publiek toegankelijk (niet-besloten)’ (zie §7.4.1 en §7.4.1.6 ). De burgemeester handhaaft de orde op onmiddellijke wijze op alle plaatsen die feitelijk voor publiek toegankelijk zijn, zowel de straat, de weg e.d. als het café, het voetbalstadion, het zwembad en evenemententerreinen e.d. Het gaat om plekken die voor een onbeperkt aantal per-

sonen open staan en waar men zowel met als zonder specifiek doel van de ruimte kan komen. Onder het begrip ‘orde’ versta ik een situatie van rust, een situatie waarin een verstorend effect afwezig is. Het effect ‘ordeverstoring’ is aanwezig wanneer men zich niet in vrijheid en veiligheid in de publieke ruimte kan bevinden en die niet kan gebruiken overeenkomstig haar bestemming. Er moet sprake zijn van (de dreiging van): een zodanig concreet en actueel gevaar en/of een zodanige aantasting van andermans rechten dat de inzet van een onmiddellijke ordemaatregel gerechtvaardigd is. In de context van dit onderzoek dient de ordeverstoring gepaard te gaan met de schending van een wettelijke norm (artikel 5:23 Awb komt anders niet aan bod). Zie §7.4.2 en §7.4.2.3 .





# Hoofdstuk 8

## De bevoegdheden ter onmiddellijke ordehandhaving

### 8.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk (7) is de opkomst en de ontwikkeling van het onderscheid in onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving in zijn algemeenheid beschreven. De kern van dit hoofdstuk vormt de analyse van die bepalingen in de Gemeentewet die ik gemakshalve aanduid als *onmiddellijke ordebevoegdheden*. Het gaat om een samenstel aan bevoegdheden behorend tot het gedeelte van het openbare-orderecht dat men aanduidt als de ‘onmiddellijke handhaving van de openbare orde’: artikel 172 lid 2 (en lid 3), artikel 174 lid 2 en artikel 175 Gem.wet. Er wordt eveneens ingegaan op de bevelsbepaling in artikel 173 Gem.wet-oud dat integraal is overgenomen in artikel 4 Wet veiligheidsregio’s.

De onmiddellijke ordebevoegdheden in kwestie zijn onder dezelfde voorwaarden inzetbaar, onderhevig aan dezelfde normering en vertonen een sterke gelijkenis met de last onder bestuursdwang; artikel 5:23 Awb is anders niet van toepassing. Zodoende bevatten de bepalingen – de wetgever spreekt ook wel van dwangbevoegdheden – een bevelsbevoegdheid en zien zij op situaties waarin het ordeverstoring effect gepaard gaat met een overtreding van een wettelijk voorschrift. De keuze is gevallen op bepalingen die zijn terug te voeren op het stelsel van bevoegdheden in de openbare-ordeparagraaf van de gemeentewet van 1851, waar het onderzoek naar de geschiedenis van ordehandhaving mee is begonnen.

Bij het beschrijven en analyseren van de afzonderlijke wetsartikelen pretendeer ik niet volledig te zijn. Per bevelsbepaling maak ik een aantal algemene opmerkingen waarna ik vervolgens stil sta bij de reikwijdte van de bevoegdheid. In het laatste onderdeel – reikwijdte – komen in elk geval aan bod: de normadressant, het terrein dat de bepaling beslaat en de ordemaatregelen die op basis daarvan genomen kunnen worden. In zeer beperkte mate ga ik in op grondrechten, aangezien deze problematiek niet het onderwerp vormt van dit onderzoek. Voor het overige verwijs ik naar de handboeken.

Voorafgaand aan de afzonderlijke behandeling van de genoemde wetsartikelen, zijn echter nog twee paragrafen te vinden. In §8.2 bespreek ik de algemene vereisten die voor elke bevoegdheid in dit kader gelden. Het gaat om het situatiecriterium en vijf voorwaarden waaraan voldaan moet zijn bij de inzet van een onmiddellijke ordemaatregel. In §8.3 ga ik in op de juridische verhouding tussen de burgemeester en zijn ondergeschikte ambtenaren.

Tot slot is het goed om de aanleiding voor dit onderzoek voor ogen te houden, te weten de juridiseringstrend die in de praktijk gaande is bij het op onmiddellijke wijze handhaven van de openbare orde (zoals in het inleidende hoofdstuk en in §7.2.4 uiteen is gezet). Het gaat om bevelen die op grond van de bevoegdheden in kwestie worden uitgevaardigd als ware sprake van een regulier Awb-besluit. De voorbeelden die ik in dit hoofdstuk aanhaal, kunnen in de context van die juridiseringstrend worden geplaatst.

## **8.2 Algemene eisen aan een onmiddellijke ordebevoegdheid**

De onmiddellijke ordebevoegdheden die centraal staan in dit onderzoek, zijn in dezelfde soort situaties inzetbaar. De maatregelen waartoe de burgemeester overgaat zijn daarbij aan dezelfde normering onderhevig.

### **8.2.1 Situatiecriterium/onmiddellijkheidssituatie**

De burgemeester kan alleen (laten) handelen op basis van artikel 172 lid 2 en lid 3, 174 lid 2 en in 175 Gem.wet als sprake is van een (dreigende) onmiddellijkheidssituatie. Dit wordt ook wel het situatiecriterium genoemd.<sup>552</sup> Er is sprake van een onmiddellijkheidssituatie als de orde in de publieke ruimte wordt verstoord door een concreet en actueel gevaar of door een concrete en actuele aantasting van de rechten van de ander. Het gevaar of de inbreuk op iemands recht moet de inzet van een onmiddellijke ordemaatregel rechtvaardigen (dus van enige betekenis zijn) en gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm. De reikwijdte van dit onderzoek beperkt zich evenwel tot situaties waarin een wettelijk voorschrift in het geding is omdat anders artikel 5:23 Awb niet relevant is.

Het gevaar dat voor burgers en goederen ontstaat, kan het gevolg zijn van menselijk handelen of een natuurlijke oorzaak hebben. Doorgaans associeert men het eerste geval met een ordeverstoring en het laatste geval met een ramp of zwaar ongeval. Hoewel beide situaties inderdaad niet geheel met elkaar vereenzelvigd kunnen worden, maakt men hier in de praktijk geen strikt onderscheid

---

<sup>552</sup> Burkens in *TvO* 1970, p. 325-327; Van der Meulen 1993, p. 189-194; De Jong 2000, p. 41-43 en 48-50; Brouwer 2006 (oratie), p. 14-15.

tussen.<sup>553</sup> In dit onderzoek zijn alleen situaties van belang die voor vergelijking met bestuursdwang in aanmerking komen. Bij een ramp of ongeval is voor optreden door de burgemeester (de dreiging van) een overtreding van een wettelijk voorschrift niet nodig. In sommige gevallen is een harde scheidslijn tussen de twee categorieën – ordeverstoringen en rampen – niet te hanteren; brandgevaarlijke situaties, ongevallen en rampen vinden immers ook plaats als gevolg van (laakbaar) menselijk handelen.

Samengevat houdt het situatiecriterium in dat aan de volgende vijf voorwaarden voldaan moet zijn. De (dreigende) ordeverstoring moet:

1. plaatsvinden in de publieke ruimte;
2. bestaan uit gevaar of de aantasting van andermans recht;
3. concreet en actueel zijn;
4. enige betekenis hebben;
5. gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm (wettelijke norm).<sup>554</sup>

Een onmiddellijkheidssituatie kan zich acuut voordoen (groepen ordeverstoorers raken slaags met elkaar) of op korte termijn dreigen plaats te vinden (een aantal dagen voor een evenement blijkt uit concrete informatie blijkt dat groepen ordeverstoorders rotzooi willen trappen). Als voorbeeld kan verder gedacht worden aan omstandigheden bij voetbalwedstrijden of demonstraties van extreem rechts maar ook aan (dreigende) ongeregelde heden na de dood van iemand in de gemeenschap.<sup>555</sup> Overlast veroorzaakt door drugshandel en prostitutie –

---

<sup>553</sup> *Kamerstukken II* 1981-1982, 16 978, nr. 3, o.a. p. 10; *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 481, nr. 3, o.a. p. 5; Muller & Stolker 2001, o.a. p. 2 en 75-77. Zie verder §8.6.1 en §8.8.2.5. Voor voorbeelden zie: Vz. ARRvS 31 mei 1990, *AB* 1990, 482 m.nt. JHvdV, *Gst.* 6911, 4 m.nt. HH (kabelverbranding Venlo); ABRvS 24 april 2001, *AB* 2002, 70 m.nt. F.R. Vermeer (Fumigation); ABRvS 14 januari 2009, *JB* 2009, 56, m.nt. M.A.D.W. de Jong, *JG* 2009, 0028 m.nt. LDR (noodbevel Westland).

<sup>554</sup> Het standpunt van de wetgever geldt als uitgangspunt: een ordeverstoring moet gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm (rampen uitgezonderd). Dit onderzoek beperkt zich echter tot situaties waarin een wettelijk voorschrift in het geding is, omdat artikel 5:23 Awb anders niet relevant is.

<sup>555</sup> Zie bijvoorbeeld: Raadsinformatiebrief van Gemeente Den Helder, 28 juli 2009, stuknr. B109.01417 en het noodbevel, stuknr. B109.01419 (FC Cambuur-Willem II); bericht op <[www.nieuwwest.amsterdam.nl](http://www.nieuwwest.amsterdam.nl)> van 16 februari 2010 en *Trouw*, 18 februari 2010 (Ajax-Juventus); Verslag extra commissie VFAB van de gemeente Arnhem, gehouden op 12 oktober 2006 met nr. Griffie/VFAB/2006/51 (demonstratie NVU); *De Gelderlander*, 28 januari 2010 en het persbericht van Gemeente Arnhem op 30 januari 2010 (demonstratie NVU); *Leidsch Dagblad*, 4 oktober 2009; verslag van vergadering van commissie Bestuur en leefbaarheid van de Gemeenteraad Leiden gehouden op 8 oktober 2009 (Leidens ontzet); ‘Burgemeester van Alkmaar vaardigt nieuw noodbevel uit’, nieuwsbericht op <[www.alkmaar.nl](http://www.alkmaar.nl)> over noodbevel van 26 april 2009 (huldiging AZ), laatst geraadpleegd

zoals geluidsoverlast, spuiten of condooms op straat, rondhangende verslaafden of het komen en gaan van klanten – dient met structurele, democratisch gelegitimeerde middelen te worden bestreden.<sup>556</sup>

## 8.2.2 Voorwaarden voor inzet ordemaatregel

Indien voldaan is aan het situatiecriterium, gelden er vervolgens voor de burgemeester vijf algemene eisen bij het aanwenden van een ordemaatregel.<sup>557</sup> De maatregel bestaat uit een (schriftelijk) bevel, fysiek handelen of uit allebei en dient:

- I. slechts tot doel te hebben het bewaren of het herstellen van orde en rust;
- II. niet zwaarder zijn dan dat de concrete situatie vereist;
- III. de dreigende verstoring direct aan te pakken;
- IV. niet langer te duren dan er gevaar dreigt voor anderen of dat andermans recht in het geding is;
- V. niet af te wijken van wettelijke voorschriften, tenzij sprake is van een noodsituatie ex artikel 175 Gem.wet.

### 8.2.2.1 Doel herstellen orde en rust

De eerste eis komt erop neer dat de maatregel op niets anders gericht mag zijn dan op het bewaren of het herstellen van de orde en rust. Dit houdt in dat het moet gaan om een preventieve of reparatoire maatregel waarbij het oogmerk van de burgemeester niet mag zijn het bestraffen van de ordeverstoorder. Deze eist vloeit voort uit het specialiteitsbeginsel en wordt ook wel aangeduid als het ‘doelcriterium’.<sup>558</sup>

---

op 2 augustus 2010; ‘Supporters Valkenswaard uitgezet’, *Eindhovens dagblad*, 17 augustus 2009; COT Instituut voor Veiligheids- en Crisismanagement, *Bosche avonden*, juni 2001.

<sup>556</sup> Hamburger 1990 in *TvO*, p. 32-36; De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 35-37, 124, 136-137 en 190-191; Littooi, *Gst.* 7181 (2003), nr. 37. Zie §8.2.2.2, §8.2.2.4 en §8.5.2.

<sup>557</sup> Zie o.a.: Van der Meulen 1993, p. 189-197 en zijn noot bij Rb. Amsterdam 19 januari 1996, *JB* 1996, 49 (Landvreugd), p. 203; De Jong 2000, p. 41-54; Brouwer 2006 (oratie), p. 15-20 en 2007, p. 158-159; HR 11 maart 2008, *AB* 2008, 163 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *NJ* 2008, 208, *LJN* BB4096; *Kamerstukken I* 1990-1991, 19 403, nr. 64b, p. 16 en 17.

<sup>558</sup> Van der Meulen 1993, p. 189 en 195-196; De Jong 2000, p. 43-44, 50-52; Hennekens 2007, p. 20 en 22-24. Vgl. ook HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 514; ABRvS 19 december 1996 *AB* 1997, 79 m.nt. FM (Landvreugd); EHRM 6 juni 2000, *JB* 2000, 266 (Oliveira versus Nederland). Anders: Vz. ARRvS 31 juli 1989, *AB* 1990, 315 m.nt. JHvdV en Buruma 1993, o.a. p. 270. Zie ook onder eis III (direct aanpakken).

### 8.2.2.2 Niet zwaarder dan concrete situatie vereist

De tweede eis vloeit voort uit het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. Bij de keuze voor een ordemaatregel geldt dat een regulier middel voorrang heeft op een exceptioneel middel en dat een lichtere bevoegdheid vóór een zwaardere bevoegdheid gaat; de maatregel moet noodzakelijk zijn om de orde te handhaven en evenredig zijn aan de (vrees voor) de ordeverstoring. In de literatuur komt men de term ‘noodzakelijkheids criterium’ tegen.<sup>559</sup>

De hier besproken eis houdt concreet in dat de burgemeester slechts een onmiddellijke ordebevoegdheid in mag zetten, als reguliere middelen – zoals een regeling in de APV – niet voorhanden zijn of niet afdoende werken. In dit verband kan de uitspraak van de Hoge Raad in 2008 genoemd worden die ging over een psychisch gestoorde zwerver die in Rotterdam voor aanzienlijke overlast zorgde. De Hoge Raad formuleert expliciet de regel dat indien sprake is van een verordening om overlastgevend verstorings tegen te gaan, de plaatselijke regeling dient te worden toegepast; artikel 172 Gem.wet kan in dat geval niet (ook) een grondslag bieden voor het opleggen van een gebiedsontzegging.<sup>560</sup>

Indien de burgemeester wel exceptionele middelen mag inzetten, zoals in het geval van onmiddellijke ordehandhaving, dient hij vervolgens te beslissen welke ordebevoegdheden in aanmerking komen al naar gelang de zwaarte van de situatie. Hierbij geldt dat de bevelsbevoegdheid van artikel 175 zwaarder is dan die van artikel 172 lid 2 en 3 Gem.wet. Is specifiek sprake van een concrete en actuele (dreigende) ordeverstoring bij een openbare vermakelijkheid of in een voor publiek openstaand gebouw, dan dient de burgemeester de *lex specialis* in artikel 174 lid 2 toe te passen.<sup>561</sup>

<sup>559</sup> Van der Meulen 1993, p. 189-190 en 196; De Jong 2000, p. 44-46 en 52-54; De Jong: in Michiels en Muller 2006, p. 392-394; Brainich von Brainich Felth 2006 in TC OO&V aant. 1 bij artikel 175; Hennekens 2007, p. 30-31.

<sup>560</sup> ABRvS 14 mei 1996, *RAwb* 1996, 108 m.nt. M.A.D.W. de Jong; HR 11 maart 2008, *AB* 2008, 163 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *NJ* 2008, 208, *LJN* BB4096; Rb. Amsterdam 13 januari 2009, *JG* 2009, 0040 m.nt. LDR, *LJN* BH5041. Zie ook de uitspraak van de Rechtbank Assen van 20 september 2010 (*AB* 2011, 8 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder) waaruit blijkt dat artikel 172 lid 3 Gem.wet een aanvullende functie kan hebben als in de APV alleen de situatie is geregeld waarin een ordeverstoring gaande is en niet de situatie dat een ordeverstoring dreigt.

<sup>561</sup> De Jong 2000, p. 37, 44-46 en 52-54; Hennekens 2007, p. 63-65; ABRvS 19 december 1996 *AB* 1997, 79 m.nt. FM (Landvreugd). Zie verder de afzonderlijke behandeling van de genoemde onmiddellijke ordebevoegdheden in de hierna volgende paragrafen.

### 8.2.2.3 Direct aanpakken

Zodra de burgemeester een keuze heeft gemaakt voor een bepaalde onmiddellijke ordemaatregel, geldt vervolgens de eis dat hij daarmee de (dreigende) ordeverstoring direct moet aanpakken. Deze derde eis betekent zowel dat hij onverwijld op de situatie reageert als dat hij met de gekozen maatregel de ordeverstoring effecten direct wegneemt. Het optreden met een onmiddellijke ordemaatregel op een later tijdstip heeft immers de schijn van willekeur en toont aan dat hij ook een ander, regulier middel in had kunnen zetten. Het heeft daarbij geen zin om een maatregel op te leggen waardoor het gevaar of de aantasting van andermans recht enige tijd blijft voortduren.<sup>562</sup>

Als deze derde eis al door rechters wordt gehanteerd, is de toepassing daarvan niet uniform. In 1989 gebruikt de Voorzitter van de Afdeling dit vereiste om te oordelen over een gebiedsontzegging in Amsterdam opgelegd wegens het openlijk gebruiken en verhandelen van drugs (een zogenaamd dijkverbod). De voorzitter vindt een verbod van acht uren toelaatbaar, omdat deze maatregel nog als een directe reactie op een (dreigende) ordeverstoring is te beschouwen; een verwijderingsbevel van veertien dagen zou echter overwegend het karakter van een strafsanctie aannemen. De Rechtbank Amsterdam komt in 1996 tot eenzelfde conclusie. Volgens de rechtbank levert een veertiendagenbevel een ernstige beperking van de bewegingsvrijheid op en geldt het bevel te meer als *criminal charge*, nu de ordemaatregel niet direct op de ordeverstoring volgde: de verstoring vond plaats op 16 november 1994, terwijl de primaire beschikking op 2 december 1994 is gegeven en het bevel op 3 december 1994 in werking trad. In hoger beroep maakt de Afdeling rigoureuus een andere afweging: het opgelegde veertiendagenbevel is te beschouwen als niet meer dan een preventieve maatregel om verdergaande ordeverstoring te vermijden en als zodanig ook niet aan te merken als een *criminal charge*.<sup>563</sup>

In een opzienbarende zaak uit 2002 speelde de derde voorwaarde ook een rol. De Burgemeester van Rotterdam legt aan een groep van tweeënvijftig (ex)druggebruikers een gebiedsontzegging op van zes maanden in verband met structurele overlast in het tippelgebied aan de Keileweg. Verzoekers voeren aan dat de relatie tussen de directe ordeverstoring en de verwijderingsbevelen ver te zoeken is en dat de bevelen geen directe reactie zijn op de verstoring van de openbare orde. De voorzieningenrechter overweegt echter dat in de tippelzone sprake is van een voortdurende situatie van verstoring van de openbare orde en

<sup>562</sup> Zie volgende noten en Brouwer 2006 (oratie), p. 18-19; Brouwer & Schilder in *JBplus* 2007, p. 158.

<sup>563</sup> Vz. ARRvS 31 juli 1989, *AB* 1990, 315 m.nt. JHvdV; Rb. Amsterdam 19 januari 1996, *AB* 1996, 171 m.nt. FM, *LJN* ZF0329, *RAwb* 1996, 51 m. nt. M.A.D.W. de Jong; ABRvS 19 december 1996 *AB* 1997, 79 m.nt. FM (Landvreugd). Zie ook: EHRM 4 juni 2002, *AB* 2003, 19 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *AB* 2002, 407 m.nt. Sew.

dat de tijdelijke verwijdering van de groep drugsgebruikers logischerwijs daarop een directe reactie vormt (zie ook onder eis IV).<sup>564</sup>

Tot slot noem ik in dit kader twee uitspraken die door de Afdeling in 2004 zijn geweest. In het eerste geval staat centraal het sluitingsbevel van de Burgemeester van Castricum dat hij oplegt nadat een café in strijd met de garderobevoorschriften en de sluitingstijden handelt. De Afdeling meent dat deze omstandigheden in casu niet noopten tot onverwijld ingrijpen ter bescherming van de veiligheid en gezondheid. In deze conclusie speelt een belangrijke rol dat de burgemeester na de op 7 en 30 april 2001 geconstateerde overtredingen niet terstond ingrijpt: zijn reactie volgt op 3 mei en bestaat uit de mededeling dat het café pas bij herhaalde overtreding wordt gesloten.<sup>565</sup>

In de volgende zaak daarentegen past de Afdeling de eis dat de onmiddellijke ordemaatregel de verstoring per direct moet tegen gaan, niet toe. Op een schip in Maastricht wonen zestig tot tachtig Polen die werkzaam zijn bij een scheepswerf. Naar aanleiding van een inspectierapport en onderzoek door de brandweer besluit de burgemeester te ontruimen waarbij de Poolse scheepswerfbouwers drie dagen krijgen om zich van het schip te verwijderen. Over de maatregel oordeelt de Afdeling slechts het volgende: “Gezien de omvang, de aard en de ernst van de (...) geconstateerde tekortkomingen is de burgemeester tot het oordeel gekomen dat sprake was van *een onhoudbare en levensbedreigende situatie die tot onmiddellijk ingrijpen noopte*. De burgemeester was ingevolge art. 172 lid 3 Gemeentewet bevoegd tot het geven van bevelen (...) die noodzakelijk te achten waren om de openbare orde te handhaven of ernstige verstoring daarvan te voorkomen [cursivering LDR]”. De annotator bij deze uitspraak wijst er terecht op dat de ontruimingstermijn van drie dagen op gespannen voet staat met de ‘per direct aanpakken’-eis. Om levensbedreigende situaties te voorkomen zou het bevel om terstond te stoppen met roken, stoken en koken passender zijn geweest.<sup>566</sup>

---

<sup>564</sup> Rb. Rotterdam (vzr.) 6 september 2002, *JB* 2002, 382 m.nt. Brouwer en Schilder, *AB* 2002, 408 m.nt. Sew. De voorzieningenrechter heeft de duur van de gebiedsontzegging van zes maanden bekort tot vier weken. Volgens de Rechtbank Rotterdam hebben partijen het hoogstwaarschijnlijk hierbij gelaten.

<sup>565</sup> ABRvS 9 juni 2004, *JB* 2004, 263 m.nt. J.L.W. Broeksteeg. Zie ook: Pres. Rb. Zwolle 18 juli 1986, *KG* 1986, 396.

<sup>566</sup> ABRvS 17 november 2004, *AB* 2005, 410 m.nt. J.G. Brouwer, *JB* 2005, 18 m.nt. J.L.W. Broeksteeg, *LJN* AR5816; Rb. Maastricht 10 november 2003, *LJN* AN7839.

#### 8.2.2.4 *Duur gerelateerd aan gevaar voor ander of aantasting van andermans recht*

Nadat de burgemeester met het herstellen van de openbare orde als doel heeft besloten tot het aanwenden van een onmiddellijke ordemaatregel die niet zwaarder is dan de situatie vereist, en hij die per direct inzet, is de vraag hoelang deze maatregel gelding mag hebben; de vierde eis ziet op de tijdsperiode van de ordemaatregel en houdt in dat de duur hiervan afhankelijk is van de tijd dat het gevaar of de aantasting van andermans recht aanwezig is. In relatie tot een sluitingsbevel voor een voor publiek openstaand gebouw formuleert de Voorzitter van de Afdeling de regel dat de duur van een dergelijk bevel ‘dient te worden beperkt tot een periode waarin de bedreiging van de openbare orde als gevolg van de openstelling van de inrichting nog concreet voorzienbaar is’.<sup>567</sup>

In de rechtspraak valt op dat men het vroeger niet zo nauw nam met deze vierde eis.<sup>568</sup> Het meest schrijnende voorbeeld van een ordemaatregel waarbij de duur niet afhankelijk is van de tijd dat er gevaar of aantasting van andermans recht is, zijn de jaarlijks duizenden noodbevelen (dijkverboden) die de Burgemeester van Amsterdam uitvaardigt vanaf de jaren tachtig tot halverwege de jaren negentig. Hiermee probeert hij overlast afkomstig van drugsgebruikers en dealers tegen te gaan bestaande uit intimidatie, openlijk drugsgebruik, geweldpleging, schreeuwen of het anderszins lastig vallen van burgers. Om deze redenen merkt de burgemeester specifieke straten voor meerdere jaren aan als noodgebied.<sup>569</sup>

In 1996 speelt in dit kader een zaak voor de Hoge Raad waarin verzoeker tot cassatie zich beroept op de lange duur van de noodtoestand die de basis vormt voor het aan hem opgelegde verwijderingsbevel. De aanwijzing tot noodgebied blijkt uit een brief van de burgemeester uit 1989, terwijl het bevel in 1992 is uitgereikt. Volgens verzoeker blijkt eveneens uit deze brief dat de burgemeester een dergelijke noodtoestand sinds 1983 al aanwezig acht; er zou maar liefst ruim twaalf jaar sprake zijn van een noodsituatie.<sup>570</sup>

De Hoge Raad is echter een andere mening toegedaan: hoewel het juist is dat artikel 219 Gem.wet-oud slechts in uitzonderingssituaties dient te worden gehanteerd, betekent dit niet dat de verlopen tijd – men gaat uit van ‘slechts’ een kleine 3 jaar – zonder meer meebrengt dat op de dag van het bevel geen sprake

<sup>567</sup> Brouwer 2006 (oratie), p. 17-18; Brouwer & Schilder in *JBplus* 2007, p. 158-159; Vz. ARRvS 26 augustus 1992, *AB* 1993, 104.

<sup>568</sup> Zie volgende noot en HR 11 december 1990, *NJ* 1991, 423 en *Gst.* 6924 (1991), nr. 4 m.nt. Hennekens; ARRvS 17 december 1991, *AB* 1992, 550 m.nt. JHvdV; De Jong, Kummeling & Burkens 1994, o.a. p. 67.

<sup>569</sup> Hamburger 1990 in *TvO*, p. 32-36; De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 35-37, 124, 136-137 en 190-191; Littooij, *Gst.* 7181 (2003). Zie ook de volgende noten.

<sup>570</sup> HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 514, *Gst.* 7047 (1997), nr. 6 m.nt. Hennekens.



kon zijn van een dergelijke uitzonderingssituatie. De advocaat-generaal meent dat hoewel een noodsituatie gedurende een langere tijd kan bestaan, dit mogelijk niet geheel in overeenstemming is met de bedoeling van artikel 219 (!).<sup>571</sup> De Afdeling die een maand later een soortgelijke zaak behandelt, geeft aan dat de langdurige periode van overlast structurele aspecten is gaan tonen; de burgemeester dient zich in de toekomst derhalve op een relevante bepaling in een gemeentelijke verordening te beroepen.<sup>572</sup>

Een recenter voorbeeld van een uitspraak waarin blijkt dat het bestuur het niet zo nauw neemt met deze vierde eis, is de al onder eis III aan bod gekomen zaak van de drugsoverlast in een tippelzone van Rotterdam. De groep van circa 52 (ex)drugsgebruikers werd bevolen zich zes maanden lang op bepaalde tijden verwijderd te houden van het terrein in en rond het tippelgebied. Zowel de strafrechter als de voorzieningenrechter menen – onder andere – dat de duur van zes maanden een te vergaande inbreuk maakt op de bewegingsvrijheid; vier weken acht men nog acceptabel.<sup>573</sup>

Zoals de Afdeling al uitmaakte – de Hoge Raad sprak zich er destijds minder duidelijk over uit – dient structurele drugsoverlast niet bestreden te worden door de inzet van een onmiddellijke ordemaatregel. Ruim tien jaar later formuleert de Hoge Raad expliciet hetzelfde standpunt maar in relatie tot de oneigenlijke inzet van de lichte bevelsbevoegdheid van artikel 172 lid 3 Gem.wet (zie verder §8.4 en §8.5). De advocaat-generaal bij deze uitspraak verklaart dat deze bevelsbevoegdheid vooral is bedoeld ‘voor situaties waarin (nog) geen overtredingen van wettelijke voorschriften plaatsvinden en waarin snel gehandeld moet worden met bijvoorbeeld kortdurende verblijfsverboden om aan een acute dreiging voor de openbare orde het hoofd te bieden.’<sup>574</sup>

De Burgemeester van Eindhoven maakt het wel heel bont in zijn strijd tegen de terugkeer van een veroordeelde pedofiel. Op basis van artikel 172 lid 3

---

<sup>571</sup> HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 514, concl. A-G J.W. Fokkens onder 13 en *Gst.* 7047 (1997), nr. 6 m.nt. Hennekens; ABRvS 19 december 1996 *AB* 1997, 79 m.nt. FM (Landvreugd) en EHRM 4 juni 2002, *AB* 2003, 19 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *AB* 2002, 407 m.nt. Sew. Anders: Rb. Amsterdam 19 januari 1996, *AB* 1996, 171 m.nt. FM, *LJN* ZF0329, *RAwb* 1996, 51 m.nt. M.A.D.W. de Jong.

<sup>572</sup> ABRvS 14 mei 1996, *RAwb* 1996, 108 m.nt. M.A.D.W. de Jong. Zie ook noot 574.

<sup>573</sup> Verzoekers voeren aan dat deze aanpak van drugsoverlast geen zoden aan de dijk zet, aangezien slechts sprake is van verplaatsing van het probleem naar andere wijken. In feite zegt men hiermee dat dergelijke bevelen geen geschikt middel zijn, omdat het gevaar voor anderen en de aantasting van andermans rechten blijft voortduren – er is sprake van structurele overlast. Zie: Rb. Rotterdam (vzr.) 6 september 2002, *JB* 2002, 382, m.nt. Brouwer en Schilder, *AB* 2002, 408 m.nt. Sew (zie ook noot 564); Rb. Rotterdam 22 oktober 2002, *NBSTRAF* 2002, 295; Hof 's-Gravenhage 15 november 2004, *NBSTRAF* 2005, 68.

<sup>574</sup> Zie §8.5.2, volgende noot en ABRvS 14 mei 1996, *RAwb* 1996, 108 m.nt. M.A.D.W. de Jong; punt 3.15 van conclusie A-G Machielse bij HR 11 maart 2008, *AB* 2008, 163 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *NJ* 2008, 208, *LJN* BB4096.

Gem.wet wordt de man in kwestie bevolen om zich uit de gehele stad Eindhoven verwijderd te houden totdat de uitspraak van zijn strafzaak onherroepelijk is geworden en hij onder justitiële titel concrete resocialisatie- of zorgafspraken heeft gemaakt. De rechter geeft aan dat het ten tijde van het geven van het bevel niet voorzienbaar was wanneer er in zijn zaak onherroepelijk zou worden beslist, zodat het bevel in feite voor onbepaalde tijd is opgelegd. Het bevel is in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.<sup>575</sup>

De laatste zaak die ik in het kader van de eis over de duur van de maatregel wil noemen, betreft de ernstige vrees voor een zwaar ongeval in het Westland. Door middel van een noodbevel legt de burgemeester de bouwwerkzaamheden van een tuinbouwbedrijf stil in verband met ontploffingsgevaar veroorzaakt door resterende niet geruimde mijnen uit de Tweede Wereldoorlog. Appellant voert aan dat het bevel ten onterechte voor onbepaalde tijd is opgelegd en dat het te lang is gehandhaafd. De rechtbank meent dat de uiteindelijke duur van het bevel – bijna één jaar – noodzakelijk was gezien de tijd benodigd voor het zoeken naar en het ruimen van de explosieven. Om onbegrijpelijke redenen gaat de Afdeling er vanuit dat deze tijdspanne geen onderdeel uitmaakt van het geding. Zij geeft slechts aan dat het onmogelijk was om het noodbevel op te leggen met een tevoren bepaalde termijn, omdat het op dat moment niet duidelijk was hoeveel tijd men nodig had.<sup>576</sup> Mijns inziens ontkomt de burgemeester er niet aan om zelfs in het geval van een bevel ter bescherming van burgers bij rampen en zware ongevallen, de duur hiervan direct te koppelen aan de tijd dat het gevaar dreigt.

#### 8.2.2.5 *Geen afwijking van wettelijke voorschriften*

De vijfde en laatste eis houdt in dat de burgemeester bij zijn bevelen en de politie bij haar fysieke maatregelen onder verantwoordelijkheid van de burgemeester, niet mogen afwijken van wettelijke voorschriften, tenzij de grondwettelijke beperkingssystematiek dit mogelijk maakt. Inbreuk op fundamentele rechten als het huisrecht en het recht op ongestoord genot van eigendom zijn niet mogelijk zonder een specifieke grondslag in een wet in formele zin. Daarnaast zou bij een ontruiming ingevolge de McCann-jurisprudentie een onafhankelijke rechtsprekende instantie ('tribunal') effectieve rechtsbescherming moeten bieden waarbij de proportionaliteit van de maatregel getoetst kan worden. Het verdragsrechtelijke beschermde recht van respect voor het privéleven, waar de bescherming van lichamelijke integriteit onder valt, en het recht van bewegingsvrijheid kun-

<sup>575</sup> Rb. 's-Hertogenbosch, 5 augustus 2010, *AB* 2010, 304 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* BN3313.

<sup>576</sup> Rb. 's-Gravenhage 18 februari 2008, *LJN* BD8250; ABRvS 14 januari 2009, *JB* 2009, 56, m.nt. M.A.D.W. de Jong, *JG* 2009, 0028 m.nt. LDR (noodbevel Westland). Zie ook §8.8.2.5.

nen in dit kader wel via een bevel of fysieke maatregel gerechtvaardigd beperkt worden. Zie verder §7.4.1.3 onder het kopje ‘Besloten plaatsen en woningen’.

### 8.3 Machtiging, mandaat en delegatie

In deze paragraaf ga ik beknopt in op het onderwerp machtiging, mandaat en delegatie in de verhouding tussen de burgemeester en zijn ondergeschikte ambtenaren (zie §3.4.4). De overkoepelende term ‘machtigen’ ziet zowel op mandaatverlening als het geven van een volmacht als het machtigen als het uitvoeren van feitelijke handelingen.<sup>577</sup> Mandaat en delegatie hebben alleen betrekking op besluiten (zie titel 10.1 Awb).

Tussen de burgemeester en in de gemeente dienstdoende politieambtenaren bestaat een ondergeschiktheidsrelatie die blijkt uit artikel 12 Pol.wet jo. 177 lid 1 Gem.wet. Tussen de burgemeester en zijn gemeenteambtenaren wordt een ondergeschiktheidsrelatie verondersteld. Ondergeschiktheid houdt in dat de burgemeester zijn werkzaamheden laat uitvoeren waarbij hij aanwijzingen kan geven. In tegenstelling tot delegatie, leent de figuur van mandaatverlening zich bij uitstek voor toepassing in hiërarchische verhoudingen. Er bestaat voor de burgemeester een algemene mandaatbevoegdheid in het geval van gemeenteambtenaren en een specifieke bevoegdheid om politieambtenaren die in de gemeente dienst doen, te kunnen mandateren.<sup>578</sup>

Een dergelijke relatie tussen de burgemeester en het gemeentelijke brandweerpersoneel kan worden aangenomen op basis van zijn gezagsbevoegdheid in artikel 4 Wet veiligheidsregio’s; een concrete bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen ontbreekt echter (vgl. artikel 12 lid 2 Pol.wet). Met het begrip ‘gezag’ doelt de wetgever op de bestuurlijke leiding, aangezien de feitelijke leiding bij de operationele leider van de brandweer berust. De wetgever geeft aan dat de verantwoordelijkheid voor de taakuitvoering van de brandweer analoog is aan zijn verantwoordelijkheid voor het optreden van de politie in het kader van de handhaving van de openbare orde en de hulpverlening.<sup>579</sup>

<sup>577</sup> *Kamerstukken II 1996–1997*, 25 280, nr. 3, p. 70; *Kamerstukken II 2000–2001*, 27 547, nr. 3, p. 4; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, artikel 177 aantekening 2.1.

<sup>578</sup> *Kamerstukken II 1985–1986*, 19 403, nr. 3, p. 123–124; PG Awb III, o.a. p. 434; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 453–454; Dölle 2000, o.a. p. 31; Elzinga in *Gst.* 7190 (2003), 135 (online via Kluwer Navigator). Zie ook artikel 10:4 Awb.

<sup>579</sup> *Kamerstukken II 2007–2008*, nr. 7, p. 13; Brainich von Brainich Felth in *Gst.* 7284 (2007), p. 590–591; Hennekens 2007, p. 35–36. Zie ook §5.3.6.

### 8.3.1 Feitelijke beslisser

In de relatie burgemeester en politie geldt dat de laatstgenoemde nooit zelf kan uitmaken of een onmiddellijke ordebevoegdheid ingezet dient te worden. Het dient altijd de burgemeester te zijn die in een onmiddellijkheidsituatie de beslissing neemt om een bevel uit te vaardigen; de wetgever heeft een delegatie- en mandaatsverbod opgenomen in artikel 177 lid 2 en 178 lid 2 Gem.wet.

#### Artikel 177 Gemeentewet

1. De burgemeester kan een in de gemeente dienstdoende ambtenaar van politie machtigen in zijn naam besluiten te nemen of andere handelingen te verrichten.
2. Geen machtiging wordt verleend tot het nemen van besluiten ingevolge de artikelen 151b, 154a, 172, 172a, 172b, 174, tweede lid, 174a, 175, 176 en 176a.

#### Artikel 178 Gemeentewet

1. De burgemeester kan aan een door hem ingestelde bestuurscommissie en aan de voorzitter van het dagelijks bestuur van een deelgemeente bevoegdheden overdragen, tenzij de aard van de bevoegdheid zich tegen overdracht verzet.
2. De bevoegdheden, bedoeld in de artikelen 151b, 154a en 172 tot en met 176a, kunnen in ieder geval niet worden overgedragen.  
(...)

Het valt op dat het tweede lid van artikel 177 Gem.wet spreekt van ‘besluiten’. Het is aannemelijk dat de wetgever niet goed nagedacht heeft over het gebruik van deze terminologie – mede gezien de turbulente geschiedenis van artikel 177. De artikelen 172, 172a, 174 lid 2, en 175 spreken namelijk alleen over ‘bevelen’. Daarbij blijkt uit de toelichting op artikel 5:23 Awb dat de wetgever bij een onmiddellijk ordebevel denkt aan een mondeling gegeven bevel en dat hij de burgemeester wil vrijwaren van moeten voldoen aan het merendeel van de eisen die bij reguliere bestuursrechtelijke handhaving gelden (zoals het horen van de overtreder, het schriftelijk opmaken van de beslissing met vermelding van het overtreden wettelijk voorschrift, het deugdelijk motiveren van deze beslissing, het gunnen van een termijn, het bekendmaken, het beslissen op bezwaar en daarmee het openstellen van de mogelijkheid van beroep bij de bestuursrechter).<sup>580</sup>

Turbulente geschiedenis artikel 177 – Door vage en foutieve formuleringen van de wetgever in het verleden is het lange tijd onduidelijk of de burgemeester politie kan inzetten om namens hem handelingen te verrichten ter uitvoering van raadsverordeningen. Inmiddels is het onmogelijk

---

<sup>580</sup> Zie §7.2.4 en noot 581.

om de tekst van artikel 177 Gem.wet anders op te vatten. Lid 1 van deze bepaling ziet met name op bevelen die de burgemeester kan opleggen op basis van een verordening zoals een gebiedsverbod of het bevel tot tijdelijke sluiting van een horecabedrijf. Ter uitvoering van raadsverordeningen kan hij bepaalde politieambtenaren het mandaat verlenen om dergelijke APV-bevelen namens hem op te leggen, tenzij de aard van de bevoegdheid zich verzet.<sup>581</sup> Voor bevelen die de burgemeester geeft ter onmiddellijke ordehandhaving geldt een delegatie- en mandaatsverbod.<sup>582</sup>

Het verbod op het overdragen en mandateren van de bevoegdheden in de artikelen 151b, 154a, 172, 172a, 172b, 174 lid 2, 174a, 175, 176 en 176a Gem.wet is opgenomen, omdat die met opzet aan de burgemeester zijn toegekend. Volgens de wetgever dient hij voor de uitoefening ervan de volle verantwoordelijkheid te dragen – hetgeen delegatie uitsluit. De Jong meldt dat dit argument voor mandaat geen hout snijdt, omdat in dat geval de verantwoordelijkheid niet wordt overgedragen. Overtuigender is het argument dat het hier om ingrijpende discretionaire bevoegdheden gaat en hun aard zich tegen mandaatverlening verzet (artikel 10:3 lid 1 Awb).<sup>583</sup>

Onder de oude gemeentewet was geen sprake van een absoluut mandaatsverbod. Rechters accepteerden een vorm van uitvoeringsmandaat waarbij de politie geen enkele beoordelings- of beleidsvrijheid heeft. Dit werd onder meer aangenomen ten tijde van de duizenden verblijfsontzeggingen die de namens de

<sup>581</sup> De huidige tekst van artikel 177 Gem.wet bestaat na de inwerkingtreding van reparatiewetgeving in januari 2009. De oude bepaling verbood in lid 2 het machtigen van de politie door de burgemeester ter uitvoering van raadsverordeningen. Zie o.a.: Zijlstra in *Gst.* 7084 (1998), p. 517-524; De Jong 2000, p. 57-62; Elzinga in *Gst.* 7190 (2003), 135 (online via Kluwer Navigator); De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, algemeen commentaar bij artikel 177; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 454; *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 547, nr. 3, p. 4; *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 101, nr. 7, p. 4-5; *Stb.* 2008, 44, onderdeel C; HR 24 september 2002, *LJN* AE2126, *NJ* 2003, 80 m.nt. YB; ABRvS 7 juli 2004, *LJN* AP8138, r.o. 2.3; Rb. Roermond 29 juni 2005, *LJN* AT8549. Zie ook: Rb. Amsterdam 7 december 2005, *NBSTRAF* 2006, 30; ABRvS 1 maart 2006, *JB* 2006, 116 m.nt. F.A.M.S., *LJN* AV2938; Hof Amsterdam 27 februari 2006, *LJN* AV6541; HR 11 maart 2008, *AB* 2008, 163 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *NJ* 2008, 208, *LJN* BB4096. Bevoegdheden in dit kader die zich niet naar hun aard niet voor mandatering lenen (artikel 10:3 Awb), zijn bijvoorbeeld langdurige verblijfsontzeggingen of sluitingsbevelen: Rb. Arnhem (vzr.) 17 december 2003, *LJN* AO1121; ABRvS 18 oktober 2006, *AB* 2007, 19, m.nt. F.R. Vermeer. De mandataris dient ook binnen de grenzen van zijn instructie te blijven ex artikel 10:2 Awb (Rb. 's-Gravenhage 19 februari 2004, *NBSTRAF* 2004, 139).

<sup>582</sup> Belangrijk om te melden is dat De Jong in de bronnen in de vorige noot genoemd, geen onderscheid aanbrengt tussen mandaat ter uitvoering van een onmiddellijke ordebevoegdheid en ter uitvoering van een bevoegdheid die de burgemeester toekomt op basis van de APV.

<sup>583</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 90 en *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 547, nr. 3, p. 4; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, artikel 177 lid 2; De Jong 2000, p. 61-62; Hennekens 2007, p. 119-121; Damen e.a. 2005, p. 180-181. Zie ook ABRvS 9 juni 2004, *JB* 2004, 263 m.nt. J.L.W. Broeksteeg.

Amsterdamse burgemeester werden opgelegd in de strijd tegen drugsoverlast; politieambtenaren handelden op basis van een gedetailleerde instructie en voerden daarmee een strikt gebonden mandaat uit.<sup>584</sup> Gezien de expliciete bewoordingen van het tweede lid van artikel 177 Gem.wet, is het mandaatverbod onder het huidige recht voor de onmiddellijke ordebevoegdheden wel als absoluut te beschouwen.<sup>585</sup>

### 8.3.2 Feitelijke uitvoerder

Het verbod in artikel 177 lid 2 Gem.wet ziet slechts op het nemen van beslissingen en niet op het verrichten van ‘andere handelingen’. Dit betekent dat de burgemeester de feitelijke uitvoering van zijn onmiddellijke ordebeslissingen wel mag overlaten aan politieambtenaren of brandweerpersoneel middels een machtiging.<sup>586</sup>

Feitelijke uitvoering – Een goed voorbeeld is het bevel gericht aan een groep hooligans die zich tijdens het uitgaan baldadig gedraagt, vernielingen aanricht en duidelijk van plan is om nog meer rotzooi te trappen. Het bevel bevat een verbod om zich ’s nachts binnen een bepaalde straal van het uitgaansgebied te bevinden. De politie overhandigt het bevel en zorgt voor de feitelijke uitvoering ervan: het daadwerkelijk verwijderen en verwijderd houden van de hooligans uit het verboden gebied.

In de literatuur merkt men op dat het overbodig is om in artikel 177 Gem.wet expliciet te bepalen dat de burgemeester zijn beslissingen kan laten uitvoeren resp. feitelijke handelingen kan laten verrichten door politie: De burgemeester heeft op grond van de Politiewet (artikel 12) reeds het gezag over politieambtenaren. In deze ondergeschiktheidsrelatie passen het uitvoeren van besluiten en

<sup>584</sup> Hamburger 1990 in *TvO*, p. 32-36; De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 51-52 en 136-137; ARRvS 17 augustus 1982, *AB* 1983, 80 m.nt. P.J. Boon (inhuldiging Beatrix); Vz. ARRvS 31 juli 1989, *AB* 1990, 315 m.nt. JHvdV; Hof Amsterdam 4 mei 1990, *AB* 1991, 30; ARRvS 17 december 1991, *AB* 1992, 550 m.nt. JHvdV (balletje-balletje); HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 514.

<sup>585</sup> Een strikt gebonden uitvoeringsmandaat van een bevoegdheid die de burgemeester toekomt op basis van de APV, is daarentegen wel toelaatbaar. Zie: HR 24 september 2002, *LJN* AE2126, *NJ* 2003, 80 m.nt. YB; Rb. Roermond 29 juni 2005, *LJN* AT8549. Anders: De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, artikel 177 aantekening 3 en De Jong 2000, p. 61-62. De Jong maakt geen onderscheid tussen mandaat ter uitvoering van een onmiddellijke ordebevoegdheid en ter uitvoering van een bevoegdheid die de burgemeester toekomt op basis van de APV.

<sup>586</sup> De term ‘machtiging’ is groter dan de term ‘mandaat’. Onder machtigen valt mandaat, het geven van volmacht en het machtigen tot uitoefenen van feitelijke bevoegdheden: *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 280, nr. 3, p. 70; *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 547, nr. 3, p. 4; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, artikel 177 aantekening 2.1.

onmiddellijke ordebeslissingen volledig binnen de hiërarchische verhouding. Al doorredenerend kan dezelfde conclusie getrokken worden voor het tweede lid van artikel 172 Gem.wet.<sup>587</sup>

De politie kan bevelen door fysieke handelingen uitvoeren en handhaven of direct tot fysiek ingrijpen overgaan. De eisen aan dergelijk politiehandelen vloeien voort uit de Gemeentewet, De Politiewet 1993 jo. de Ambtsinstructie voor de politie uit 1994, algemene rechtsbeginselen en het (overige) ongeschreven recht.

Het tweede lid van artikel 172 Gem.wet kent de politie expliciet de bevoegdheid toe om in het publieke domein feitelijke maatregelen te treffen met het doel het beletten en beëindigen van een ordeverstoring. Het gaat in elk geval om: het afzetten van openbare wegen, het ontruimen van cafés, stadions, discotheken e.d., het sluiten van dergelijke voor publiek openstaande gebouwen (door middel van het dichttimmeren van alle openingen of het verzegelen) en het fysiek tegenhouden en verwijderen van personen. De Gemeentewet bevat verder weinig bepalingen die het handelen van de politie in het kader van dit onderzoek normeren. Bij het noodbevel stelt zij slechts de eis dat men niet eerder tot maatregelen van geweld overgaat dan nadat een waarschuwing is afgegeven (artikel 175 lid 2 Gem.wet). In de jurisprudentie en literatuur is de eis ontstaan dat deze waarschuwing ‘behoorlijk’ dient te zijn, dat wil zeggen duidelijk en aangekomen bij de normadressant. Daarnaast moet er enige tijd verstreken zijn voordat de burgemeester gehoorzaamheid door middel van geweld afdwingt.

Ook in de Politiewet en de Ambtsinstructie voor de politie zijn weinig bepalingen te vinden die betrekking hebben op de normering van de fysieke handhaving van de openbare orde. Een politieambtenaar mag ‘in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening geweld gebruiken’ als dit het herstellen van de orde en rust rechtvaardigt en dat doel niet op een andere wijze kan worden bereikt. In het algemeen geldt de eis dat aan het gebruik van geweld zo mogelijk een waarschuwing vooraf moet gaan. Zie artikel 8 lid 1 Pol.wet en de nadere regeling over het gebruik van geweld in de Ambtsinstructie voor de politie van 1994. De meeste bepalingen in de ambtsinstructie zien echter op strafvorderlijk politieoptreden.<sup>588</sup>

---

<sup>587</sup> *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 280, B, p. 6 (advies RvS); De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, artikel 177 aantekening 2.1 en 2.2; De Jong 2000, p. 59-60 m.n. noot 152; Drayer & Suyver 2000, p. 20; Brainich von Brainich Felth 2006 in TC OO&V bij artikel 17 Gem.wet, aant. 2; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 453-454. Anders: *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 280, nr. 3, p. 70; Hennekens 2007, p. 117-118. Verg. ook artikel 10:4 Awb. Voor artikel 172 lid 2 Gem.wet zie: *Kamerstukken II 1988-1989*, 19 403, nr. 15, p. 49. Het tweede lid van artikel 172 luidt: “De burgemeester is bevoegd overtredingen van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde, te beletten of te beëindigen. Hij bedient zich daarbij van de onder zijn gezag staande politie.”

<sup>588</sup> Zie ook Buruma in: Fijnaut e.a. 2007, p. 530.

Verder zijn politieambtenaren bevoegd tot een zogenaamde veiligheidsfouillering (artikel 8 lid 3 Pol.wet). Politieambtenaren mogen kleding van personen onderzoeken ‘bij de uitoefening van een hem wettelijk toegekende bevoegdheid of bij een handeling ter uitvoering van de politietaak’. Voorwaarde is dat dit noodzakelijk is om onmiddellijk (dreigend) gevaar af te wenden voor het leven of veiligheid van de politieambtenaar zelf of van derden.<sup>589</sup>

De beginselen en ongeschreven eisen zoals in §3.4.2 beschreven geldt ook voor de fysieke onmiddellijke ordehandhaving. Door de beginselen van behoorlijk bestuur moet de politie zorgvuldig handelen, geen misbruik maken van haar bevoegdheid en voor zover mogelijk bij het fysieke ingrijpen zoveel mogelijk belangen op evenredige wijze afwegen (zie artikel 3:1 lid 2 jo. afdeling 3.2 Awb).

## 8.4 Artikel 172 lid 2

### 8.4.1 Algemeen

Het moderniseren van het oude systeem tijdens de herziening van de Gemeentewet begint met het codificeren van de taakopdracht die de burgemeester vanouds toekomt (lid 1). Zijn taak is het feitelijk herstellen en bewaren van de openbare orde. In het tweede lid neemt de wetgever nadrukkelijk een dwangbevoegdheid op die de burgemeester bevoegd maakt tot het beletten of het beëindigen van overtredingen van openbare-orderegels met hulp van de onder zijn gezag staande politie. Zie ook §7.2.

#### Artikel 172

2. De burgemeester is bevoegd overtredingen van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde, te beletten of te beëindigen. Hij bedient zich daarbij van de onder zijn gezag staande politie.

De bevoegdheid in dit lid vormt de rechtstreekse aanleiding voor het opnemen van artikel 5:23 Awb (zie §7.2.2 -§7.2.4 ). Met de inwerkingtreding van de derde tranche van de Awb realiseert de wetgever zich namelijk dat de formulering in het tweede lid van artikel 172 gevoelsmatig, maar ook door woordkeus sterk doet denken aan de algemene bestuursdwangbevoegdheid. Immers, bij bestuursdwang gaat het bestuur tot fysieke maatregelen over wanneer een overtreder een

---

<sup>589</sup> Zie ook Buruma in: Fijnaut e.a. 2007, p. 534.



wettelijk voorschrift niet naleeft en er middels een last op herstel van een rechtmatige situatie is aangedrongen.<sup>590</sup>

#### 8.4.2 Reikwijdte

Gezien de overige ordebevoegdheden, is het tweede lid van artikel 172 een vreemde eend in de bijt. Het is de enige bepaling in de reeks onmiddellijke ordebevoegdheden die de burgemeester niet een bevelsbevoegdheid toekent, maar hem expliciet bevoegd maakt tot fysiek handelen. Het is daarbij problematisch dat de bewoordingen van dit lid misleiden.

De formulering in het tweede lid van artikel 172 is in de eerste plaats bedrieglijk omdat de voorwaarde dat sprake dient te zijn van een verstoring van de openbare orde van ondergeschikt belang lijkt. De tekst suggereert dat het beletten of beëindigen van overtredingen van bepaalde wettelijke voorschriften voorop wordt gesteld, terwijl het gaat om de (dreigende) versturende effecten in de publieke ruimte als gevolg van dergelijke overtredingen. Daarmee oogt deze dwangbevoegdheid niet als een onmiddellijkheidsinstrument; de bewoordingen van artikel 172 lid 2 lijken veeleer een algemene bestuursdwangbevoegdheid (een niet-onmiddellijkheidsinstrument) te impliceren.

Met de gekozen bewoordingen wil de wetgever de burger echter tegemoet komen door de burgemeester geen vrij in te vullen bevoegdheid te verschaffen (de schending van een wettelijk voorschrift dient immers in het geding te zijn). Dat men in het tweede lid van artikel 172 een instrument heeft gecreëerd waarmee de burgemeester op onmiddellijke wijze de orde kan herstellen, blijkt uit haar totstandkomingsgeschiedenis en wordt algemeen in de doctrine<sup>591</sup> aangenomen.

Zo staat in de memorie van antwoord dat de handhaving van de openbare orde beschouwd wordt ‘als de zorg voor de naleving van regels, bij niet naleving waarvan de orde en rust in het openbare leven wordt verstoord [cursivering LDR]’.<sup>592</sup> De vaste commissie voor Binnenlandse Zaken geeft nadrukkelijk aan dat de bewoordingen in het tweede lid ongelukkig zijn:

“De bevoegdheid van de burgemeester wordt in deze omschrijving aan twee vereisten onderworpen: er moet sprake zijn van een overtreding van een wettelijk voorschrift (...) en het voorschrift moet betrekking hebben

<sup>590</sup> Zie §7.2.3 en ook: De Jong 2000, p. 34; Hennekens 2007, p. 22; Van Buuren, Jurgens en Michiels 2011, p. 11-12.

<sup>591</sup> De Jong 2000, p. 35-36; Dölle, Elzinga & Engels 2004, o.a. p. 401; Brouwer 2006, p. 11-14; Brainich von Brainich Felth in TC OO&V aant. 3a t/m c bij artikel 172; Hennekens 2007, p. 19-22.

<sup>592</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 88.

op openbare orde. (...) Het gaat erom dat de burgemeester *de ordeverstoring* zo snel en efficiënt mogelijk kan beëindigen [cursivering LDR].”<sup>593</sup>

Vervolgens gaat de regering in haar eindverslag in op de tweede volzin van het tweede lid van artikel 172 (‘Hij bedient zich daarbij van de onder zijn gezag staande politie’). Door deze zin is het uitgesloten dat ‘de burgemeester *de daadwerkelijke handhaving van de openbare orde* jegens burgers opdraagt aan (andere) gemeentelijke diensten [cursivering LDR]’, aldus de regering.<sup>594</sup>

De bevoegdheid in artikel 172 lid 2 is in de tweede plaats misleidend omdat het lijkt alsof die alleen een basis geeft voor fysieke handelingen door de politie onder leiding van de burgemeester. De burgemeester kan op basis van deze bepaling echter ook bevelen geven, mits die bevelen geen nieuwe verplichtingen in het leven roepen. Zoals eerder is aangegeven, koppelt de wetgever hier ordeverstoringen aan de schending van een wettelijk voorschrift teneinde te voorkomen dat de burgemeester een vrij in te vullen bevoegdheid krijgt; hij mag daarmee alleen normen handhaven die gegeven zijn in het voorschrift waarvan de overtrekking plaatsvindt of dreigt plaats te vinden. Er kan met andere woorden alleen sprake zijn van een normbevestigend bevel en niet van een normstellend bevel.<sup>595</sup>

Normbevestigende en normstellende bevelen – Het handhaven van de openbare orde via een bevel kan op twee wijzen. In een situatie waarin onmiddellijk ingrijpen noodzakelijk is, kan de burgemeester aan burgers een bevel geven waarmee hij naleving eist van de norm die wordt geschonden. Denk hierbij aan hooligans die bij een bepaalde wedstrijd op straat voor een onveilig gevoel zorgen en daarom het volgende bevel krijgen: “U maakt zich schuldig aan bedreiging met openlijk geweld met verenigde krachten tegen personen of goederen. Wilt u daar onmiddellijk mee ophouden?” Op deze wijze bevestigt en handhaaft de burgemeester slechts de bestaande norm in artikel 285 Sr (verg. de last onder bestuursdwang). Het is uiteraard efficiënter als de burgemeester naleving afdwingt door een bevel waarmee hij een nieuwe verplichting in het leven roept: “U maakt zich schuldig aan bedreiging met openlijk geweld met verenigde krachten tegen personen of goederen. Ik leg u daarom voor een periode van 8 uren een gebiedsontzegging op”.<sup>596</sup>

<sup>593</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 15, p. 48-49.

<sup>594</sup> *Kamerstukken II* 1989-1990, 19403, nr. 16, p. 38-39. De stelling dat burgers bij onmiddellijke handhaving van de openbare orde alleen door de politie kunnen worden aangesproken, valt te nuanceren; de brandweer speelt in bepaalde gevallen ook een rol. In het geval van niet-onmiddellijke handhaving kunnen andere diensten of personen de werkzaamheden van de politie daadwerkelijk vervangen (denk aan de stadswachten).

<sup>595</sup> De Jong 2000, p. 34

Het is opvallend dat in de onderzochte jurisprudentie niet één keer een situatie voorkomt waarin de burgemeester verklaart artikel 172 lid 2 Gem.wet als grondslag voor zijn handelen te hebben gebruikt. De oorzaak hiervan kan liggen in de onheldere formulering van de bepaling. In het derde lid van artikel 172, dat in een latere fase werd toegevoegd, is wel een expliciete bevelsbevoegdheid te vinden. Hoewel deze bevoegdheid voor geheel andere situaties is bedoeld, heeft de praktijk zich hier massaal op gestort. Misschien ondervinden bestuurders een drempel om het tweede lid van artikel 172 te gebruiken vanwege de koppeling aan de schending van een wettelijk voorschrift. Dit is niet nodig, aangezien verstoringen van de openbare orde tegenwoordig vrijwel altijd gepaard gaan met overtredingen van wettelijke normen (denk aan allerlei verboden gedragingen in het Wetboek van Strafrecht, in bijzondere wetten en in de APV<sup>597</sup>). Daarbij voorkomt artikel 5:23 Awb dat de burgemeester de overtreding aan moeten tonen; hij hoeft immers geen besluit op te maken, ook achteraf niet.<sup>598</sup>

## 8.5 Artikel 172 lid 3 Gem.wet

### 8.5.1 Algemeen

In de voorgaande subparagraaf is besproken dat de bepaling in artikel 172 lid 2 impliciet een ordeverstoring en nadrukkelijk de schending van een wettelijke voorschrift eist. In een later stadium vindt de wetgever echter dat de burgemeester ook dient te kunnen handelen in situaties waarin geen sprake is van een concrete overtreding van wettelijke normen – zoals in situaties die een noodbevel rechtvaardigen. Voor (dreigende) ordeverstoringen bevat het derde lid sindsdien een lichte bevelsbevoegdheid ten opzichte van de zwaardere noodbevelsbevoegdheid.<sup>599</sup>

<sup>596</sup> Anders: De Jong 2000, p. 112 en Brainich von Brainich Felth 2006, T&C OO&V, art. 172, aant. 3e. Zie ook: Noyon, Langemeijer, R Emmelink bij artikel 285 Sr, o.a. aant. 3 en 6 en T&C Sr, art. 285, aant. 8.

<sup>597</sup> Zie §1.1.1 en §6.3.3.1.

<sup>598</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 15, p. 49; zie ook §7.2.2 en §7.2.4.

<sup>599</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 88; 1989-1990, 19 403, nr. 64 (amendement Van Stoffelen en Van der Burg); 1990-1991, 19 403, nr. 75, p. 35. *Handelingen II* 1990, 19 en 25 september 1990, p. 52 en 161. Let op, men verwijst zowel naar 171 als het vernummerde 174 lid 3. De Jong 2002, p. 37.

**Artikel 172**

3. De burgemeester is bevoegd bij verstoring van de openbare orde of bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, de bevelen te geven die noodzakelijk te achten zijn voor de handhaving van de openbare orde.

Omdat voor de inzet van de bevelsbevoegdheid van artikel 172 lid 3 de overtreding van een wettelijk voorschrift niet nodig is, ziet deze bevoegdheid in theorie op situaties die geen gelijkenis met de bestuursdwangfiguur opleveren. Het feitelijk gebruik van deze bevoegdheid wijkt echter zo sterk af van de bedoeling van de wetgever en de doctrine dat ik genoodzaakt ben hier wel op in te gaan; de rechtspraktijk wendt deze bevelsbevoegdheid aan in gevallen waarin een ordeverstoring gepaard gaat met overtredingen van wettelijke normen.

**8.5.2 Reikwijdte**

Het derde lid van artikel 172 wordt voor allerhande situaties gebruikt waarin men het noodzakelijk vindt om een bevel op te leggen. Met een dergelijk bevel wijst de burgemeester niet alleen op de (dreigende) overtreding van specifieke wettelijke voorschriften, maar legt hij burgers eveneens een nieuwe norm op. Net als bij de bevoegdheid in het tweede lid van artikel 172, wordt aangenomen dat een ieder normadressant kan zijn.<sup>600</sup> In veel gevallen betreft deze nieuwe norm de verplichting om zich enige tijd te verwijderen of niet op te houden in een bepaald gebied. Men spreekt daarom ook van een verwijderingsbevel, een verblijfs- of een gebiedsontzegging.

Achtergrond verwijderingsbevelen – Het gebruik van deze verwijderingsbevelen kent inmiddels een lange geschiedenis. Dit type maatregel wendt de burgemeester van Amsterdam aan in situaties van (drugs)overlast veroorzaakt door verslaafden, dealers, pooiers, runners e.d. Hierbij valt te denken aan overlastgevend gedrag zoals het openlijke aanwezig hebben, verhandelen en toedienen van harddrugs, intimiderend groepsgedrag, agressiviteit, geweldplegingen, urineren of het gebruiken van plaatsen in de wijk als afwerkplek. In deze situaties is veeleer sprake van structurele overlast dan van een situatie die tot onmiddellijk ingrijpen noopt omdat er direct gevaar dreigt. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en legaliteit verdient het daarom de voorkeur om een gebiedsontzegging op te leggen op basis van een raadsverordening.<sup>601</sup>

<sup>600</sup> Zie Kamerstukken aangehaald in vorige noot en De Jong 2000, p. 35 en 37; Hennekens 2007, p. 26. Anders: Brouwer en Schilder in noot bij Rb. 's-Hertogenbosch, 5 augustus 2010, *AB* 2010, 304, *LJN* BN3313.

<sup>601</sup> Tussen de jaren 1980 en 1996 baseerden bestuurders hun verwijderingsbevelen op het bestaan van een noodsituatie ex artikel 175 Gem.wet. Rb. Amsterdam 19 januari 1996, *AB* 1996, 171 m.nt. FM, *LJN* ZF0329, *RAwb* 1996, 51 m.nt. M.A.D.W. de Jong, *Gst.* 7027 (1996) m.nt. HH; *ABRvS* 19 december 1996 *AB* 1997, 79 m.nt. FM (Landvreugd);

### Oneigenlijk gebruik bevelsbevoegdheid

Het komt veelvuldig voor dat bestuurders hun bevelsbevoegdheid ex artikel 172 lid 3 op oneigenlijke wijze aanwenden. In sommige gevallen staan rechters deze praktijken toe. Om te beginnen is sprake van oneigenlijk gebruik als er geen aanleiding is om de bevelsbevoegdheid in te zetten: een onmiddellijkheidssituatie ontbreekt of een afdoende raadsverordening is voorhanden.

Als een onmiddellijkheidssituatie afwezig is, betekent dit dat er niet voldaan is aan de vijf eisen die uit het situatiecriterium vloeien (zie §8.2.1). Uit de jurisprudentie blijkt dat het vaak gaat om de afwezigheid van een concreet en actueel gevaar of de afwezigheid van een concrete en actuele aantasting van de rechten van de ander.<sup>602</sup> Een sprekend voorbeeld hiervan is de Burgemeester van Eindhoven die door middel van een bevel op basis van artikel 172 lid 3 de terugkeer van een veroordeelde pedofiel pogt te voorkomen uit angst voor recidive. De rechter meent echter dat de enkele vrees dat iemand opnieuw strafbare feiten zal plegen, niet zonder meer betekent dat sprake is van een actueel en concreet gevaar.<sup>603</sup>

Een ander voorbeeld stamt uit de tijd dat het kraken nog niet verboden was. De burgemeester van een Friese gemeente geeft op basis van hetzelfde artikel aan de bewoners van een kraakpand een ontruimingsbevel. De voorzieningenrechter concludeert evenwel dat de gestelde ernstige vrees voor het ontstaan van verstoring van de openbare orde niet gebaseerd kan zijn op slechts één vechtpartij en wat berichten in het gastenboek van een website. “Nog daargelaten dat reacties in een gastenboek in het algemeen niet als de meest betrouwbare bron van informatie kunnen worden beschouwd, blijkt uit deze reacties ook niet van een concrete bedreiging van verzoekers”, aldus de rechter.<sup>604</sup>

Bestuurders vinden de lichte bevelsbevoegdheid in artikel 172 lid 3 daarnaast vaak een handig instrument in situaties waarin sprake is van structurele overlast. Aanhoudende ordeverstoringen dienen echter te worden bestreden met structurele, democratisch gelegitimeerde middelen. Sommige rechters zijn zich hier niet van bewust.

---

ABRvS 14 mei 1996, *RAwb* 1996, 108 m.nt. M.A.D.W. de Jong (oneigenlijk gebruik noodbevel); Brouwer & Schilder, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 421-436; Littooi, *Gst.* 7181 (2003); Brouwer & Schilder, *JBplus* 2007, p. 154-167.

<sup>602</sup> Zie behalve de voorbeelden genoemd in de tekst ook: ABRvS 17 november 2004, *AB* 2005, 410 m.nt. J.G. Brouwer, *JB* 2005, 18, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, *LJN* AR5816 (ontuiming brandgevaarlijk schip); ABRvS 1 november 2006 *AB* 2007, 47 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* AZ1290; *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 117, nr. 3, p. 58.

<sup>603</sup> Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 27 oktober 2009, *LJN* BK1271 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder; Rb. 's-Hertogenbosch, 5 augustus 2010, *AB* 2010, 304 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* BN3313.

<sup>604</sup> Rb. Leeuwarden (vzr.) 14 oktober 2005, *LJN* AU4361 en 19 oktober 2005, *LJN* AU5033 (ontuimingsbevel Opsterland).

Een goed voorbeeld is een zaak uit 2002 waarin de Burgemeester van Rotterdam aan een groep van 52 (ex)drugsgebruikers een verblijfsontzegging oplegt. Hij verbiedt hen daarmee om zich overdag gedurende een periode van 6 maanden te bevinden in de tippelzone die dan gesloten is. De aanhoudende ordeverstoringen of ernstige vrees daarvoor bestaan onder meer uit samenscholingen, intimiderend groepsgedrag, openlijk drugsgebruik, geweldpleging, belemmeringen van de vrije doorgang, schreeuwen, urineren, het gebruiken van de wijk als afwerkplek, onvoorspelbare agressiviteit en het anderszins lastigvallen van burgers. De rechter gaat mee in het betoog van de burgemeester dat de bestaande maatregelen niet afdoende zijn en dat dus het gebruik van artikel 172 lid 3 Gem.wet. noodzakelijk was, maar oordeelt dat de lengte van het bevel inbreuk maakt op het recht op bewegingsvrijheid.<sup>605</sup>

In deze casus is duidelijk dat de inzet van een onmiddellijkheidsinstrument niet passend en zelfs onrechtmatig is. De burgemeester vond het structurele middel dat hem ten dienste stond – een verblijfsontzegging van maximaal 2 weken op basis van de APV – te beperkt en hoopte de grootstedelijke problematiek in kwestie tijdelijk te kunnen oplossen door middel van een langdurig verbod (neergelegd in een op schrift gesteld onmiddellijk ordebevel).

Het is ook mogelijk dat er geen structureel instrument voorhanden is, maar dat dit wel het geval had behoren te zijn. Zo legt de Burgemeester van Texel een gebiedsontzegging op ex artikel 172 lid 3 Gem.wet, terwijl de gemeente eerder in het convenant ‘Veilig uitgaan op Texel’ had aangekondigd de mogelijkheid van een dergelijke gebiedsontzegging in de APV te zullen opnemen. De voorzieningenrechter concludeert dat sprake is van oneigenlijk gebruik door artikel 172 lid 3 Gem.wet aan te wenden bij gebreke van een regeling in de APV ‘ten behoeve van de reguliere handhaving, terwijl er voldoende tijd was om langs democratische weg maatregelen mogelijk te maken die het ordeprobleem kunnen keren’.<sup>606</sup>

In een belangrijk arrest uit 2008 heeft de Hoge Raad een einde gemaakt aan het oneigenlijk gebruik van de bevelsbevoegdheid als het gaat om aanhoudende ordeverstoringen. De aanleiding hiervoor is een psychisch gestoorde man die

---

<sup>605</sup> Rb. Rotterdam (vzr.) 6 september 2002, *JB* 2002, 382, m.nt. Brouwer en Schilder, *AB* 2002, 408 m.nt. Sew. Zie ook de uitspraken van de strafrechter over deze situatie: Rb. Rotterdam 22 oktober 2002, *NBSTRAF* 2002, 295; Hof 's-Gravenhage 15 november 2004, *NBSTRAF* 2005, 68. Ook de zogenaamde ‘FF-kappe-bevelen’ van de Burgemeester van Rotterdam gebaseerd op artikel 172 lid 3 Gem.wet worden ingezet om structurele overlast te bestrijden. Een dergelijk bevel geeft de burgemeester aan een overlastveroorzakende jongere nadat hij zich niet aan zijn ‘FF-kappe-contract’ heeft gehouden. Hierin staan afspraken over specifieke aangeduide gedragingen (graffiti, scooteroverlast, intimiderend rondhangen, lastig vallen van omwonenden e.d.) en over het niet ophouden op bepaalde plaatsen. Zie: Rb. Rotterdam 21 december 2007, *LJN* BC0822, *AB* 2008, 200 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder (ff-kappe-bevel Rotterdam); Jurgens in *NTB* 2008, p. 339-340.

<sup>606</sup> Zie noot 601 en 605 en Rb. Alkmaar (vzr.) 15 juli 2008, *LJN* BD9134.

voor aanmerkelijke en structurele overlast zorgt door zijn bedelarij, het slapen en het doen van behoeften in portieken en het zodanig gekleed zijn dat men zijn geslachtsdelen ziet. De burgemeester kan op basis van de APV slechts een gebiedsontzegging opleggen van maximaal 14 dagen. Hij vindt het echter noodzakelijk om de psychisch gestoorde man voor een periode van 24 weken te weren uit bepaalde wijken op basis van artikel 172 lid 3 Gem.wet. De Hoge Raad oordeelt dat het bevel niet voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit; gezien de totstandkominggeschiedenis van de Gemeentewet geldt dat indien sprake is van een verordening om overlastgevende verstoringen tegen te gaan, de plaatselijke regeling dient te worden toegepast. Het derde lid van artikel 172 kan niet (ook) een grondslag bieden voor het opleggen van een gebiedsontzegging terzake van een verstoring van de openbare orde waarop de APV het oog heeft.<sup>607</sup>

## 8.6 Artikel 4 lid 2 Wet veiligheidsregio's (173 lid 2 Gem.wet-oud)

### 8.6.1 Algemeen

De bevoegdheid in artikel 4 Wet veiligheidsregio's maakt van oudsher onderdeel uit van één van de vier kernbepalingen in het openbare-orderecht. De voorloper hiervan, te weten artikel 173 Gem.wet.-oud, gebruikte de burgemeester destijds om bij brand ordemaatregelen te nemen middels bevelen aan de politie (de eerste Politiewet stamt uit 1957). Omdat er in de doctrine weinig aandacht is geweest voor de ontwikkeling van artikel 173 Gem.wet-oud en de bevoegdheid pas tegen het eind van dit onderzoek uit de Gemeentewet is verdwenen, besteed ik er in dit onderzoek aandacht aan. De Wet veiligheidsregio's treedt begin 2010 inwerking. Artikel 4 luidt als volgt:

#### Artikel 4

1. De burgemeester heeft het gezag bij brand alsmede bij ongevallen anders dan bij brand voor zover de brandweer daarbij een taak heeft.

---

<sup>607</sup> HR 11 maart 2008, *AB* 2008, 163 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *NJ* 2008, 208, *LJN* BB4096; Hof 's-Gravenhage 21 maart 2006 *AB* 2006, 396 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* AV6352; Rb. Rotterdam 23 februari 2005, *LJN* AS8317; Rb. Rotterdam 23 februari 2005, *LJN* AS8320. Zie ook: Rb. Amsterdam 13 januari 2009, *JG* 2009, 0040 m.nt. LDR, *LJN* BH5041 en Rb. Assen 20 september 2010, *AB* 2011, 8 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

2. De burgemeester is bevoegd bij brand en ongevallen, bedoeld in het eerste lid, de bevelen te geven die met het oog op het voorkomen, beperken en bestrijden van gevaar nodig zijn.<sup>608</sup>

De bevelsbevoegdheid in het tweede lid is in 1992 gecodificeerd met de herziening van de Gemeentewet in 1992 in het toenmalige artikel 173. Voor die tijd werd aangenomen dat die bevoegdheid besloten lag in het ‘opperbevel bij brand’ waar het oude artikel van sprak. Op basis van het opperbevel was de burgemeester bevoegd om een ieder (burgers, bestuursorganen) te bevelen en/of tot fysieke maatregelen over te gaan indien noodzakelijk ter bestrijding van brand.

In artikel 4, eerste lid, bezigt de wetgever de term ‘gezag’ in plaats van opperbevel waarmee men aansluit bij de terminologie van de Politiewet. Ooit koos de wetgever voor de term ‘opperbevel’ zodat duidelijk zou zijn dat de burgemeester slechts de verantwoording draagt, maar dat het feitelijke bevel bij brand aan de brandmeesters is toevertrouwd. Het opperbevel bij brand is daarmee vergelijkbaar met artikel 12 Politiewet 1993 – waarin gesproken wordt van ‘gezag’ – op basis waarvan de burgemeester verantwoordelijk is voor de politie als zij feitelijk optreedt ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak.<sup>609</sup>

De bevoegdheid van de burgemeester bij brand en ongevallen is een ondergeschoven kindje. In het algemeen besteedt de literatuur weinig aandacht aan het oude artikel 173 en in de rechtspraak werd er niet of nauwelijks een beroep op gedaan. De oorzaak hiervan ligt in het feit dat het oude artikel een onduidelijke positie innam ten aanzien van andere onmiddellijke ordebevoegdheden en er daarnaast op bepaalde punten sprake was van overlapping. Het is nog niet duidelijk of de positie van de bevelsbevoegdheid met de overheveling naar de Wet veiligheidsregio's is verbeterd.

Het voeren van het opperbevel bij brand vormde een *lex specialis* ten opzichte van het noodbevel van de burgemeester: Was sprake van een oproerige beweging, samenscholing of een andere stoornis der openbare orde, dan gaf de burgemeester een noodbevel, was specifiek sprake van een situatie van brand, dan kon er onder het opperbevel bij brand worden bevolen. In 1957 maakte de wetgever het mogelijk om op basis van de noodbevelsbevoegdheid (tegenwoordig te vinden in artikel 175 Gem.wet) ook in situaties van ‘ernstige rampen’ te handelen ter beperking van gemeen gevaar. Sindsdien was sprake van overlap-

---

<sup>608</sup> De burgemeester heeft het gezag ‘bij ongevallen anders dan bij brand’ sinds de brandweer in 1985 nieuwe taken krijgt. Het college van b en w draagt de organisatorische zorg voor het brandweerapparaat en is zodoende bijvoorbeeld verantwoordelijk voor de brandblusmiddelen en het personele beleid (zie §5.2.4 en §5.3.6).

<sup>609</sup> *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 117, nr. 7, p. 13. Ook is van belang dat het onderscheid tussen de noodbevoegdheid in artikel 5 Wet veiligheidsregio's op deze wijze beter tot uitdrukking komt.



ping (bij brand kan immers goed sprake zijn van een ernstige ramp of zwaar ongeval). Leidde een brand niet tot een ernstige ramp, dan bleef artikel 173 over als restbepaling.<sup>610</sup>

Door de toevoeging ‘bij ongevallen anders dan bij brand’ in de inmiddels vervallen Brandweerwet van 1985 kreeg de opperbevelsbevoegdheid een ruimer bereik en gold die niet langer als restbepaling in bepaalde situaties. Burgemeesters maakten liever gebruik van artikel 172 en 174 dan de specifieke bevelsbevoegdheid bij brand en ongevallen. De Jong merkt in dit verband op dat de toegevoegde waarde van de bevelsbevoegdheid in artikel 173 daarom betrekkelijk klein was.<sup>611</sup>

### 8.6.2 Reikwijdte

Zoals eerder aangegeven rekent men de bevelsbevoegdheid bij brand en ongevallen vaak tot de ‘lichtere’ bevoegdheden of tot de bevoegdheden voor ‘normale’ omstandigheden. Hoewel de noodbevelsbevoegdheid inderdaad ‘zwaarder’ is, omdat op basis daarvan inbreuk op grondrechten gemaakt kan worden, doet de term onmiddellijke ordebevoegdheid meer recht aan de aard van artikel 4 Wet veiligheidsregio’s. De bepaling wordt tegenwoordig veeleer tot het rampenrecht gerekend, hoewel die ooit is begonnen om de politie bij brand ordemaatregelen te laten nemen (artikel 189 gemeentewet van 1851, zie §5.2.4 en §5.3.6). In de gevallen waarin sprake is van een bovenlokale ramp of crisis gaat het gezag van de burgemeester over de handhaving van de openbare orde over op de voorzitter van de veiligheidsregio (zie o.a. artikel 39 Wet veiligheidsregio’s).<sup>612</sup>

In sommige gevallen is een situatie van een ordeverstoring niet goed te scheiden van een ramp. Een ongeluk of brand kan immers een natuurlijke oorzaak hebben, maar ook veroorzaakt worden door (laakbaar) menselijk handelen. Bij brand valt te denken aan de situatie dat deze is aangestoken of dat deze ontstaat door een teveel aan (onjuist) opgeslagen brandbare stoffen of goederen. Wat de oorzaak ook is, de burgemeester kan in al deze gevallen snel en doeltreffend handelen. Het doel hierbij is tweeledig: zowel het herstellen van de orde en rust als het voorkomen en beperken van gemeen gevaar. Indien slechts artikel 4

<sup>610</sup> De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 112-115.

<sup>611</sup> De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, 2009, aant. 3.1 bij artikel 173 (inmiddels vervallen). Hennekens 2007, p. 36. Zie bijvoorbeeld: Rb. Utrecht 15 april 2004, *LJN* AO8953 (Trance Energy); ABRvS 17 november 2004, *AB* 2005, 410 m.nt. J.G. Brouwer, *LJN* AR5816 (Ontruiming brandgevaarlijk schip); ABRvS 1 november 2006 *AB* 2007, 47 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* AZ1290 (Ontruiming Utrecht); ABRvS 25 november 2009, *JG* 2010/0083 m.nt. LDR (asbestbrand Vroomshoop).

<sup>612</sup> Zie verder: *Kamerstukken II 2007-2008*, 31 117, nr. 3, o.a. p. 7; T&C OO&V, inleidende opmerkingen bij §9 en artikel 39 Wet veiligheidsregio’s.

Wet veiligheidsregio's de grondslag vormt voor onmiddellijk ingrijpen, dient hij hogere wetgeving te respecteren.<sup>613</sup>

Lid 2 van artikel 4 Wet veiligheidsregio's ziet alleen op de relatie met burgers. De actieradius hierbij betreft hoofdzakelijk plaatsen die voor publiek toegankelijk zijn. Voorbeelden van maatregelen die de burgemeester kan nemen, zijn: maatregelen bij een chloortransport waarbij direct gevaar dreigt voor omwonenden, het ontruimen van gebouwen, het afsluiten van straten, het verwijderen van asbest dat bij brand vrijkomt, het verwijderen van nieuwsgierigen die brandbestrijding hinderen en het bevrijden van slachtoffers bij ongevallen.<sup>614</sup>

Mocht het nodig zijn om een woning onverwijld in bezit te nemen met het doel een brand te stuiten, dan is dit mogelijk op grond van artikel 4 Wet veiligheidsregio's jo artikel 14 Gw jo. artikel 73 Onteigeningswet. Het op deze wijze onmiddellijk kunnen handelen in een woning betreft een uitzonderlijke situatie. Dit is toegestaan opdat levens kunnen worden gered en men de schadelijke effecten voor de omgeving zoveel mogelijk voorkomt en beperkt. Op basis van artikel 62 Wet veiligheidsregio's is o.a. de burgemeester bevoegd om elke plaats te betreden, dus ook woningen, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is en zo nodig met behulp van de sterke arm. Als sprake is van het voorkomen of bestrijden van ernstig en onmiddellijk gevaar dan is hiervoor geen schriftelijke machtiging vereist in de zin van Algemene wet op het binnentreden.<sup>615</sup>

In tegenstelling tot de bevelsbevoegdheden in artikel 172 lid 3 en 175 Gem.wet, valt tot slot op dat de bevelsbepaling bij brand en ongevallen niet de formulering kent 'bij ernstige vrees voor'. Hieruit dient men echter niet de conclusie te trekken dat de burgemeester pas tot handelen over kan gaan als daadwerkelijk sprake is van een brand of een ongeval. Het is aannemelijk dat hij ook bij slechts een concrete dreiging van een brand of een ongeval, maatregelen op de korte termijn kan nemen. Een andere uitleg zou tot onredelijke gevolgen kunnen leiden. Bovendien staat in de betrokken bepaling vermeld dat de burgemeester bevelen geeft 'met het oog op het voorkomen' van gevaar.<sup>616</sup>

---

<sup>613</sup> Hennekens 2007, p. 36.

<sup>614</sup> Zie §5.2.4 en §5.3.6 ; *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 174-148 en 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 91-92; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 401-402; ABRvS 25 november 2009, *JG* 2010/0083 m.nt. LDR (asbestbrand Vroomshoop).

<sup>615</sup> Francken 1851, p. 378; *Kamerstukken II* 1981-1982, 16 978, nr. 3, p. 5; *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 147-148 (MvT); Brainich von Brainich Felth in *Gst.* 7284 (2007), p. 590; T&C OO&V, artikel 62 Wet veiligheidsregio's. Voor meer informatie over de brandweer zie: Helsloot, Muller & Berghuijs 2007.

<sup>616</sup> De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, aant. 3.1 bij artikel 173. Brainich von Brainich Felth 2006, T&C OO&V, artikel 4 Wet veiligheidsregio's, aant. 5a; Hennekens 2007, p. 36.

## 8.7 Artikel 174 lid 2 Gem.wet

### 8.7.1 Algemeen

In het kader van het toezicht op openbare samenkomsten en vermakelijkheden en op voor publiek openstaande gebouwen en bijbehorende erven heeft de burgemeester een specifieke bevelsbevoegdheid.

#### Artikel 174

1. De burgemeester is belast met het toezicht op de openbare samenkomsten en vermakelijkheden alsmede op de voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven.
2. De burgemeester is bevoegd bij de uitoefening van het toezicht, bedoeld in het eerste lid, de bevelen te geven die met het oog op de bescherming van veiligheid en gezondheid nodig zijn. (...)

Artikel 174 heeft tijdens de herziening van de Gemeentewet van 1992 een metamorfose ondergaan. Zijn voorloper bepaalde – min of meer – dat de burgemeester verantwoordelijk was voor de handhaving van de openbare orde in ‘voor publiek openstaande gebouwen’, bij ‘voor publiek openstaande samenkomsten’ en ‘openbare vermakelijkheden’ én voor de handhaving van verordeningen daaromtrent. Om de orde te kunnen handhaven op deze plaatsen leest men in het oude artikel 221 een bevelsbevoegdheid voor de burgemeester indien geen raadsverordening voorhanden is. De bevelsbevoegdheid is met het huidige artikel gecodificeerd en werd daarvoor slechts in doctrine en jurisprudentie aangenomen.<sup>617</sup>

Leidend is in dit verband nog steeds de uitspraak *Sociëteit Gouda* waarin de burgemeester een jeugsociëteit sluit – in casu feitelijk een voor publiek toegankelijke plek. Deze uitspraak wijst de Afdeling onder de oude gemeentewet. De aanleiding voor de sluiting betreft ernstige ordeverstoringen in en rond de inrichting en klachten van buurtbewoners over overlast, vechtpartijen en vernielingen door bezoekers van de jeugdsoos. Een raadsverordening als grondslag voor het bevel, is afwezig. Deze aangenomen sluitingsmogelijkheid komt de burgemeester toe om verdere wanordelijkheden te voorkomen indien de ordeverstoring ‘concreet voorzienbaar’ is en een ‘actuele dreiging’ vormt. Het gege-

---

<sup>617</sup> Zie §5.2.3 en §5.3.5 .

ven bevel mag niet in strijd zijn met de wel aanwezige verordeningen. Zie §5.3.5.2.<sup>618</sup>

Het huidige wetsartikel spreekt niet langer van ‘handhaving der openbare orde en verordeningen daaromtrent’, maar van ‘toezicht’. Hoewel ‘toezicht’ de connotatie kent van ‘waken voor’ of ‘controle op’, is het niet de bedoeling van de wetgever geweest om het handhaven van de burgemeester hiertoe te beperken; men poogt slechts de strekking van het oude artikel in modernere bewoordingen weer te geven. Toezicht slaat op feitelijke handhaving en impliceert het geven van bevelen. De wetgever spreekt van toezicht om buiten twijfel te stellen dat sprake is van een taak die ruimer is dan de enkele handhaving van de openbare orde; het gaat ook om de bescherming van de veiligheid en gezondheid van burgers in incidentele gevallen en op bepaalde plaatsen. De bevelsbevoegdheid in het tweede lid van artikel 174 geeft hiervan blijk; de bevelen dienen te zien op ‘concrete, zich direct aandienende, de veiligheid of gezondheid bedreigende situaties’.<sup>619</sup>

De door de wetgever geïntroduceerde doelcriteria in artikel 174 lid 2 Gem.wet lijken echter niet goed doordacht. Zoals gemeld meent deze dat veiligheid of gezondheid ruimere doelstellingen zijn dan het handhaven van de openbare orde. Het tegengestelde is echter aannemelijker, namelijk dat de bescherming van de gezondheid of veiligheid van burgers al in ordehandhaving besloten ligt. Hiermee vormt artikel 174 een *lex specialis* ten opzichte van artikel 172 lid 1 Gem.wet. De wetgever geeft in een latere fase aan dat het laatste het geval is – waarmee hij zichzelf dus tegenspreekt:

“Gelet op de brede formulering van artikel 171 [artikel 172 lid 1 en 2, LDR] moeten de gevallen waarop artikel 173 [artikel 174, LDR] betrekking heeft, onder de reikwijdte van dat artikel worden gerekend.”<sup>620</sup>

Net als de meeste auteurs in de doctrine beschouw ook ik de elementen veiligheid en gezondheid juist als een onderdeel van het handhaven van de openbare orde in plaats van andersom. Immers, er is sprake van een verstoring van de openbare orde indien burgers niet langer in vrijheid en *veiligheid* de openbare

<sup>618</sup> Zie §1.2.4 en §1.3.6. Vz. ARrvS 15 juni 1984, AB 1985, 96 m.nt. JHvdV (Sociëteit Gouda); De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, aant. 1 bij artikel 174; De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 173-174; Brederveld 2005, p. 173; Hennekens 2007, p. 40-41. Heden ten dage zou een dergelijke situatie bij APV geregeld moeten zijn.

<sup>619</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 148 en *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 92 (NVII); De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 181-183; Hennekens 2007, p. 38-40. Zie ook §5.3.5.2.

<sup>620</sup> Met artikel 171 doelt men slechts op het huidige 172 Gem.wet lid 1 en 2 – lid 3 was nog niet voorgesteld – en met artikel 173 op artikel 174 Gem.wet. in zijn huidige vorm. *Kamerstukken II* 1989-1990, 19 403, nr. 16, p. 39; *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 15, p. 51-52 en nr. 11, p. 6; *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 1-2, p. 33.

ruimte kunnen aanwenden overeenkomstig haar bestemming. Dölle, Elzinga & Engels noemen in hun definitie ‘een direct (dreigend) gevaar voor anderen’ en Drayer & Suyver spreken van ‘een zekere bescherming van persoon en goed’.<sup>621</sup>

### 8.7.2 Reikwijdte

In de wetsgeschiedenis van het tweede lid van artikel 174 worden slechts burgers als normadressant genoemd. Het gaat om de bescherming van de veiligheid of gezondheid van de burger ‘in incidentele gevallen en op bepaalde plaatsen’. Met incidentele gevallen doelt men op het vereiste van een concrete en actuele (dreigende) ordeverstoring. De plaatsen waar de burger bescherming krijgt, zijn locaties waar een ‘openbare samenkomst of vermakelijkheid’ plaatsvindt en in ‘voor publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven’. Het gaat om alle plaatsen die feitelijk voor publiek toegankelijk zijn (zie §7.4.1.3). Anders gezegd gaat het om ruimtes waar een ieder deel kan uitmaken aan een bijeenkomst van mensen. Bij het toepassen van artikel 174 lid 2 dienen hogere regelingen te worden gerespecteerd.<sup>622</sup>

Onder een openbare samenkomst of vermakelijkheid verstaat men een plaats die voor het publiek openstaat in het kader van een bepaald doel. Hierbij is niet van belang of sprake is van een toegangsprijs of van andere toelatingsvoorwaarden. Het betreffen gelegenheden die openstaan voor een onbeperkte groep personen en waarbij niet zelden vermaak het doel is. Men kan denken aan: optochten, persconferenties, wandeltochten, braderieën, kermissen, concoursen, voetbalwedstrijden en evenementen als festivals en houseparty’s. Zodra evenwel bij een openbare samenkomst het uiten van een mening centraal staat, is sprake van een manifestatie en ziet de burgemeester daarop toe op grond van de Wet openbare manifestaties (Wom).<sup>623</sup>

<sup>621</sup> Van der Meulen 1993, p. 21 en 35; De Jong 2000, p. 22; Drayer & Suyver 2000, p. 99-100; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, aant. 2.1 bij artikel 174; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 389 (de auteurs sluiten zich overigens op p. 403 aan bij de visie van de wetgever, te weten veiligheid en gezondheid is ruimer dan ordehandhaving); Hennekens 2007, p. 38-40. Anders: Brainich von Brainich Felth 2006 in TC OO&V aant. 2b en 2c) bij artikel 172 (opvallend is daarnaast dat artikel 174 Gem.wet *niet* wordt becommentarieerd). Zie verder §7.4.2.3.

<sup>622</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 148 en *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 92-93. De wetgever is niet secuur geweest, aangezien men de ene keer ‘veiligheid en gezondheid’ gebruikt – hetgeen ook letterlijk is opgenomen in de bepaling – en elders de frase ‘veiligheid of gezondheid’ is te vinden. Met Hennekens, Merckx en Brouwer ga ook ik uit van de laatste lezing: Hennekens 2007, p. 39; Merckx in: Michiels e.a. 2006, p. 451. Zie verder De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 181; De Jong 2000, p. 10.

<sup>623</sup> De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, aant. 2.2 bij artikel 174; Hennekens 2007, p. 38; Zie ook §7.4.1.4 en de volgende jurisprudentie: Vz. ARRvS 15 december 1993, AB

Wat betreft gebouwen en erven die voor een ieder openstaan, noemde de voorloper van artikel 174 letterlijk als voorbeeld een schouwburg, herberg en tapperij. Nog altijd vormen horeca-inrichtingen een belangrijke categorie voor publiek openstaande gebouwen. Verder kunnen genoemd worden: winkels, pompstations, discotheken, musea, sommige ruimtes in ziekenhuizen en universiteiten. Bij de term ‘bijbehorend erf’ kan gedacht worden aan een horecateras.<sup>624</sup>

Prostitutie en ‘voor publiek openstaand gebouw’ – Regulering van prostitutie vindt plaats op grond van een prostitutieverordening ex 151a Gem.wet al dan niet in samenhang met artikel 174 Gem.wet. Of het verrichten van seksuele handelingen tegen vergoeding zich altijd in een voor publiek openstaand gebouw voltrekt, kan niet zonder meer worden aangenomen. De gepubliceerde jurisprudentie is hierover verdeeld. Gezien de verschillende vormen van prostitutie dient men te oordelen naar de specifieke feitelijke omstandigheden van het geval.<sup>625</sup>

Een gebouw waar prostituees werken en dat feitelijk voor een onbeperkt aantal personen toegankelijk is – denk aan een vrij toegankelijk seksclub of een bordeel – valt mijns inziens onder artikel 174. Meerdere personen kunnen tegelijk het gebouw in en hoogstwaarschijnlijk is er een gezamenlijke ruimte. In het geval van raamprostitutie en ‘thuiswerkers’ daarentegen ligt dit anders. Indien een bezoeker ingaat op een aanbod dat middels raamprostitutie is gedaan, vertrekken prostituee en klant naar een besloten ruimte. Op dat moment staat de ruimte niet feitelijk voor publiek open, omdat deze bezet is. Een ander argument is dat (raam)prostituees niet iedere klant toelaten (bijvoorbeeld notoir gewelddadige figuren). Hetzelfde geldt voor bedrijfsruimtes in woningen waar één prostituee dienstbaar is aan telkens één klant per keer. Er kan op dat moment niet gesproken worden van een ruimte die voor een onbeperkt aantal personen openstaat. Overigens kan de burgemeester gezien de grondwettelijke beperkingssystematiek nooit op basis van artikel 174 lid 2 of een plaatselijke verordening een woning sluiten.

---

1984, 330 m.nt. JHvdV; Pres. Rb. ’s-Gravenhage 27 april 1994, *Gst.* 6993 (1994), nr. 6 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens; NO 15 oktober 1996, AB 1997, 20 m.nt. PJS; Rb. ’s-Gravenhage 31 maart 1998, *Gst.* 7082 (1998), nr. 6 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens; ABRvS 24 december 1998, *Gst.* 7093 (1999), nr. 3 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens; ABRvS 11 maart 1999, *Gst.* 7098 (1999), nr. 3 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens; ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 240 m.nt. F.R. Vermeer.

<sup>624</sup> De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 174; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, aant. 2.3 bij artikel 174; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 403; Hennekens 2007, p. 38; ABRvS 5 juni 2002, *Gst.* 7172 (2002), nr. 10 m.nt. A.H.M. Dölle.

<sup>625</sup> De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, aant. 2.3.2 bij artikel 174; Hennekens in *Gst.* 7124 (2000), nr. 1; Vz. ABRvS 29 augustus 1989, *Gst.* 6901 (1990), nr. 6 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens; Vz. ABRvS 14 september 1989, *Gst.* 6903 (1990), nr. 6 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens; ABRvS 6 juni 2000, AB 2000, 327 m.nt. LD, *Gst.* 7124 (2000), nr. 3, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens; Rb. Amsterdam (pol.r.) 3 juni 2002, *LJN* AE4749, *NBSTRAF* 2002, 259; ABRvS 16 juli 2003, *LJN* AH 9858, *JOM* 2008, 348; ABRvS 28 maart 2007, *Gst.* (2007), nr. 118 m.nt. Teunissen; Volmuller 1966, p. 46-57.

Tot slot kan in dit verband opgemerkt worden dat de model-APV een wel heel vreemde definitie van het begrip seksinrichting hanteert. Een seksinrichting is ‘de voor het publiek toegankelijke, besloten ruimte waarin bedrijfsmatig of in een omvang alsof zij bedrijfsmatig was seksuele handelingen worden verricht (...) [cursivering LDR]’. Een plaats is ófwel voor publiek toegankelijk ófwel besloten, maar niet allebei tegelijkertijd.<sup>626</sup>

Het feitelijke toezicht op openbare samenkomsten, openbare gemakkelikheden, voor publiek openstaande gebouwen en bijbehorende erven kan de volgende vorm hebben: het ontruimen van een brandgevaarlijk gebouw, het verbieden van de toegang tot zo’n gebouw, het verbieden of stilleggen van een evenement of het sluiten van een horeca- of badinrichting. Voor wat betreft bevelen merkt de wetgever in dit verband op dat ge- of verboden die zich over een langere duur uitstrekken, niet goed verenigbaar zijn met de achtergrond van artikel 174 lid 2 Gem.wet. Omstandigheden die de burgemeester ertoe brengen dergelijke onmiddellijke maatregelen te treffen, zijn veelal vechtpartijen, gebruik van drugs en alcohol en te grote aantallen mensen in een beperkte ruimte – al dan niet in combinatie met elkaar.<sup>627</sup>

Hoewel de tekst van het tweede lid van artikel 174 anders doet vermoeden, kan de bepaling preventief aangewend worden. De rechter hanteert namelijk het criterium van een ‘concrete ordeverstoring en actuele dreiging’. Hier heeft de wetgever later aan toegevoegd dat de (dreigende) ordeverstoring betrekking moet hebben op de veiligheid of gezondheid van burgers.<sup>628</sup>

Onmiddellijkheid en beleid – In de weinige jurisprudentie over artikel 174 lid 2 Gem.wet, is de uitspraak van de Afdeling in de zaak *Trance Energy* opmerkelijk. Met een beroep op deze bevoegdheid verbiedt de burge-

<sup>626</sup> Zie artikel 3.1 onder c (en onder e) van de Model-APV 2010. Voor de termen ‘voor publiek toegankelijk’, ‘besloten’ en ‘woning’ zie: *Kamerstukken II 1967-1968*, 9649, nr. 3, p. 4; *Kamerstukken II 1985-1986*, 19 427, nr. 3, p. 16; *Kamerstukken II 1995-1996*, 24 699, nr. 3, p. 5-6; *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 723, nr. 3, p. 5 (MvT); Noyon, Lange-meijer, Rummelink bij artikel 138, aant. 2-4, bij artikel 139f Sr, aant. 4 en bij art. 441b Sr, aant. 4. Zie ook vorige noot.

<sup>627</sup> *Kamerstukken II 1985-1986*, 19 403, nr. 3, p. 148 en 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 93; De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 176-182; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, aant. 2.1 en 3.1 bij artikel 174; Rb. Utrecht (vzr.) 18 januari 2002, *LJN AD9079* en de overige uitspraken genoemd in noot 629; ABRvS 26 mei 2010, *AB 2011*, 291 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN BM5615*; Van Leiden, Arts en Ferwerda, *Rellen om te rellen*, Amsterdam: Reed Business 2009, hoofdstuk 2.

<sup>628</sup> Er is duidelijk geen sprake van een situatie die tot onverwijd ingrijpen noopt ter bescherming van de veiligheid en gezondheid indien een ondernemer de garderobe- en sluitingsvoorschriften niet naleeft: ABRvS 9 juni 2004, *JB 2004*, 263 m.nt. J.L.W. Broeksteeg, *AB 2005*, 331 m.nt. J.G. Brouwer, *LJN AP1137*. Zie ook: De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, aant. 3.1 bij artikel 174 en noot 618 en 619.

meester van Utrecht het dance-evenement Trance Energy, voor zover dit meer dan 25.000 bezoekers zou omvatten. De gezagsdrager baseert zijn besluit op adviezen van de politie die aansluiten bij het beleidsuitgangspunt ten aanzien van houseparty's door het driehoeksoverleg vastgesteld. Het beleid gaat er vanuit dat grootschalige geluidsfeesten risicovolle bijeenkomsten zijn door o.a. de samenstelling en de leeftijd van het publiek, de aanwezigheid van grote aantallen mensen in een beperkte ruimte, de uren waarop het feest plaatsvindt en het gebruik van drugs al dan niet in combinatie met alcohol. De grootste zorg is het ontstaan van paniek bij een onbeheersbare menigte door bijvoorbeeld een vechtpartij, stroomstoring of brand, terwijl noodopvang niet mogelijk is bij zulke bezoekersaantallen. Ook acht men adequate politie-inzet alleen mogelijk zijn bij een maximum van 25.000 personen.

De voorzieningenrechter en rechtbank menen dat deze motivering zodanig algemeen van aard is dat niet kan worden geconcludeerd dat in dit specifieke geval sprake is van een concrete dreiging voor de veiligheid of gezondheid. Ook de stelling van de burgemeester dat 'de ervaring leert' dat 25.000 bezoekers een absolute grens is om goede politiebegeleiding te realiseren, zou onvoldoende onderbouwd zijn. Het karakter en de achtergrond van artikel 174 lid 2 brengen immers met zich mee dat als burgemeesters deze bevoegdheid aanwenden op basis van beleid, het criterium van een 'concrete, zich direct aandienende, de veiligheid of gezondheid bedreigende situatie' geen betekenis meer heeft. De Afdeling deelt dit oordeel echter niet: "Waar zulke bevoegdheden vooraf moeten worden aangewend ter voorkoming van calamiteiten moet appelland onvermijdelijk afgaan op een op de deskundigheid en de ervaring van de politie gebaseerde algemene inschatting en weging van de risico's." <sup>629</sup>

De praktijk lijkt beperkt gebruik te maken van de onmiddellijke ordebeoordeling in artikel 174 lid 2 Gem.wet. De belangrijkste oorzaak hiervoor is dat burgemeesters vaak al een bevelsbevoegdheid kennen op grond van plaatselijke verordeningen (bijvoorbeeld om horeca-inrichtingen te sluiten). Daarnaast is sprake van overlapping met een andere bevoegdheid van de burgemeester, te weten het bepaalde in artikel 13b van de Opiumwet. Op grond hiervan kan hij sinds eind jaren negentig coffeeshops – (toen nog) voor publiek toegankelijke lokalen – <sup>630</sup> sluiten. Het zij opgemerkt dat een sluitingsbevel ter (onmiddellijke) handhaving

<sup>629</sup> Rb. Utrecht (vzr.) 18 januari 2002, *LJN* AD9079; Rb. Utrecht 15 april 2004, *LJN* AO8953; ABRvS 4 mei 2005, *JB* 2005, 174 m.nt. J.W.L. Broeksteeg (Trance Energy). Vgl. Van der Meulen 1993, p. 138.

<sup>630</sup> De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 191; *Stb.* 1999, 167; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, aant. 2.3.1 bij artikel 174; Merckx in: Michiels e.a. 2006, hoofdstuk 16. De regering wil via een wijziging in de gedoogcriteria van coffeeshops besloten clubs maken om overlast en drugstoerisme terug te dringen. De toegang tot coffeeshops wordt verbonden aan een clubpas en het aantal leden die meerderjarig moeten zijn en in Nederland moeten wonen, wordt gemaximeerd (*Kamerstukken* II 2010-2011, 24 077, nr. 259 en 2011-2012, nr. 265).



van de openbare orde iets wezenlijks anders is dan een sluitingsbevel met een sanctiekarakter zoals artikel 13b Opiumwet.<sup>631</sup>

## 8.8 Artikel 175 Gem.wet

### 8.8.1 Algemeen

De laatste bevoegdheid ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde die voor dit onderzoek van belang is, is het noodbevel. Artikel 175 lid 1 maakt het voor de burgemeester mogelijk om de vereiste bevelen te geven in situaties van ernstige wanordelijkheden, zoals een oproerige beweging, rampen of zware ongevallen. In een dergelijke situatie kan de burgemeester ook een noodverordening afkondigen (artikel 176 Gem.wet) en groepen personen tijdelijk doen ophouden (bestuurlijke ophouding ex artikel 176a jo. 154a Gem.wet).

#### Artikel 175

1. In geval van oproerige beweging, van andere ernstige wanordelijkheden of van rampen of zware ongevallen, dan wel van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, is de burgemeester bevoegd alle bevelen te geven die hij ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar nodig acht. Daarbij kan van andere dan bij de Grondwet gestelde voorschriften worden afgeweken.
2. De burgemeester laat tot maatregelen van geweld niet overgaan dan na het doen van de nodige waarschuwing.

De aanduiding noodbevel, noodverordening, noodmaatregel enz. is als zodanig niet in de tekst van de bepalingen terug te vinden. Voordat deze terminologie in zwang raakt, vermoedelijk in de jaren tachtig van de vorige eeuw, spreekt men van bevoegdheden in 'buitengewone omstandigheden'. Welke term ook wordt gebezigd, duidelijk is dat men wil uitdrukken dat de burgemeester de bevoegdheden in kwestie dient in te zetten in de (dreigende) omstandigheid van een onhoudbare situatie: een lokale noodtoestand.<sup>632</sup>

Artikel 175 Gem.wet vormt vanouds het zwaartepunt van het stelsel van ordehandhaving. Het oude artikel 219 kent de situatie een 'stoornis der openbare

<sup>631</sup> Michiel & De Waard 2007, p. 29-30.

<sup>632</sup> Zie bijvoorbeeld: Agelink in *TvO* 1982, p. 258-259; Burkens in *TvO* 1982, p. 623-627; Damen in *NJB* van 1983, p. 37-45; Van Leeuwen in *Gst.* 6800 (1985) en Meijer in *NJB* 1987, p. 237-242. *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 149 en 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 94. Voor de term buitengewone omstandigheden zie artikel 443 Sr en §6.3.2.1.

orde', terwijl artikel 175 spreekt van een 'ernstige wanordelijkheid'. De wetgever heeft echter geen inhoudelijke wijziging beoogd ten aanzien van de noodbevoegdheden. De nieuwe term geeft slechts explicieter aan dat sprake dient te zijn van een 'ernstige' verstoring van de openbare orde.<sup>633</sup> Dit was onder de voorgaande gemeentewet niet nodig; de voorloper van artikel 175 bevatte de enige geschreven bevelsbevoegdheid die uitdrukkelijk was bedoeld voor ordeverstoringen. Met de komst van de nieuwe, lichtere bevelsbevoegdheden in artikel 172, diende de wetgever de situaties waar deze bepalingen op zien ('verstoringen van de openbare orde') tekstueel te onderscheiden van de noodsituaties in artikel 175.

Naast een 'ernstige wanordelijkheid', schaarde de wetgever sinds 1957 ook een 'ramp of zwaar ongeval' onder een lokale noodtoestand. De burgemeester handelt hiermee niet alleen ter handhaving van de openbare orde, maar ook 'ter beperking van gemeen gevaar'. Het aspect veiligheid, dat onderdeel uitmaakt van het op onmiddellijke wijze handhaven van de openbare orde (zie §8.7.1), wordt hiermee in artikel 175 expliciet benoemd.<sup>634</sup> Hoewel een ramp of zwaar ongeval bijna altijd gepaard gaat met effecten op het normale niveau van orde en rust, kan men de twee noodsituaties niet zomaar met elkaar vereenzelvigen. In het geval van een (ernstige) wanordelijkheid geeft de burgemeester een bevel om terug te keren naar het normale rustniveau (ter handhaving van de openbare orde). In het geval van een ramp of zwaar ongeval is het doel in eerste instantie om het gevaar zoveel mogelijk te beperken waarbij de burgemeester niet direct kan en hoeft terug te keren naar het normale ordelijk verloop. Een voorbeeld hiervan was het bevel van de burgemeester van Enschede gericht aan de bewoners van de door een vuurwerkexplosie weggevaagde wijk Roombeek waarin het hun verboden werd terug te keren naar het rampgebied.<sup>635</sup>

---

<sup>633</sup> In de memorie van toelichting staat: "Deze bepaling vervangt artikel 219 van de huidige gemeentewet. In het eerste lid wordt in plaats van «samensholling of andere stoornis der openbare orde» gesproken van «ernstige wanordelijkheden» (...)", zie *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 149. Zie verder o.a.: De Jong 2004, p. 48-49; Rb. Amsterdam 19 januari 1996, *RAwb* 1996, 51 m. nt. M.A.D.W. de Jong, *Gst.* 7027 (1996), p. 139 m.nt. HH. Anders: Hennekens 2007, p. 63.

<sup>634</sup> Anders: Brainich von Brainich Felth 2004, p. 74 en 2006 in TC OO&V, aant. 1 bij artikel 175 Gem.wet.

<sup>635</sup> Van der Meulen 1993, p. 200; Brouwer & Schilder in: Muller & Stolker 2001, p. 295 e.v.; Hennekens 2007, p. 64-65.

## 8.8.2 Reikwijdte

### 8.8.2.1 Normadressanten

Artikel 175 lid 1 Gem.wet bepaalt dat de burgemeester bij een wanordelijkheid of ramp of zwaar ongeval ‘alle bevelen’ kan geven die hij ‘nodig acht’. In verhouding tot de overige besproken onmiddellijke ordebevoegdheden, geldt artikel 175 als de zwaarste bevelsbevoegdheid die de burgemeester ter beschikking staat. Dit blijkt ook uit de normadressant van deze bepaling waarover in het verleden verschillend werd gedacht.

Tot het jaar 1957 is onduidelijk of noodbevelen slechts zien op de interne verhouding tussen burgemeester en militair gezag en/of politie of ook externe werking hebben, dat wil zeggen gericht zijn tot burgers. Aanleiding voor dit twistpunt vormde de voorloper van artikel 175 die tot de inwerkingtreding van de Politiewet van 1957 expliciet bepaalde dat de burgemeester in het geval van een ‘stoornis der openbare orde’ bijstand van krijgsvolk (en schutterij) kon vorderen en in dit kader alle benodigde bevelen kon geven. Sinds de totstandkoming van de Politiewet is de situatie waarin de burgemeester bijstand nodig heeft ter handhaving van de openbare orde, afzonderlijk geregeld. Nu de interne verhouding tussen de burgemeester en de politie niet langer deel uitmaakt van de noodbevelsbevoegdheid, concludeert de doctrine dat politiepersoneel niet langer de normadressant vormt. De meeste auteurs nemen aan dat de wetgever hiermee uitsluitend bevelen mogelijk maakt gericht tot het publiek (extern werkend).<sup>636</sup>

Bijstandsregeling – De huidige bijstandsregeling inzake de handhaving van de openbare orde houdt in dat de korpsbeheerder aan een ander politiekorps om ondersteuning vraagt namens de burgemeester in de vorm van personeel of materiële bijstand (gespecialiseerde apparatuur, voertuigen e.d.). Als hij binnen de politieregio onvoldoende gespecialiseerd personeel kan vinden, dan richt de korpsbeheerder een verzoek tot de commissaris van de Koningin (zie artikel 54 Politiewet 1993).<sup>637</sup>

<sup>636</sup> Oud II 1959, p. 528-529; Crinice le Roy 1963, p. 31; Hennekens 1990, p. 92-93; Van der Meulen 1993, p. 198. Zie ook: §5.3.2.2 en volgende noot.

<sup>637</sup> Elzinga, Van Rest & De Valk 1995, p. 311-313; Michiels e.a. 1997, p. 259-262. In de gevallen waarin sprake is van een bovenlokale ramp of crisis gaat het gezag van de burgemeester over de handhaving van de openbare orde over op de voorzitter van de veiligheidsregio. Ook waar het de regeling van bijstand in de Politiewet 1993 betreft, gaat de bevoegdheid van de burgemeester over op de voorzitter van de veiligheidsregio (*Kamerstukken II* 2007-2008, 31 117, nr. 3, o.a. p. 7 en 47 e.v.; T&C OO&V, inleidende opmerkingen bij §9 en artikel 39 Wet veiligheidsregio's).

Tijdens de parlementaire behandeling van de Rampenwet van 1985 en de Gemeentewet van 1992 gaat de wetgever nadrukkelijk in op de normadressanten van artikel 175 Gem.wet. Het bepaalde in artikel 175 – en in het verlengde artikel 176 – is gericht tot: burgers, particuliere organisaties, ondernemingen en organen van andere openbare lichamen die bij rampbestrijding betrokken zijn. Hierbij wordt opgemerkt dat de burgemeester de politie opdrachten kan geven op basis van artikel 2 en 12 Politiewet (voorheen artikel 35 jo. artikel 28) voor zover het zijn openbare-ordetaak betreft. Over het brandweerpersoneel voert de burgemeester het gezag op basis van artikel 4 Wet veiligheidsregio's.<sup>638</sup>

In de categorie ondernemingen gaat het bijvoorbeeld om een deurwaarder die het bevel krijgt om tijdelijk niet over te gaan tot de tenuitvoerlegging van een ontruimingsvonnis of een bedrijf dat ongedierte bestrijdt dat het bevel krijgt om bepaalde gevaarlijk stoffen af te voeren. In de laatstgenoemde categorie, die van organen van andere openbare lichamen, kan het bijvoorbeeld gaan om een verzoek aan een bestuurder of een waterstaatkundige van een waterschap, provincie of het Rijk om de operationele leiding van de rampbestrijding op zich te nemen. In het uiterste geval dat een binnen zijn gemeente werkzame (bestuurs)orgaan niet meewerkt aan het beleid dat is uitgezet bij het bestrijden van een ramp, kan de burgemeester ook op basis van artikel 175 tot medewerking bevelen. Het niet meewerken van dit orgaan dient te bestaan uit 'het feitelijk handelen of nalaten' dat 'volstrekt onverenigbaar is met het beleid van de burgemeester ter beperking van gevaar en in het belang van de algemene veiligheid van de bevolking'.<sup>639</sup>

De doctrine gaat er vanuit dat artikel 175 Gem.wet primair functioneert als grondslag voor bevelen gericht tot burgers (extern werkend). In het verleden is het voorgekomen dat noodmaatregelen zich rechtstreeks tot politieambtenaren richtten. Het is niet duidelijk hoe deze praktijk is te plaatsen. De Jong, Kummeling en Burkens overwegen hieromtrent dat dit niet nodig is: 'het creëert geen enkele bevoegdheid, noch een verplichting die anders niet zou bestaan'.<sup>640</sup>

---

<sup>638</sup> *Kamerstukken II* 1981-1982, 16 978, nr. 3, p. 5, 6 en 9, 13 (MvT); *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 149 (MvT). Het zij opgemerkt dat de wetgever over het hoofd ziet dat de voorloper van artikel 4 Wet veiligheidsregio's (artikel 173 Gemeentewet) van oudsher een grondslag biedt voor bevelen van de burgemeester aan de politie bij brand – de Politiewet is pas in 1957 in werking getreden.

<sup>639</sup> Het voorbeeld van de deurwaarder is ontleend aan Hennekens (Hennekens 1990, p. 230). Een gerechtsdeurwaarder is geen bestuursorgaan als bedoeld in art. 1:1, eerste lid Awb (zie ABRvS 8 augustus 2001, *LJN* AB3332). Zie verder: ABRvS 24 april 2004, *AB* 2002, 70 m.nt. F.R. Vermeer (Fumigation); artikel 11 van de Rampenwet van 1985; *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 149; *Kamerstukken II* 1982-1983, 16 978, nr. 5, p. 23 (MvA); Van der Meulen 1993, p. 200-201.

<sup>640</sup> De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 51. Zie ook volgende noot.

Noodbevel aan politie gericht – Opmerkelijk genoeg hebben bestuurders en rechters een noodbevel aan politieambtenaren noodzakelijk en rechtmatig geacht. Het gaat om omstandigheden waarin politieambtenaren (onbevoegd) optraden ter handhaving van de openbare orde en men hieraan een noodbevel ten grondslag legt. In dit kader zijn twee voorbeelden te noemen, namelijk de maatregelen die de Burgemeester van Amsterdam nam tijdens de rellen rondom de inhuldiging van Koningin Beatrix en tijdens het ontmantelen van het kraakbolwerk in het pand de Lucky Lwijk.

Voor de plechtigheden rondom de kroning werd een deel van Amsterdam afgesloten voor het publiek met uitzondering van personen met een doorlaatbewijs. De Afdeling overweegt daarbij dat deze maatregelen daarin zouden bestaan, dat de burgemeester 'uit hoofde van zijn bevoegdheden op grond van de artt. 219 Gem.wet-oud en 35 Politiewet politieambtenaren opdracht zou geven zich in het betrokken gebied te posteren. Deze ambtenaren dienden op grond van art. 28 Politiewet zo nodig voetgangers te bevelen zich te verwijderen'.

Ook in het geval van de spraakmakende ontruiming van het gekraakte pand de Lucky Lwijk meent men een noodbevel nodig te hebben voor de opdracht van de burgemeester aan de politie om een einde te maken aan de gewelddadige bezetting. "Voor zover een dergelijke opdracht nodig is ter handhaving van de openbare orde of tot het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven, vloeit de bevoegdheid van de burgemeester tot het geven van zo'n opdracht voort uit de art. 28 en 35 Politiewet, nog daargelaten zijn bevoegdheid uit hoofde van art. 219 Gem.w."<sup>641</sup>

### 8.8.2.2 *Ernstige wanordelijkheden*

De burgemeester kan een bevel uitvaardigen in het geval van een 'ernstige wanordelijkheid', zoals een 'oproerige beweging'. Vroeger stond ook het voorbeeld 'samenscholing' in de tekst, maar de wetgever meende dat deze term een te ruime toepassing van het noodbevel in de hand zou werken.<sup>642</sup> De term 'ernstige wanordelijkheid' is een vergelijkbaar containerbegrip als 'de openbare orde' en dient eveneens in context van specifieke omstandigheden te worden bepaald.

Uit de parlementaire behandeling van de Gemeentewet van 1992 en van het wetsvoorstel bestuurlijke ophouding, blijkt dat men een 'ernstige wanordelijkheid' associeert met grootschalige, onbeheersbare acties op met name openbare plaatsen binnen de gemeente. Genoemd worden situaties van oproerige bewegingen, samenscholingen, grootschalige gewelddadigheden en vernielingen.<sup>643</sup>

<sup>641</sup> ARRvS 17 augustus 1982, AB 1983, 80 m.nt. P.J. Boon (inhuldiging Beatrix); HR 21 januari 1983, NJ 1983, 252 m.nt. JAB (Lucky Lwijk); Van der Meulen 1993, p. 198-199. Uit empirisch onderzoek over de periode 1998 t/m 1992 is gebleken dat noodbevelen in veel gevallen rechtstreeks tot de politie waren gericht, voor voorbeelden zie: De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 51, 225-227.

<sup>642</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 149.

<sup>643</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 97 (MvA); *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 735, nr. 3, p. 5 en 12 (MvT) en 1999-2000, 26 735, nr. 5, p. 2, 11, 20 (NVII).

Omstandigheden die in de praktijk een noodsituatie opleverden, zijn: grootschalige rellen, ongeregelde heden bij grote evenementen – denk aan een risicovolle voetbalwedstrijd of een illegale racewedstrijd –, massaal illegaal kamperen en de grotere, provocatieve demonstraties, blokkades en (kraak)acties. Bevelen die burgemeesters in deze noodsituaties afkondigen kunnen onder andere bestaan uit gebiedsontzeggingen, ontruiming, het toelaten van meer kampeers op campings, het tijdelijk doen ophouden van bepaalde groepen en het verbieden of beëindigen van een bepaalde bijeenkomst.<sup>644</sup>

Deze voorbeelden geven goed aan dat een ernstige wanordelijkheid veroorzaakt moet worden door een groep van zodanige omvang dat daarvan een ernstige dreiging uitgaat. Hier is geen sprake van als een groep zich gedisciplineerd en niet rumoerig gedraagt, tenzij dit uit fysieke of verbale gedragingen blijkt of uit gehanteerde voorwerpen zoals wapens. In een uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad meende de politierechter bijvoorbeeld dat de personen in de groep niet herkenbaar waren als voetbalsupporter doordat zij geen zichtbare vlaggen of andere attributen bij zich hadden. De rechter nam in deze zaak aan dat een noodbevel niet op deze personen was gericht, maar alleen op supportersaanhang die de openbare orde zou (dreigen te) verstoren.<sup>645</sup>

---

<sup>644</sup> Grootschalige rellen: ARRvS 17 augustus 1982, *AB* 1983, 80 m.nt. P.J. Boon (inhuldiging Beatrix). Ongeregelde heden bij grote evenementen: ARRvS 22 november 1985, *AB* 1986, 157 m.nt. HH (voetbalverbod Deventer); Vz. ARRvS 9 februari 1989, *KG* 1989, 173 (AMAC-tulpenrally); ARRvS 20 februari 1992, *AB* 1992, 359 m.nt. RMvM (voetbalwedstrijd Eindhoven); Rb. Almelo 25 januari 2006, *Gst.* 7250 (2006), m.nt. M.A.D.W. de Jong, *LJN* AV0612 en ABRvS 9 augustus 2006, *LJN* AY5898, *AB* 2006, 413 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder (wedstrijd Heracles-Psv). Massaal illegaal kamperen: De Jong, Kummeling & Burkens 1994, p. 66-67 en HR 13 november 1984, *AB* 1985, 361 m.nt. FHvdB (campinghouder Domburg); ARRvS 19 april 1985, *AB* 1985, 353 m.nt. JHvdV (campinghouder Veere). Grotere, provocatieve demonstraties, blokkades en (kraak)acties: HR 21 januari 1983, *NJ* 1983, 252 m.nt. JAB (Lucky Luijk); Pres. Rb. Breda 13 juli 1984, *KG* 1984, 218, *AB* (vredesaktiekamp vliegbasis Woensdrecht); Vz. ARRvS 22 september 1987, *AB* 1988, 249 (demonstratie CP Den Haag); Vz. ARRvS 1 juni 1989, *AB* 1989, 499 m.nt. A.E. Schilder (demonstratie CD Rotterdam); ARRvS 30 december 1993, *AB* 1994, 242 m.nt. RMvM; Rb. Maastricht 4 mei 2006, *LJN* AW8040 (noodverordening Schinveld); Rb. Amsterdam 10 mei 2007, *LJN* BA5123. Zie voor de categorie demonstraties ook *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 900 VI en VII, nr. 22, p. 2 (brief van Minister van Justitie en Binnenlandse Zaken over ernstige wanordelijkheden bij demonstratie van rechtsextremisten). Het zij opgemerkt dat voor zover het handelen betreft van burgemeesters ter regulering van publieke vergaderingen en betogingen in openbare ruimten, de Wom in beginsel als grondslag dient (zie Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 418). Zie verder: *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 735, nr. 3, p. 9-11; De Jong, Kummeling & Burkens 1994, o.a. p. 66-71 en De Jong 2004, p. 49.

<sup>645</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 97 (MvA); *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 735, nr. 3, p. 5 en 12 (MvT). Anders De Jong 2000, p. 285. Zie verder: Rb. Zwolle-Lelystad (Pol.r) 17 maart 2008 *AB* 2008, 257 m.nt. J.G. Brouwer, *LJN* BC7237. Zie ook: Van Leiden, Arts en Ferwerda, *Rellen om te rellen*, Amsterdam: Reed Business 2009, o.a. hoofdstuk 2.

Grootschalige ordeverstoringen kenmerken zich door onoverzichtelijkheid en dus onbeheersbaarheid. Het zijn deze factoren tezamen waardoor de term ‘ernstig’ op zijn plaats is. De locatie van de bijeenkomst van de groep kan in meer of mindere mate bijdragen aan de onbeheersbaarheid. Te denken valt aan demonstranten die zich in de bossen van Schinveld ophouden, een provocatieve persconferentie die vanuit een klein rijtjeshuis wordt gehouden in een dichtbevolkte woonwijk of een rally die op vlasakkers wordt gereden met een traject van 30 km.<sup>646</sup>

Een belangrijke ondergrens voor de term ernstige wanordelijkheid is de afbakening hiervan met de frase ‘verstoring van de openbare orde’. De Hoge Raad en de wetgever verstaan onder deze frase ‘een verstoring van enige betekenis van de normale gang van zaken in of aan de desbetreffende openbare ruimte’.<sup>647</sup> Is slechts sprake van ‘een’ ordeverstoring (‘van enige betekenis’) dan dient de burgemeester niet het zware middel van artikel 175 aan te wenden. A contrario valt af te leiden dat het bij ‘een’ ordeverstoring of wanordelijkheid gaat om (dreigende laakbare) gedragingen afkomstig van kleinere, overzichtelijkere groepen of door individuen. Zie §7.4.2.3, §8.4 en §8.5.

Uit het misbruik van de noodbevoegdheden in de jaren tachtig, concluderen doctrine en rechtspraak dat een lokale noodtoestand niet aanwezig kan zijn in situaties van structurele overlast bijvoorbeeld veroorzaakt door drugsverslaafden of agressieve oplichters op straat. Voor situaties als deze dienen gemeentebesturen reguliere raadsverordeningen op te stellen. Noodmaatregelen dient de burgemeester in beginsel in te zetten in onvoorziene situaties.<sup>648</sup>

Uitvaart lid koninklijk huis – Het is de vraag of een uitvaart van een lid van de Koninklijke familie de inzet van een noodbevoegdheid rechtvaardigt. Zo gelden er in Delft strikte eisen vlak vóór en tijdens de bijzetting van Prins Claus in 2002: Vanaf de avond ervoor is het verboden in de binnenstad te parkeren, rijden en te varen, er geldt een alcoholverbod, alle ophangborden, bloembakken en balkonmeubilair direct boven de route dienen verwijderd te zijn en tijdens de uitvaartroute mag men niet op balkons staan of uit ramen hangen. Voor het bijzetten van Prinses Juliana twee jaar later, is een vergelijkbare noodverordening van kracht. Niet kan worden gesteld dat deze gebeurtenissen voor de gemeente Delft niet zijn te voorzien.<sup>649</sup>

<sup>646</sup> Zie vorige noot en Rb. Maastricht 4 mei 2006, *LJN* AW8040 (noodverordening Schinveld); ARRvS 30 december 1993, *AB* 1994, 242 m.nt. RMvM; Vz. ARRvS 9 februari 1989, *KG* 1989, 173 (AMAC-tulpenrally).

<sup>647</sup> HR 30 januari 2007 *AB* 2007, 131 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *Gst.* 7281 (2007) m.nt. L.J.J. Rogier, *LJN* AZ2104 (Dranghekken Amerikaanse ambassade); *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 467, nr. 7, p. 4 (NV II).

<sup>648</sup> Zie eis II en IV in §8.2.2.

<sup>649</sup> ‘Noodverordening Delft van kracht’, *Nederlands Dagblad*, 11 oktober 2002; ‘Juliana overgebracht naar Den Haag’, *NRC Handelsblad*, 24 maart 2004, voorpagina; Verkerk,

Zoals aangegeven denkt de wetgever bij onvoorziene noodsituaties in eerste instantie aan grootschalige en onbeheersbare acties op straat. Gebleken is dat de burgemeester op basis van een noodbevel ook kan handelen als ernstige wanordelijkheden zich op andere voor publiek openstaande plaatsen voordoet – net als bij de bevelsbevoegdheid in artikel 174 lid 2 Gem.wet. Denk aan ordeverstoringen in het geval van grote schare mensen bij festivals en dansevenementen. Het handhaven van de orde hangt in deze gevallen nauw samen met het beperken van gevaar (verg. het beschermen van veiligheid en gezondheid in het tweede lid van artikel 174).

### 8.8.2.3 *Oproerige beweging*

Over het voorbeeld van een ernstige wanordelijkheid dat de wettekst noemt, ‘oproerige beweging’, is niet veel bekend. Dit begrip is historisch gezien gekoppeld aan het militaire strafrecht; deze bevoegdheid is ontstaan in een tijd dat de politie slechts bestond uit burgerwachten – schutterijen – en deze gewapende en geüniformeerde burgers niet waren opgewassen tegen flinke ordeverstoringen. Zodoende bepaalde de voorloper van artikel 175 dat de burgemeester bijstand van krijgsvolk kon vorderen. Een overblijfsel van de oorspronkelijke bijstandregeling is nog te vinden in het militaire strafrecht. In het geval van een oproerige beweging waarbij het bevoegd gezag hulp van de krijgsmacht heeft gevorderd, is sprake van een tijd van oorlog zodat het oorlogsrecht van overeenkomstige toepassing is (artikel 71 Wet op het militair strafrecht).<sup>650</sup>

Er is geen definitie te geven van de term ‘oproerige beweging’. Er dient in elk geval sprake te zijn van een menigte op straat die een dreigende houding heeft aangenomen. Oproer en oproerige beweging doen verder denken aan een grotere groep personen waarvan de gemoederen zijn verhit en die met hun gedragingen strafbare feiten plegen zoals (bedreiging met) het openlijk in vereniging geweld plegen of het opzettelijk vernielen van goederen.<sup>651</sup>

Samenscholing – De voorloper van artikel 175 noemde ook de situatie van ‘samenscholing’ als voorbeeld, maar de wetgever meende dat de connotatie van dat woord zou leiden tot een te ruime toepassing van het noodbevel. Prins geeft aan dat sprake is van een samenscholing die een noodbevel rechtvaardigt – dus sprake is van een ernstige wanordelijkheid – wanneer een menigte, zonder te vervallen in oproerige beweging, bij-

---

Wijdeven, Dezoete, 'JULIANA Politie sommeert Delftenaren ramen te sluiten', *ANP* 30 maart 2004.

<sup>650</sup> Franken & Brunner 1948, p.140-142; Militair straf- en tuchtrecht, suppl. 40 (oktober 2006), aant. 3 en 4 bij artikel 71.

<sup>651</sup> Prins 1956, p. 330; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, aant. 2.1.1 bij artikel 175; *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 735, nr. 3, p. 12 (MvT). Zie bijvoorbeeld artikel 141, 350 en 285 Sr.



eenblijft nadat haar door het bevoegd gezag is aangezegd uiteen te gaan.<sup>652</sup>

#### 8.8.2.4 *Ernstige vrees*

Hoewel de grootte van de groep een belangrijke factor kan zijn in de afweging omtrent het al dan niet toepassen van een noodbevoegdheid, dient er voor het criterium ‘ernstige vrees voor het ontstaan’ van een ernstige wanordelijkheid meer aan de hand te zijn. Men neemt tegenwoordig aan dat het bij de ‘ernstige vrees’ om een geobjectiveerd criterium gaat zodat de toets is of sprake is van ‘gegronde’ vrees. De wetgever geeft hiervoor geen nadere aanwijzingen. Naar analogie van het preventieve gebruik van de bevelsbevoegdheid in artikel 174 lid 2 Gem.wet is aannemelijk dat ‘ernstige vrees’ ziet op een dreiging die ‘concreet voorzienbaar’ en ‘actueel’ is. Van der Meulen spreekt van een dreiging die ‘immanent’ is.<sup>653</sup> Factoren als een ruime mate van ruchtbaarheid en veel media-belangstelling spelen hierbij vaak een belangrijke rol.<sup>654</sup>

Zoals bij ‘ernstige wanordelijkheid’ al is aangegeven, kan niet van een dreiging (‘ernstige vrees voor het ontstaan’) sprake zijn indien een groep personen zich gedisciplineerd en niet rumoerig gedraagt. Volgens de wetgever kan deze vrees (hooguit) worden aangenomen als dit blijkt ‘uit het samenstel van fysieke of verbale gedragingen en gehanteerde voorwerpen, zoals het bij zich dragen van slag- of steekwapens’.<sup>655</sup>

#### 8.8.2.5 *Rampen en zware ongevallen*

Voor de betekenis van de term ‘ramp’ en ‘zwaar ongeval’, is de Wet veiligheidsregio’s van belang die in 2010 de Wet rampen en zware ongevallen verving. Op grond van artikel 5 voert de burgemeester het opperbevel bij het bestrijden van een ramp; deze bevoegdheid geldt als een nadere invulling van de bevelsbevoegdheid in artikel 175 Gem.wet.<sup>656</sup>

---

<sup>652</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 149; Prins 1956, p. 330. Zie ook: artikel 186 Sr.

<sup>653</sup> Van der Meulen 1993, p. 192-193; Brouwer & Schilder in *NJB* 1999, p. 1640; De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, aant. 2.2 bij artikel 175. Anders: Crince le Roy 1963, p. 30 en Hennekens 1990, p. 99.

<sup>654</sup> Zie bijvoorbeeld: Rb. Maastricht 4 mei 2006, *LJN* AW8040 (noodverordening Schinveld); ARRvS 30 december 1993, *AB* 1994, 242 m.nt. RMvM;

<sup>655</sup> *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 735, nr. 5, p. 22; Rb. Zwolle-Lelystad (Pol.r) 17 maart 2008 *AB* 2008, 257 m.nt. J.G. Brouwer, *LJN* BC7237.

<sup>656</sup> *Kamerstukken II* 1981-1982, 16 978, nr. 3, p. 13 (toen was slechts sprake van de Rampenwet); *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 117, nr. 7, p. 13; T&C OO&V, artikel 5.

Een ‘ramp’ wordt in artikel 1 gedefinieerd als een zwaar ongeval of een andere gebeurtenis die 1) een ernstige verstoring doet ontstaan van de openbare veiligheid en 2) een gecoördineerde inzet van diensten en organisaties behoeft. Een ernstige verstoring van de openbare veiligheid houdt in dat het leven en de gezondheid van vele personen, het milieu dan wel grote materiële belangen in ernstige mate worden bedreigd of zijn geschaad. De tweede voorwaarde, de noodzakelijkheid van gecoördineerde rampenbestrijding, is niet helder geformuleerd. Het gaat erom dat normale bevoegdheden niet toereikend zijn om de vereiste coördinatie te bewerkstelligen. Hierbij reserveert de wetgever de term ‘ramp’ in eerste instantie voor situaties waarin actief menselijk gedrag afwezig is: de definitie van ramp ziet niet op ernstige verstoringen van de openbare orde of situaties waarbij strafbare feiten worden gepleegd. Bij het wijzigen van de Rampenwet tien jaar later, meldt de wetgever echter dat het bij rampen en zware ongevallen ook gaat om tijdelijke of dynamische veiligheidsrisico’s. Bijvoorbeeld in het geval van incidenten bij vervoer van gevaarlijke stoffen of bij grootchalige evenementen met veel toeschouwers.<sup>657</sup>

De toevoeging ‘zwaar ongeval’ is in 1997 in de Wet rampen en zware ongevallen opgenomen, omdat bestuurders in de praktijk moeite hadden om bepaalde feitelijke omstandigheden de zware kwalificatie van ‘ramp’ toe te dichten. De wetgever hoopt hiermee de te hoge drempel voor het inzetten van die weg te nemen. De toevoeging heeft juridisch verder geen betekenis doordat de definitie hetzelfde is gebleven.<sup>658</sup>

Zoals in §8.2.1 en §8.6.2 naar voren kwam (zie ook nog §8.8.2.5), hanteert de praktijk geen strikt onderscheid tussen een ernstige ordeverstoring en een ramp of zwaar ongeval. Beide situaties kunnen door elkaar lopen: een ernstige ordeverstoring kan op een ramp uitlopen en een ramp levert altijd een ernstige ordeverstoring op. De bevelen die de burgemeester in beide situaties geeft, zijn wel verschillend van aard. In het algemeen hebben bevelen bij een ramp een beschermend karakter; er wordt niet zozeer tegen personen opgetreden – zoals bij ordeverstoorders wel het geval is – als wel hulp verleend. Het optreden van politie bestaat is veelal ondersteunend van karakter.<sup>659</sup>

Tot slot is van belang te benadrukken dat een ramp of zwaar ongeval zich overal kan voordoen en overal gevolgen kan hebben. Op basis van een noodbe-

<sup>657</sup> *Kamerstukken II* 1981-1982, 16 978, nr. 3, p. 10 en 16; *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 481, nr. 3, p. 5; Muller & Stolker 2001, p. 2; *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 117, nr. 3, o.a. p. 58 en nr. 7, p. 13; T&C OO&V, artikel 1 en artikel 5. Zie ook: Branich von Brainich Felth 1993, p. 273 e.v. en 2006, p. 175 en 2004, p. 77.

<sup>658</sup> Zie noot 657 en Wet van 13 maart 1997 tot wijziging van de Rampenwet en andere wetten in verband met de uitbreiding van de reikwijdte van de Rampenwet tot zware ongevallen en de regeling van enige andere onderwerpen, *Stb.* 1997, 142; *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 481, nr. 3, p. 1-2 (MvT) en *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 481, nr. A, p. 1 (Advies RvS); Branich von Brainich Felth 2006, p. 77.

vel is het derhalve voor de burgemeester mogelijk om in deze gevallen en ter beperking van gevaar op alle categorieën plaatsen op onmiddellijk wijze optreden. Voorbeelden uit de praktijk van situaties die voldeden aan de definitie van ramp zijn: grootschalige overstromingen, grote rookontwikkeling bij het verbranden van kabels, bomontuimingen en vuurwerkexplosies. Maatregelen die burgemeesters in dit kader veelal geven, zijn: evacuatiebevelen, gebiedsontzeggingen, het bevel om bepaalde gevaarlijke stoffen te (doen) verwijderen, het bevel om bepaalde gevaarlijke activiteiten te (doen)staken of het bedrijf in zijn geheel tijdelijk stil te leggen.<sup>660</sup>

#### 8.8.2.6 *Waarschuwing*

Het tweede lid van artikel 175 Gem.wet bepaalt dat de burgemeester niet tot maatregelen van geweld laat overgaan dan nadat hij een waarschuwing heeft afgegeven. Deze waarschuwing is van oudsher niet aan enig vormvereiste gebonden. Wel staat vast dat deze waarschuwing ‘behoorlijk’ dient te zijn en dat er een bepaalde tijd moet bestaan tussen het moment waarop men gehoorzaamheid afwacht en het moment waarop men deze afdwingt door middel van geweld. Een behoorlijke waarschuwing houdt in dat deze luid en duidelijk wordt afgegeven en dat vrijwel zeker dient te zijn dat deze is aangekomen. Het dient voor de groep helder te zijn met welke gedragsaanpassing de geweldsuitoefening jegens hen nog kan worden voorkomen. Indien het noodzakelijk is dat een bevel voor een langere periode toepasselijk blijft, verdient een schriftelijk bevel de voorkeur.<sup>661</sup>

Destijds was het gebruikelijk om een waarschuwing driemaal te geven. Dit is nog te zien aan het misdrijf ‘samenscholing’ in artikel 186 Sr waarin expliciet is bepaald dat het opzettelijk niet voldoen aan een verwijderingsbevel bij een volksooploop pas strafbaar is nadat een *derde* bevel is gegeven. Terwijl men vroeger driemaal luidkeels kreten uitte als ‘Eerbied voor de wet; de wapenen worden gebruikt; verwijdert u’ of ‘Gehoorzaamheid aan de wet! Naar huis of

<sup>659</sup> Hennekens 1990, p. 118-119 en 2007, p. 64-65.

<sup>660</sup> Hof 's-Gravenhage 29 april 1953, *NJ* 1953, 392 (noodbevel Zierikzee); Vz. ARRvS 31 mei 1990, *AB* 1990, 482 m.nt. JHvdV, *Gst.* 6911, 4 m.nt. HH (kabelverbranding Venlo); ABRvS 24 april 2001, *AB* 2002, 70 m.nt. F.R. Vermeer (Fumigation); ABRvS 14 januari 2009, *JB* 2009, 56, m.nt. M.A.D.W. de Jong, *JG* 2009, 0028 m.nt. LDR (noodbevel Westland). Zie ook Brouwer & Schilder in: Muller & Stolker (red.) 2001, p. 259-275 en T&C OO&V, aant. 3d) bij artikel 175.

<sup>661</sup> Van der Meulen 1993, p. 196-197; De Jong 2002, p. 56; Hennekens 2007, p. 67. Zie ook volgende noot.

geweld zal worden gebruikt!', tegenwoordig waarschuwt het gezag veelal één keer met behulp van een megafoon.<sup>662</sup>

### 8.8.2.7 Grondrechten

Zoals in §5.2.1.1, §5.3.2 en §6.3.1.2 is uiteengezet, roept de vraag in hoeverre het noodbevel grondrechten opzij kan zetten, uiteenlopende reacties op. In het algemeen kan gesteld worden dat doctrine en rechters menen dat een *intra-legem* werking van artikel 175 inherent is aan noodrecht; geen enkele afwijking van wettelijke voorschriften bij de uitoefening van noodbevoegdheden is ten principale niet houdbaar, aldus Dölle, Elzinga & Engels. Hoewel men aanneemt dat het maken van een inbreuk op grondrechten in bepaalde noodsituaties noodzakelijk en gerechtvaardigd is, zijn beperkingen naar de letter van artikel 175 niet mogelijk. Er staat immers in de wettekst dat 'van andere dan bij de Grondwet gestelde voorschriften' kan worden afgeweken en ook de verplichting om een ieder verbindende verdragsrechten te respecteren volgt uit de Grondwet (artikelen 93 en 94). De wetgever heeft echter een aantal uitzonderingen mogelijk gemaakt, namelijk de beperking van artikel 6, 7 en 9 Gw die respectievelijk zien op de vrijheid van godsdienst, van meningsuiting en van vergadering en betoging. Hoewel het derhalve formeel op grond van de Gemeentewet niet mogelijk om een evacuatie te gelasten, neemt de rechtspraak aan dat op dit punt sprake is van ongeschreven noodrecht.<sup>663</sup>

Zoals in §7.4.1.3 aan bod is gekomen is de stand van het recht rondom het maken van een inbreuk op het huisrecht en het recht van privacy bij ontruimingen niet helder. Men nam aan dat een dergelijke inbreuk in een noodsituatie (vgl. omstandigheden ten tijde van de kraak van het pand de Lucky Luijk) op basis van artikel 175 Gem.wet was toegestaan. Later ontstond specifiek artikel 174a Gem.wet. Ingevolge de *McCann*-jurisprudentie moet degene die bij een ontruiming uit zijn huis wordt gezet, in verband met artikel 8 EVRM de mogelijkheid hebben om de proportionaliteit van die maatregel te laten toetsen door een onafhankelijke rechtsprekende instantie ('tribunal').<sup>664</sup>

<sup>662</sup> Staatscommissie-Provó Kluit, Verslag der Staats-commissie tot het doen van onderzoek naar en het uitbrengen van verslag over een aan de tegenwoordige staatsinrigting en wetgeving meest passend stelsel van politiewet, uitgebragt op den 18den Sept. 1852, 's-Gravenhage: ter Algemeene Lands-drukkerij 1853, p. 67; Smidt II 1891, commentaar bij artikel 186; Van Loenen II 1914, p. 506-507; Suyver 1985, p. 168-169; *Kamerstukken II 1998-1999*, 26 735, nr. 3, p. 13.

<sup>663</sup> Van der Meulen 1993, p. 210-211; De Jong 2000, p. 54; Brainich von Brainich Felth 2006 in TC OO&V, aant. 3d) bij artikel 175 Gem.wet.

<sup>664</sup> HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 213 m.nt. P.A.M. Mevis, *LJN* BJ 1254; Wet kraken en leegstand, *Stb.* 2010, 320; HR 28 oktober 2011, *LJN* BQ9880; Hof 's-Gravenhage 8 november 2010, *LJN* BO3682; EHRM 13 mei 2008, nr. 19009/04 (*McCann v United Kingdom*). Zie verder: §7.4.1.3 onder het kopje 'Besloten plaatsen en woningen' en §6.2.

## 8.9 Conclusie

### Plaats hoofdstuk in onderzoek

Dit boek kent drie doelstellingen: het verschaffen van inzicht in de verschillende opties die burgemeester heeft om de openbare orde op onmiddellijke wijze te handhaven, erachter komen in welke situaties het middel van bestuursdwang – en daarmee de last onder dwangsom – een alternatief vormt voor de inzet van een onmiddellijke ordebevoegdheid en het komen tot een gefundeerd oordeel over de trend om de onmiddellijke ordehandhaving te juridiseren.

De hoofdstukken 2 t/m 4 zien op de bestuursdwangfiguur. In de hoofdstukken 5 en 6 ben ik chronologisch en thematisch ingegaan op de geschiedenis van het openbare-orderecht. In het vorige hoofdstuk (7) is de opkomst en de ontwikkeling van het onderscheid in onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving in hun algemeenheid beschreven. Het beschreven systeem vervangt de oude indeling in gewone en buitengewone bevoegdheden. In dit hoofdstuk (8) zijn de volgende *onmiddellijke ordebevoegdheden* in de Gemeentewet behandeld: artikel 172 lid 2 (en lid 3), artikel 174 lid 2 en artikel 175 Gem.wet. Eveneens ben ik ingegaan op de bevelsbepaling in artikel 173 Gem.wet-oud dat integraal is overgenomen in artikel 4 Wet veiligheidsregio's.

De genoemde bepalingen (dwangbevoegdheden) hebben met elkaar gemeen dat zij: een bevelsbevoegdheid bevatten, kunnen zien op situaties waarin een verstoring van de openbare orde gepaard gaat met overtreding van een wettelijk voorschrift, dezelfde voorwaarden voor inzetbaarheid kennen, onderhevig zijn aan dezelfde normering en een sterke gelijkenis vertonen met de last onder bestuursdwang. Het samenstel aan bevoegdheden geeft de burgemeester instrumenten ter 'onmiddellijke handhaving van de openbare orde'. Vanwege de sterke gelijkenis met de bestuursdwangfiguur verklaart artikel 5:23 Awb dat de bestuursdwangafdeling in de Awb bij dit type handhaving niet van toepassing is.

Net als bij het onderzoek naar de bestuursdwangfiguur, sluit ik het onderzoek naar onmiddellijke ordehandhaving af met het onderwerp kosten. Dit komt in het volgende hoofdstuk (9) aan bod. Daarbij ga ik bovendien in op de vraag in hoeverre de bestuursdwangregeling een grondslag kan vormen voor het verhalen van de kosten van (onmiddellijke) ordehandhaving. In het afsluitende hoofdstuk (10) vindt de uiteindelijke puntsgewijze vergelijking plaats tussen bestuursdwang en onmiddellijke ordehandhaving en kom ik tot mijn eindconclusies.

### Algemene vereisten

In §8.2 heb ik de algemene vereisten uiteengezet die voor elke onmiddellijke ordebevoegdheid in dit kader gelden. De burgemeester kan in de context van dit

onderzoek alleen handelen als voldaan is aan het situatiecriterium; er moet sprake zijn van een ‘onmiddellijkheidssituatie’. Er is sprake van een dergelijke situatie als de orde in de publieke ruimte wordt verstoord door een concreet en actueel gevaar of door een concrete en actuele aantasting van de rechten van de ander. Het gevaar of de inbreuk op iemands recht moet de inzet van een onmiddellijke ordemaatregel rechtvaardigen (dus van enige betekenis zijn) en gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm. De reikwijdte van dit onderzoek beperkt zich evenwel tot situaties waarin een wettelijk voorschrift in het geding is omdat anders artikel 5:23 Awb niet relevant is. Een onmiddellijkheidssituatie kan zich acuut voordoen (groepen ordeverstoorders raken slaags met elkaar) of op korte termijn dreigen plaats te vinden (een aantal dagen voor een evenement blijkt uit concrete informatie blijkt dat groepen ordeverstoorders rotzooi willen trappen). Structurele overlast in de publieke ruimte veroorzaakt door bijvoorbeeld drugshandel en prostitutie dient met structurele, democratisch gelegiti-meerde middelen te worden bestreden.

Samengevat dient een onmiddellijkheidssituatie aan de volgende vijf elementen te voldoen. De (dreigende) ordeverstoring moet:

1. plaatsvinden in de publieke ruimte;
2. bestaan uit gevaar of de aantasting van andermans recht;
3. concreet en actueel zijn;
4. enige betekenis hebben;
5. gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm (wettelijke norm).<sup>665</sup>

Als voldaan is aan het situatiecriterium, gelden er vervolgens voor de burgemeester vijf algemene eisen (zie §8.2.2 ). De ordemaatregel bestaat uit een (schriftelijk) bevel, fysiek handelen of uit allebei en dient:

- I. slechts tot doel te hebben het bewaren of het herstellen van orde en rust;
- II. niet zwaarder zijn dan dat de concrete situatie vereist;
- III. de dreigende verstoring per direct aan te pakken;
- IV. niet langer te duren dan er gevaar dreigt voor anderen of dat andermans recht in het geding is;
- V. niet af te wijken van wettelijke voorschriften, tenzij sprake is van een noodsituatie ex artikel 175 Gem.wet.

---

<sup>665</sup> Het standpunt van de wetgever geldt als uitgangspunt: een ordeverstoring moet gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm (rampen uitgezonderd). Dit onderzoek beperkt zich echter tot situaties waarin een wettelijk voorschrift in het geding is, omdat artikel 5:23 Awb anders niet relevant is.

De eerste eis is dat de maatregel nergens anders op gericht mag zijn dan op het bewaren of het herstellen van de orde en rust. Het moet gaan om een preventieve of reparatoire maatregel (niet het bestraffen van de ordeverstoorder). Deze eist vloeit voort uit het specialiteitsbeginsel en wordt ook wel aangeduid als het ‘doelcriterium’.

De tweede eis vloeit voort uit het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel en houdt in dat een ordemaatregel niet zwaarder mag zijn dan concrete situatie vereist (ook wel noodzakelijkheids criterium genoemd). Hierbij geldt dat een regulier middel voorrang heeft op een exceptioneel middel en dat een lichtere bevoegdheid vóór een zwaardere bevoegdheid gaat; de maatregel moet noodzakelijk zijn om de orde te handhaven en evenredig zijn aan de (vrees voor) de ordeverstoring. Zodoende mag de burgemeester slechts een onmiddellijke ordebevoegdheid aanwenden als reguliere middelen – zoals een regeling in de APV – niet voorhanden zijn of niet afdoende werken. Vervolgens dient hij te beslissen welke bevoegdheid in aanmerking komt gezien de zwaarte van de situatie; de bevelsbevoegdheid van artikel 175 is zwaarder dan die in artikel 172 lid 2 en 3 Gem.wet. Is specifiek sprake van een concrete en actuele (dreigende) ordeverstoring bij een openbare vermakelijkheid of in een voor publiek openstaand gebouw, dan dient de burgemeester de *lex specialis* in artikel 174 lid 2 toe te passen. In geval van brand beschikt de gezagsdrager over meerdere opties waaronder artikel 4 lid 2 Wet veiligheidsregio’s.

De derde eis is dat de burgemeester de (dreigende) ordeverstoring per direct moet aanpakken; hij moet zowel onverwijld op de situatie reageren als met de gekozen maatregel de ordeverstoring effecten direct wegnemen. Er ontstaat anders de schijn van willekeur en de indicatie dat hij een ander, regulier middel in had kunnen zetten.

De vierde eis ziet op de tijdsperiode van de ordemaatregel en houdt in dat de duur van de maatregel afhankelijk moet zijn van de tijd dat het gevaar of de aantasting van andermans recht aanwezig is.

De vijfde en laatste eis komt erop neer dat de maatregelen die op grond van een onmiddellijke ordebevoegdheid worden genomen geen inbreuk mogen maken op grondrecht, tenzij de grondwettelijke beperkingssystematiek dit toestaat. Dit onderzoek gaat slechts marginaal in op deze problematiek.

### **Machtiging, mandaat en delegatie**

De overkoepelende term ‘machtigen’ ziet op mandaatverlening, het geven van een volmacht, het machtigen en het uitvoeren van feitelijke handelingen. Mandaat en delegatie zien alleen op besluiten. In §8.3 ben ik beknopt ingegaan op de juridische verhouding tussen de burgemeester en diegenen die zijn beslissing feitelijk uitvoeren.

Op basis van artikel 12 Pol.wet jo. 177 lid 1 Gem.wet bestaat tussen de burgemeester en in de gemeente dienstdoende politieambtenaren een ondergeschiktheidsrelatie. Ondergeschiktheid houdt in dat de burgemeester werkzaamheden laat uitvoeren waarbij hij aanwijzingen kan geven. Tussen de burgemeester en zijn gemeenteambtenaren wordt een ondergeschiktheidsrelatie verondersteld. Alleen de figuur van mandaatverlening leent zich voor toepassing in hiërarchische verhoudingen, delegatie niet. Er bestaat voor de burgemeester een algemene mandaatbevoegdheid in het geval van gemeenteambtenaren en een specifieke bevoegdheid om politieambtenaren die in de gemeente dienst doen, te kunnen mandateren. Tussen de burgemeester en het gemeentelijke brandweerpersoneel is een ondergeschiktheidsrelatie aannemelijk gezien zijn gezagsbevoegdheid in artikel 4 Wet veiligheidsregio's; een concrete bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen ontbreekt echter. Met 'gezag' doelt de wetgever op de bestuurlijke leiding, aangezien de feitelijke leiding bij de operationele leider van de brandweer berust.

De wetgever schrijft voor, gezien de formulering en de aard van de bevoegdheden, dat het de burgemeester zelf is die feitelijk dient te beslissen tot de inzet van onder andere de artikelen 172, 174 lid 2 en 175 Gem.wet. De politie kan dus nooit via mandaat of delegatie een ontruimingsbevel of een noodbevel geven (zie artikel 177 lid 2 en 178 lid 2 Gem.wet). Er dient geen waarde gehecht te worden aan de term 'besluiten' in artikel 177. Het gaat om beslissingen met rechtsgevolgen in de vorm van een bevel of een besluit. De expliciete bewoordingen van het tweede lid van artikel 177 Gem.wet wijzen erop dat het daarin geformuleerde mandaatverbod als absoluut is te beschouwen.

De burgemeester mag van de wetgever wel de feitelijke uitvoering van 'andere handelingen' dan het nemen van de beslissingen overlaten aan politieambtenaren of brandweerpersoneel middels een machtiging (denk aan het daadwerkelijk verwijderen en verwijderd houden van de hooligans uit het verboden gebied).

### **Onmiddellijke ordebevoegdheden afzonderlijk**

In §8.4 t/m §8.8 ben ik afzonderlijk ingegaan op artikel 172 lid 2 en lid 3, artikel 4 lid 2 Wet veiligheidsregio's, artikel 174 lid 2 en artikel 175 Gem.wet. Per bevelsbepaling heb ik een aantal algemene opmerkingen geplaatst waarna ik vervolgens de reikwijdte van de bevoegdheid heb geanalyseerd (o.a. de normadressant, het terrein dat de bepaling beslaat en de ordemaatregelen die op basis daarvan genomen kunnen worden).

### **Artikel 172 lid 2**

De bevoegdheid in dit lid vormt de rechtstreekse aanleiding voor het opnemen van artikel 5:23 Awb (zie §7.2.2 -§7.2.4 ). Met de inwerkingtreding van de der-



de tranche van de Awb realiseert de wetgever zich dat de formulering in het tweede lid van artikel 172 sterk doet denken aan de algemene bestuursdwangbevoegdheid.

De dwangbevoegdheid in dit lid is een vreemde eend in de bijt, omdat het de enige bepaling is in de reeks onmiddellijke ordebevoegdheden die de burgemeester niet een bevelsbevoegdheid toekent, maar hem expliciet bevoegd maakt tot fysiek handelen. De formulering van deze bevoegdheid is op twee punten misleidend. Om te beginnen oogt die niet als een onmiddellijkheidsinstrument, maar eerder op een algemene bestuursdwangbevoegdheid (een niet-onmiddellijkheidsinstrument). De wetgever wil met de gekozen bewoordingen de burger echter tegemoet komen door de burgemeester geen blanco bevoegdheid te verschaffen – er moet immers een koppeling zijn aan een wettelijk voorschrift. Dat in het tweede lid van artikel 172 wel degelijk sprake is van een onmiddellijkheidsinstrument, blijkt uit haar totstandkomingsgeschiedenis en wordt algemeen in de doctrine aangenomen. In de tweede plaats is de bevoegdheid in artikel 172 lid 2 misleidend omdat het lijkt alsof die alleen een basis geeft voor fysieke handelingen terwijl de burgemeester op basis van deze bepaling ook bevelen kan geven (mits slechts normbevestigend en niet normstellend).

### **Artikel 172 lid 3**

Voor de inzet van de lichte bevelsbevoegdheid in het derde lid van artikel 172 is geen overtreding van een wettelijk voorschrift nodig is (deze bepaling valt in theorie buiten de reikwijdte van dit onderzoek). Het feitelijk gebruik van het derde lid maakt dat ik in dit hoofdstuk ook op deze bevoegdheid in ga; in vrijwel alle gevallen waarin de burgemeester op een bevel geeft op basis van het derde lid, is sprake van een verstoring van de openbare orde die gepaard gaat met de overtredingen van wettelijke norm. Hiermee wijst hij niet alleen op de (dreigende) overtreding van specifieke wettelijke voorschriften, maar legt hij burgers eveneens een nieuwe norm op.

Gebleken is dat burgemeesters hun bevelsbevoegdheid ex artikel 172 lid 3 veelvuldig en op verschillende wijzen misbruiken. Er is sprake van oneigenlijk gebruik omdat een onmiddellijkheidssituatie ontbreekt of omdat de bepaling wordt aangewend in situaties van structurele overlast. Structurele overlast in de publieke ruimte dient met structurele, democratisch gelegitimeerde middelen te worden bestreden.

### **Artikel 4 lid 2 Wet veiligheidsregio's (173 lid 2 Gem.wet-oud)**

De voorloper van artikel 4 Wet veiligheidsregio's maakte van oudsher onderdeel uit van één van de vier kernbepalingen in het openbare-orderecht en werd gebruikt om bij brand ordemaatregelen te nemen door middel van bevelen aan de politie (de eerste Politiewet stamt pas uit 1957). De oude bepaling sprak van het

‘opperbevel’ terwijl de nieuwe formulering – net zoals in artikel 12 Politiewet 1993 – de term ‘gezag’ bezigt.

Aan deze bevoegdheid besteden de doctrine en de rechtspraak weinig aandacht. De oorzaak hiervan ligt in het feit dat artikel 173 een onduidelijke positie innam ten aanzien van andere onmiddellijke ordebevoegdheden. Het is nog niet duidelijk of de positie van de bevelsbevoegdheid met de overheveling naar de Wet veiligheidsregio’s is verbeterd. Burgemeesters maakten liever gebruik van hun algemene bevoegdheden in artikel 172 en 174 dan de specifieke bevelsmogelijkheid bij brand en ongevallen. Daarnaast was op bepaalde punten sprake van overlapping met artikel 175 Gem.wet en de Wet rampen en zware ongevallen (inmiddels vervallen).

Als artikel 4 Wet veiligheidsregio’s de grondslag vormt voor onmiddellijk ingrijpen, dient de burgemeester hogere wetgeving te respecteren. Bij bovenlokale rampen of crises gaat het gezag van de burgemeester over de handhaving van de openbare orde over op de voorzitter van de veiligheidsregio. Lid 2 van artikel 4 Wet veiligheidsregio’s ziet alleen op de relatie met burgers en betreft hoofdzakelijk plaatsen die voor publiek toegankelijk zijn. Ondanks de formulering in dit lid kan de burgemeester bij slechts een concrete dreiging van een brand of een ongeval, ook maatregelen nemen.

#### **Artikel 174 lid 2 Gem.wet**

In het kader van het toezicht op openbare samenkomsten en vermakelijkheden en op voor publiek openstaande gebouwen en bijbehorende erven heeft de burgemeester een specifieke bevelsbevoegdheid. De term ‘toezicht’ slaat op feitelijke handhaving en impliceert het geven van bevelen. De door de wetgever geïntroduceerde doelcriteria in het tweede lid van artikel 174 Gem.wet zijn niet goed doordacht. Veiligheid of gezondheid lijken ruimere doelstellingen dan het handhaven van de openbare orde, terwijl het tegengestelde aannemelijker is, namelijk dat de bescherming van de gezondheid of veiligheid van burgers al in ordehandhaving besloten ligt. Hiermee vormt artikel 174 een *lex specialis* ten opzichte van artikel 172 lid 1 Gem.wet. De wetgever geeft in een latere fase aan dat het laatste het geval is – waarmee hij zichzelf dus tegenspreekt:

In de wetsgeschiedenis van het tweede lid van artikel 174 worden slechts burgers als normadressant genoemd. Het gaat om de bescherming van de veiligheid of gezondheid van de burger ‘in incidentele gevallen en op bepaalde plaatsen’. Met incidentele gevallen doelt men op het vereiste van een concreet voorzienbare en actuele dreiging. De plaatsen waar de burger bescherming krijgt, zijn locaties waar een ‘openbare samenkomst of vermakelijkheid’ plaatsvindt en in ‘voor publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven’. Het gaat om ruimtes waar een ieder deel kan uitmaken aan een bijeenkomst van mensen.

Bij het toepassen van artikel 174 lid 2 dienen hogere regelingen te worden gerespecteerd.

Onder een openbare samenkomst of gemakelijkheid verstaat men een plaats die voor het publiek openstaat in het kader van een bepaald doel. Hierbij is niet van belang of sprake is van een toegangsprijs of van andere toelatingsvoorwaarden. Het betreffen gelegenheden die openstaan voor een onbeperkte groep personen en waarbij niet zelden vermaak het doel is. Wat betreft gebouwen en erven die voor een ieder openstaan, vormen horeca-inrichtingen een belangrijke categorie voor publiek openstaande gebouwen. Bij de term ‘bijbehorend erf’ kan gedacht worden aan een horecaterras. Een plaats is ófwel voor publiek toegankelijk ófwel besloten, maar niet allebei tegelijkertijd.

Hoewel de tekst van het tweede lid van artikel 174 anders doet vermoeden, kan de bepaling preventief aangewend worden. De rechter hanteert namelijk het criterium van een ‘concrete ordeverstoring en actuele dreiging’. Hier heeft de wetgever later aan toegevoegd dat de (dreigende) ordeverstoring betrekking moet hebben op de veiligheid of gezondheid van burgers. De praktijk maakt beperkt gebruik van de onmiddellijke ordebepaling in artikel 174 lid 2 Gem.wet; burgemeesters kennen vaak al een bevelsbevoegdheid op grond van plaatselijke verordeningen en daarnaast is sprake van overlapping met artikel 13b van de Opiumwet.

### **Artikel 175 Gem.wet**

Op basis van dit artikel neemt de burgemeester maatregelen in situaties van ernstige wanordelijkheden, zoals een oproerige beweging, rampen of zware ongevallen. Hij vaardigt een noodbevel uit in de (dreigende) omstandigheid van een onhoudbare situatie: een lokale noodtoestand (voordat deze terminologie in zwang raakt, sprak men van bevoegdheden in ‘buitengewone omstandigheden’).

Het eerste lid bepaalt dat de burgemeester bij een wanordelijkheid of ramp of zwaar ongeval ‘alle bevelen’ kan geven die hij ‘nodig acht’. In verhouding tot de overige besproken onmiddellijke ordebevoegdheden, geldt artikel 175 als de zwaarste bevelsbevoegdheid die de burgemeester ter beschikking staat. De bepaling vormt vanouds het zwaartepunt van het stelsel van ordehandhaving.

Naast een ‘ernstige wanordelijkheid’, schaaft de wetgever een ‘ramp of zwaar ongeval’ onder een lokale noodtoestand. De burgemeester handelt hiermee niet alleen ter handhaving van de openbare orde, maar ook ‘ter beperking van gemeen gevaar’. Men moet de beide noodsituaties niet zomaar met elkaar vereenzelvigen. In het geval van een (ernstige) wanordelijkheid geeft de burgemeester een bevel om terug te keren naar het normale rustniveau (ter handhaving van de openbare orde). In het geval van een ramp is het doel in eerste instantie om het gevaar zoveel mogelijk te beperken waarbij de burgemeester niet direct kan en hoeft terug te keren naar het normale ordelijk verloop.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het bepaalde in artikel 175 is gericht tot: burgers, particuliere organisaties, ondernemingen (bijvoorbeeld een deurwaarder of een particuliere opruimdienst) en organen van andere openbare lichamen die bij rampbestrijding betrokken zijn. De burgemeester kan de politie opdrachten geven op basis van artikel 2 en 12 Politiewet voor zover het zijn openbare ordetaak betreft. Over het brandweerpersoneel voert de burgemeester het gezag op basis van artikel 4 Wet veiligheidsregio's. De doctrine gaat er vanuit dat artikel 175 Gem.wet primair functioneert als grondslag voor bevelen gericht tot burgers (extern werkend).

De term 'ernstige wanordelijkheid' is net zo'n containerbegrip als 'de openbare orde' en dient dus ook in context van specifieke omstandigheden te worden uitgelegd. Uit wetsgeschiedenis blijkt dat men een 'ernstige wanordelijkheid' associeert met grootschalige, onbeheersbare acties op met name openbare plaatsen binnen de gemeente (zoals oproerige bewegingen, samenscholingen, grootschalige gewelddadigheden en vernielingen). De situatie moet veroorzaakt worden door een groep van zodanige omvang dat daarvan een ernstige dreiging uitgaat. Grootschalige ordeverstoringen kenmerken zich door onoverzichtelijkheid en dus onbeheersbaarheid waarbij de locatie in meer of mindere mate bijdragen. Uit het misbruik van de noodbevoegdheden in de jaren tachtig, concluderen doctrine en rechtspraak dat een lokale noodtoestand niet aanwezig kan zijn in situaties van structurele overlast. Noodmaatregelen mag de burgemeester in beginsel in te zetten in onvoorziene situaties.

Over het voorbeeld van een ernstige wanordelijkheid dat de wettekst noemt, 'oproerige beweging', is niet veel bekend. Dit begrip is historisch gezien gekoppeld aan het militaire strafrecht. Er dient in elk geval sprake te zijn van een menigte op straat die een dreigende houding aan heeft genomen. Oproer en oproerige beweging doen verder denken aan een grotere groep personen waarvan de gemoederen zijn verhit en die met hun gedragingen strafbare feiten plegen zoals (bedreiging met) het openlijk in vereniging geweld plegen of het opzettelijk vernielen van goederen.

Bij de 'ernstige vrees' moet het gaan om een geobjectiveerd criterium zodat de toets is of sprake is van 'gegronde' vrees. De wetgever geeft hiervoor geen nadere aanwijzingen. Naar analogie van het preventieve gebruik van de bevelsbevoegdheid in artikel 174 lid 2 Gem.wet is aannemelijk dat 'ernstige vrees' ziet op een dreiging die 'concreet voorzienbaar' en 'actueel' is. Factoren als de grootte van de groep, een ruime mate van ruchtbaarheid en veel mediabelangstelling spelen hierbij vaak een belangrijke rol. Er kan niet van een dreiging sprake zijn als een groep personen zich gedisciplineerd en niet rumoerig gedraagt, tenzij dit uit fysieke of verbale gedragingen blijkt of uit gehanteerde voorwerpen zoals wapens.

De burgemeester laat niet tot maatregelen van geweld laat overgaan dan nadat hij een behoorlijke waarschuwing heeft afgegeven waarbij hij een bepaalde tijd bestond tussen het moment waarop men gehoorzaamheid afwacht en het moment waarop men deze afdwingt door middel van geweld. Een behoorlijke waarschuwing houdt in dat deze luid en duidelijk wordt afgegeven en dat vrijwel zeker dient te zijn dat deze is aangekomen. Het moet helder te zijn met welke gedragsaanpassing de geweldsuitoefening voorkomen kan worden.

Wat grondrechten betreft, menen schrijvers en rechters dat een *intra-legem*werking inherent is aan noodrecht. Inbreuken op grondrechten zijn echter naar de letter van artikel 175 niet mogelijk. De wetgever heeft toch een aantal uitzonderingen mogelijk gemaakt, namelijk de beperking van artikel 6, 7 en 9 Gw die respectievelijk zien op de vrijheid van godsdienst, van meningsuiting en van vergadering en betoging. De rechtspraktijk gaat ervan uit dat op dit punt sprake is van ongeschreven noodrecht. De stand van het recht rondom het maken van een inbreuk op het huisrecht en het recht van privacy bij ontruiming is niet helder (zie §7.4.1.3 ). Ingevolge de *McCann*-jurisprudentie zou degene die uit zijn huis wordt gezet in verband met artikel 8 EVRM de mogelijkheid moeten hebben om de proportionaliteit van de maatregel te laten toetsen door een onafhankelijke rechtsprekende instantie ('tribunal').



# Hoofdstuk 9

## Kostenverhaal en ordehandhaving

### 9.1 Inleiding

Het deel van dit onderzoek dat ziet op het (onmiddellijk) handhaven van de openbare orde, sluit ik – net als het deel over bestuursdwang – af met een hoofdstuk over het onderwerp kosten. Eén van de meest in het oog springende verschillen tussen beide typen handhaving, is dat de last onder bestuursdwang een exclusieve grondslag voor kostenverhaal kent (zie Hoofdstuk 4) en onmiddellijke ordehandhaving niet. In de politiek zijn meerdere pogingen ondernomen om tot een zelfstandige wettelijke verhaalsmogelijkheid te komen voor het doorberekenen van politiekosten. In §9.2 zet ik deze pogingen op een rij en beschrijf ik aan de hand van de belangrijkste onderzoeksrapporten en regeringsstandpunten de argumenten die in de discussies een rol spelen.

Interessant is de vraag in hoeverre de bestuursdwangregeling een grondslag kan vormen voor het doorberekenen van de kosten die gepaard gaan met onmiddellijke ordehandhaving. In §9.3 onderzoek ik een aantal manieren waarop een dergelijk kostenverhaal in theorie mogelijk lijkt te zijn. Dit is ten eerste een optie als de burgemeester gebruik maakt van een regulier middel om snel te kunnen handelen, te weten door de inzet van een vorm van bestuursdwang, *in plaats van* het aanwenden van één van zijn onmiddellijke ordebevoegdheden. Denk hierbij aan een preventieve last onder bestuursdwang of superspoedbestuursdwang in een onmiddelijkheidssituatie met als aanleiding de schending van APV-voorschriften die ordeverstoring gedrag verbieden (zie §9.3.1 ). Daarnaast wordt de mogelijkheid van kostenverhaal via bestuursdwang onderzocht door beide soorten handhaving te combineren. Hierbij kan gedacht worden aan het handhaven van een onmiddellijk ordebevel resp. een onmiddellijk ordebesluit met een vorm van bestuursdwang (zie §9.3.2 en §9.3.3 ). De vraag is of deze vorm van stapelen rechtens is toegestaan.

## 9.2 Pogingen tot een zelfstandige publiekrechtelijke grondslag

De eerste pogingen van de politiek om tot een grondslag te komen voor het doorberekenen van politiekosten, worden ondernomen tegen de achtergrond van de economische malaise in de jaren tachtig van de vorige eeuw.<sup>666</sup> In deze periode ontspint zich een discussie over de gewoonte van de politie om de kosten te betalen van het inschakelen van een bergingsmaatschappij na een verkeersongeluk of na het terugvinden van een gestolen auto. De reden hiervoor is dat er in deze situaties vaak niemand anders dan de politie opdracht aan een berger kan geven om de auto's te verwijderen. De politie vraagt zich af of de bergings- en versleepkosten niet voor rekening van autoassuradeuren moeten komen op grond van zaakwaarneming.<sup>667</sup>

In de rapporten die hieronder besproken worden, staan de verschillende soorten activiteiten van de politie centraal. Als rode draad geldt dat voor zover doorberekening mogelijk wordt geacht, men een beroep doet op het profijtbeginsel. De redenering is dat als burgers of bedrijven onevenredig veel nut of profijt van een bepaalde overheidsdienst hebben, zij ook dienen bij te dragen in de kosten daarvan. Het gaat om particulieren die een specifiek individueel belang hebben bij de inzet van politie. Bij het profijtbeginsel hoort dan ook het adagium: de gebruiker betaalt.<sup>668</sup>

### 9.2.1.1 Rapport Werkgroep Politiebudget en Budget in beraad

De forse bezuinigingen die in de jaren tachtig van de vorige eeuw noodzakelijk zijn, brengen de regering ertoe om een werkgroep en een compact beraad inzake het politiebudget in te stellen. Het doel is om concrete voorstellen uit te werken voor besparingen op het politiebudget; één van de voorstellen waar zij over moeten oordelen, is het al dan niet toepassen van het profijtbeginsel.<sup>669</sup> Zowel de

<sup>666</sup> Werkgroep verhaal politiekosten, *Doorberekenen politiekosten*, 's-Gravenhage VNG: november 1985, p. 9.

<sup>667</sup> Zie o.a.: *De Telegraaf*, 19 november 1983, 'Wegslepen van gestolen auto's op kosten van verzekering'; *Aanhangsel Handelingen I* 1983-1984, nrs. 28 en 35 (Kamervragen van Van Graafeiland en Burkens met antwoord); Ter Meer in *APB* 1984, nr. 5, p. 113-115; Knijp in *APB* 1984-8, p. 184-186 in *TvP* 1985, p. 24-32; Werkgroep verhaal politiekosten, *Doorberekenen politiekosten*, 's-Gravenhage VNG: november 1985, met name p. 17-18, 27 en 44-47; Schneiders in *De Nederlandse gemeente* 1986, p. 851-852; Smit in *TvP* 1988, p. 78-82, m.n. p. 79-80. Zaakwaarneming in dit soort gevallen is heden ten dage niet langer in *Frage* aangezien de wetgever met artikel 170 Wegenverkeerswet een exclusieve publiekrechtelijke regeling geeft waarbij de politie handelt als gemachtigde van het college van b en w. Zie in dit verband ook: Rb. Amsterdam (pres.) 2 januari 1992, *KG* 1992, 50 en Rb. Haarlem 9 november 2005, *NJF* 2006, 61.

<sup>668</sup> Rapport van de Werkgroep Politiebudget, 's-Gravenhage, februari 1987, addendum 2, p. 9 en Boersen en Planken 1989, *Profijt en politie*, p. 8.

<sup>669</sup> Rapport van de Werkgroep Politiebudget, 's-Gravenhage, februari 1987, p. 1-5.



werkgroep als het beraad stellen zich terughoudend op als het gaat om het doorberekenen van kosten aan personen die onevenredig veel profijt hebben bij het uitvoeren van bepaalde politietaken.

De werkgroep stelt voorop dat het afstoten van oneigenlijke politiewerkzaamheden, zoals niet-acute hulpverlening, de voorkeur verdient boven het verhalen van kosten. Doorberekening acht men daarnaast slechts op een beperkt aantal terreinen mogelijk, maar niet bij de uitvoering van essentiële politietaken zoals: het opsporen van strafbare feiten, de handhaving van de openbare orde, rust en veiligheid en de acute hulpverlening (vgl. het huidige artikel 2, 12 en 13 Pol.wet).<sup>670</sup>

Het beraad is het eens met de werkgroep; noodzakelijke openbare-ordemaatregelen mogen niet achterwege blijven met het oog op mogelijke derving van inkomsten uit toepassing van het profijtbeginsel. Voor het doorberekenen van kosten komen alleen die politiewerkzaamheden in aanmerking waarbij naast een collectief belang ook een aanwijsbaar particulier belang aanwezig is of zelfs overheerst. Te denken valt aan het verlenen van assistentie bij recreatieve of sportieve evenementen, begeleiding van bijzondere transporten of diensten ten behoeve van verzekeringsmaatschappijen.<sup>671</sup>

### 9.2.1.2 Profijt en politie

De werkgroep Doorberekening Politiekosten werkt vervolgens de bestaande ideeën concreter uit in het rapport *Profijt en politie*.<sup>672</sup> De werkgroep gaat in zijn rapport in op het profijtbeginsel en onderzoekt de verschillende politietaken en de randvoorwaarden voor het doorberekenen van kosten. Er wordt hierbij gebruik gemaakt van de theorie van de openbare financiën.

Het profijtbeginsel kan men alleen toepassen bij ‘quasi-collectieve overheidsgoederen’. Dit zijn individuele goederen die de overheid om maatschappelijke of praktische redenen zelf in productie heeft, en waarvan de financiering plaatsvindt via de algemene middelen zoals onderwijs en onderhoud aan wegen.<sup>673</sup> Er zijn ook voorzieningen die technisch niet zijn te splitsen in eenheden die op een markt kunnen worden verkocht zoals bescherming tegen water door dijken of defensie. Het gaat dan om zogeheten ‘zuiver collectieve overheidsgoederen’; toepassing van het beginsel bij collectieve overheidsgoederen is niet mogelijk.<sup>674</sup>

<sup>670</sup> Rapport van de Werkgroep Politiebudget, 's-Gravenhage, februari 1987, addendum 2, p. 10.

<sup>671</sup> Rapport van het Beraad inzake het politiebudget, *Budget in beraad*, 's-Gravenhage, februari 1988, p. 1 en 20; *Kamerstukken II 1987-1988*, 19872, nr. 17, p. 7.

<sup>672</sup> Boersen en Planken 1989, *Profijt en politie*, o.a. p. 9-10.

<sup>673</sup> Boersen en Planken 1989, *Profijt en politie*, p. 10; Holzhauser & Teyl, p. 7, 15-16.

<sup>674</sup> Zie vorige noot.

Volgens de werkgroep moet men de wettelijke taak van de politie – het zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven – niet opvatten als een collectief goed. De werkgroep maakt hierbij onderscheid in ‘eigenlijke’ en ‘oneigenlijk’ activiteiten. De ‘oneigenlijke’ werkzaamheden moet de politie afstoten. Eigenlijke werkzaamheden zijn taken die alleen de politie kan uitvoeren in verband met: specifieke bevoegdheden en deskundigheid, de structuur van het politieapparaat en vanwege haar bijzondere positie in de maatschappij waarin men de politie beschouwt als onpartijdig, betrouwbaar en financieel onafhankelijk. De kosten komen voor doorberekening in aanmerking als een individu of groep een bijzonder, van het collectief af te scheiden, particulier nut of profijt daarvan heeft.<sup>675</sup>

Voor het afbakenen van een collectief en particulier belang gebruikt men het voorbeeld van een voetbalwedstrijd met veel bezoekers. Het kunnen organiseren van zo’n evenement en het ordelijk en veilig verloop daarvan, zijn collectieve belangen. Het particuliere belang van de organisator is het op tijd beginnen van de wedstrijd, een snelle en veilige intocht van het publiek en het realiseren van zijn commerciële doelstelling. Deze particuliere belangen spelen ook bij andere grote evenementen als popconcerten en strandraces, maar ook bij begeleiding van bijzondere transporten. Het bijzondere nut of profijt dat zo’n organisator toekomt, staat niet in een redelijke verhouding tot het algemene niveau van politiezorg dat de overheid aan iedere burger gelijkmatig aanbiedt.<sup>676</sup>

Doorberekening aan de gebruiker bij het uitoefenen van een eigenlijke politietaat is mogelijk als de benodigde politie-inzet tevoren bekend is, los staat van de eventuele inzet als gevolg van calamiteiten en de inzet het evenement mogelijk maakt terwijl het organiseren van de activiteit op een vrijwillige particuliere beslissing rust. Daarnaast dient er een direct aanwijsbaar particulier voordeel te zijn dat groter is dan het voordeel dat de betrokkenen in het algemeen van politiewerkzaamheden heeft. Kostenverhaal is niet mogelijk als het gaat om het waarborgen van beschermde grondrechten, activiteiten ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en hulpverlening inclusief het reageren op een alarmmelding die achteraf onjuist blijkt.<sup>677</sup>

### 9.2.1.3 *Maat houden*

De opdracht aan de werkgroep Doorberekening van handhavingskosten is kort gezegd het inventariseren van wetgeving waarin het doorberekenen is geregeld

<sup>675</sup> Boersen en Planken 1989, *Profijt en politie*, p. 10-13. Zie ook: Werkgroep verhaal politiekosten, *Doorberekenen politiekosten*, 's-Gravenhage VNG: november 1985, p. 19-21 en 27-28.

<sup>676</sup> Boersen en Planken 1989, *Profijt en politie*, p. 14-15.

<sup>677</sup> Boersen en Planken 1989, *Profijt en politie*, p. 16-19. Zie ook noot 694 en 695.

en – bij gebrek aan theorievorming – het komen tot een conceptueel kader. Het gaat bij dit laatste niet alleen om het doorberekenen van de kosten van politie-inzet, maar om kosten van handhaving in zijn algemeenheid.<sup>678</sup>

Het inventariseren van motieven die ten grondslag liggen aan het doorberekenen van handhavingskosten, levert een overzicht aan argumenten op. Hierbij geeft de werkgroep aan dat bij het afwegen van de vraag of een overheidsdienst uit algemene middelen dient te worden gefinancierd, sprake is van onvergelijkbare vóórs en tegens.

Een veel gehoord proargument is natuurlijk het profijtbeginsel. Als profijt wordt o.a. gezien: financieel voordeel, betrouwbare uitstraling, eerlijke concurrentie en dekking van de kosten. Overige motieven om handhavingskosten door te berekenen zijn: het bevorderen van naleving van voorschriften, de vervuiler betaalt, activiteiten worden verzelfstandigd, de kosten kunnen ‘toch’ worden doorberekend in het product of de dienst, de EU-regelgeving stelt het verplicht en de partij die moet betalen heeft een keuzemogelijkheid. Als overwegingen tegen kostenverhaal noemt men: handhaving is een publieke taak en vindt plaats in het algemeen belang, de kosten van het innen zijn te hoog, het is te belastend voor het bedrijfsleven en er ontbreekt een wettelijke grondslag.<sup>679</sup>

Voor het vormen van een conceptueel kader heeft men net als in het rapport *Profijt en politie* aansluiting gezocht bij de theorie van de openbare financiën. Bij zuivere collectieve goederen gaat het om voorzieningen die alleen door overheidsorganen worden geleverd zoals rechtsbescherming en defensie. Deze goederen kenmerken zich doordat geen van de gebruikers van consumptie kan worden uitgesloten (non-exclusiviteit) en de consumptie van de één niet ten koste gaat van de consumptie van de ander (non-rivaliteit). Financiering uit algemene middelen is bij zuiver collectieve goederen noodzakelijk. Bij quasi-collectieve goederen zijn de gebruikers evenwel identificeerbaar en is sprake van exclusiviteit en rivaliteit. Het gaat bijvoorbeeld om vergunningen, onthefingen en vrijstellingen. Bij goederen met dit karakter is het derhalve mogelijk om de kosten van gebruik wel (gedeeltelijk) in rekening te brengen.<sup>680</sup>

Hoewel de onderzoekers zowel preventieve als repressieve handhaving in beginsel als collectief goed aanmerken, concludeert men dat bij preventieve handhaving groepsprofijt mogelijk is omdat overheid en burger dan vaak samenwerken. Bij ‘preventieve handhaving’ gaat het om toezichtsactiviteiten die

---

<sup>678</sup> Het rapport *Maat houden* komt tot stand als gevolg van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit waarmee de regering voor meer markt en minder regels wil zorgen. Rapport *Maat houden*, p. 4, 7-9, 12, 14-15. Zie ook Michiels in *NTB* 2009, 35 (online via Kluwer Navigator).

<sup>679</sup> Rapport *Maat houden*, p. 24-26.

steekproefsgewijs plaatsvinden en/of niet aangekondigd zijn en die gericht zijn op de naleving en het voorkomen van overtredingen zoals surveilleren, het doen van emissiemetingen en het afhandelen van belastingformulieren. In deze gevallen zijn regels primair bedoeld om marktordening tot stand te brengen in plaats van om hoofdzakelijk veiligheid in brede zin te waarborgen. ‘Repressieve handhaving’ ziet op het constateren van de overtreding en het opleggen van een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke sanctie.<sup>681</sup>

#### 9.2.1.4 *Geld speelt (g)een rol*

Het onderzoek *Geld speelt (g)een rol* komt tot stand als het gevolg van een bepaling in het Regeerakkoord in 1998 en richt zich specifiek op een verplichte bijdrage voor organisatoren van grootschalige recreatieve publieksevenementen. Het uitgangspunt hierbij is geen *paid police*. Men wil de indruk vermijden dat de markt de inzet van de politie gaat betalen; de autonome beslissingbevoegdheid over de politie-inzet moet te allen tijde in handen blijven van de burgemeester. Deze bepaalt of en op welke wijze een evenement doorgang vindt. Het vraagstuk van doorberekening komt pas aan de orde nadat de burgemeester een organisatie van tevoren heeft verplicht maatregelen te treffen zodat politie-inzet tot een minimum beperkt blijft. Vervolgens moeten vooraf de kosten worden geschat die de politie maakt ter voorkoming van ordeverstoringen en bij het in goede banen leiden van het evenement.<sup>682</sup>

In het rapport besteden de onderzoekers enige aandacht aan regelingen in een aantal buurlanden. In Frankrijk en Duitsland past men het profijtbeginsel toe als uitzondering op de regel. In Italië en België vindt doorberekening plaats nadat een organisator de politie om assistentie verzoekt bij o.a. toegang- en paspoortcontroles, het realiseren van supportersscheiding in het stadion, het escorteren van personen of surveillances. In België zijn verre gaande resultaatsverplichtingen voor voetbalclubs wettelijk vastgelegd; bij niet naleving wordt een administratieve boete opgelegd. In Engeland is men het meest vooruitstrevend. Politieagenten (‘bobby’s’) voor in het stadion zijn te koop. De prijs van een agent is zo hoog dat het voor de organisator voordeliger is om binnen het stadion zelf maatregelen te nemen. Deze mogelijkheid heeft mede geleid tot een sterk verminderde inzet van politie bij voetbalwedstrijden.<sup>683</sup>

---

<sup>680</sup> Rapport *Maat houden*, p. 38-40; Holzhauer & Teyl, p. 15-16 en 69; Couwenberg e.a. 2008, p. 19-20, 225-231. Zie vorige noot en J. Verschuuren, ‘Kroniek milieurecht’, *NJB* 1996-32, p. 1349-1353.

<sup>681</sup> Rapport, *Maat houden*, p. 14-15, 50-51.

<sup>682</sup> Werkgroep Doorberekening van politiekosten, *Geld speelt (g)een rol*, Den Haag: november 1999, p. 18-20.

<sup>683</sup> *Geld speelt (g)een rol*, p. 61-65.

De conclusie luidt uiteindelijk dat toepassing van het profijtbeginsel bij politiekosten slechts in uitzonderlijke situaties wenselijk en gerechtvaardigd is. Dit is het geval als de verhouding tussen algemene en private baten versus publieke en private lasten uit balans is door excessieve inzet van politie. Deze inzet komt immers grotendeels ten goede aan het private belang van de organisator. Het verplicht stellen van een tegemoetkoming is volgens de werkgroep gerechtvaardigd voor situaties waarin met regelmaat sprake is van dergelijke verstoring. De mogelijkheid van het doorberekenen van politiekosten dient in een wet in formele zin te worden neergelegd.<sup>684</sup>

#### 9.2.1.5 *Regeringstandpunt 2000*

In het jaar 2000 volgt naar aanleiding van het rapport *Geld speelt (g)een rol* het standpunt van de regering. Hoewel het kabinet de uitgangspunten van dat rapport onderschrijft, komt het tot een andere afweging. De doorberekening van kosten die de werkgroep voorstelt, worden gemaakt als de politie de openbare orde handhaaft. Het gaat dan om activiteiten als het voorkomen, beheersen en beëindigen van rellen, vernielingen en vechtpartijen eventueel met inzet van de mobiele eenheid. De politie voert daarnaast taken uit als het ‘in goede banen leiden’ van het evenement zoals verkeersregulering, controle op de uitvoering van vergunningsvoorschriften en surveillance. Van excessieve politie-inzet is slechts sprake bij de politieactiviteiten ter beheersing van de daadwerkelijke en veelal grootschalige ordeverstoringen. Het kabinet meent dat “handhaving van de openbare orde in deze klassieke vorm, een van de wezenlijke en eigenlijke kerntaken is van de overheid”. Het doorberekenen van politiekosten aan particulieren vindt het kabinet dan ook principieel onjuist en de introductie van deze mogelijkheid niet gewenst.<sup>685</sup>

#### 9.2.1.6 *Voorstel Wet bijdrage politiekosten bij publieksevenementen*

De regeringen die hierna volgen, Balkenende I en II, zijn echter een andere mening toegedaan. In het regeerakkoord bepaalt men dat een voorstel voor bijdragen aan politiekosten bij commerciële manifestaties wordt voorbereid. Dit resulteert in 2006 in het wetsvoorstel *Wet bijdrage politiekosten bij publieksevenementen* dat het rapport *Geld speelt (g)een rol* als leidraad neemt.

Volgens de regering is handhaving van de openbare orde inderdaad een kerntaak van de overheid, maar zij verbindt daar een andere conclusie aan; het behoort niet vanzelfsprekend te zijn dat de samenleving als geheel alle lasten

<sup>684</sup> *Geld speelt (g)een rol*, p. 6-8.

<sup>685</sup> *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 345, nr. 40. Zie ook: Werkgroep Doorberekening van politiekosten 1999, p. 18-19.

draagt van de politie-inzet zodra een onevenredige inzet van politie noodzakelijk is, terwijl één of enkele private partijen daarvan specifiek aan hen toerekenbaar profijt hebben. Men stelt daarom voor om de politiekosten bij publieksevenementen te verhalen op de organisator. Het vragen van een bijdrage is primair een uitwerking van de opvatting dat er evenredigheid moet bestaan tussen de lusten en de lasten. Terwijl de lasten uit de algemene middelen betaald worden, komen de lusten slechts toe aan een beperkte groep zodat disbalans ontstaat.<sup>686</sup>

Een bijkomend argument is dat politiecapaciteit een schaars goed is; bovenmatige politie-inzet bij dergelijke evenementen legt zodanig beslag op de politie dat taken op het vlak van rechtshandhaving in het algemeen en de bestrijding van de criminaliteit in het bijzonder daaronder te lijden hebben. Een positief neveneffect is dat de bijdrage ten goede komt aan de politieregio en dat men daarmee extra capaciteit kan creëren ten behoeve van inzet voor andere doeleinden. Naar het voorbeeld van Engeland is een ander verwacht effect dat de inzet van politie kan verminderen doordat organisatoren gestimuleerd worden zelf meer preventieve maatregelen te nemen.<sup>687</sup>

Bij specifiek toerekenbaar profijt voorziet het wetsvoorstel in een expliciete wettelijke basis voor het doorberekenen van de kosten van zowel preventieve als repressieve ordehandhaving. De burgemeester blijft autonoom bevoegd om tot politie-inzet te beslissen (geen *paid police*). De omvang van de politie-inzet is echter mede afhankelijk van de veiligheidsmaatregelen die de organisator zelf neemt om ordeverstoringen te voorkomen. Op deze wijze is de hoogte van de gevraagde vergoeding beïnvloedbaar voor degenen die als kostenveroorzaker wordt aangemerkt. Bij het kostenverhaal achteraf moet men de volgende uitgangspunten in acht nemen: de kosten worden niet volledig doorberekend, tussen de gemaakte en doorberekende kosten moet een duidelijke relatie bestaan, voor de organisator moet duidelijk zijn welke kosten zijn gemaakt en welke zijn doorberekend en hij moet om toelichting en informatie kunnen vragen over de doorberekening.<sup>688</sup>

De regering neemt uit het rapport *Maat houden* het standpunt over dat er geen doorberekening plaats kan vinden van kosten van activiteiten van strafrechtelijke of strafvorderlijke aard. Dit was ook de mening van de Hoge Raad in het *Premiefraude*-arrest uit 2003. In deze zaak betrof het een toepassing van de tweewegenleer: bij gebrek aan een publiekrechtelijke grondslag probeert het Sociaal Fonds Bouwnijverheid (SFB) op basis van een onrechtmatige daad de kosten terug te vorderen van het opsporingsonderzoek naar premiefraude gepleegd door een bouwbedrijf dat jarenlang zwartwerkers in dienst had. De Hoge

<sup>686</sup> *Kamerstukken II* 2005–2006, 30 526, nr. 3, p. 4 en 11 (MvT); Michiels in *AA* 2005, p. 25–27.

<sup>687</sup> Zie vorige noot.

<sup>688</sup> *Kamerstukken II* 2005–2006, 30 526, nr. 3, p. 4–6, 14.

Raad oordeelt dat de kosten van dergelijk strafrechtelijk onderzoek in het algemeen niet op burgers kunnen worden afgewenteld. De publiekrechtelijke regeling waar de opsporingsbevoegdheid in casu op berust, houdt geen afwijking in van dit standpunt aangezien die regeling niet voorziet in de mogelijkheid van kostenverhaal. Kostenverhaal via het privaatrecht zou dan ook op onaanvaardbare wijze de publiekrechtelijke regeling doorkruisen, ook als de SFB in de eerste plaats het doel had om alsnog de niet betaalde premies te innen.<sup>689</sup>

#### 9.2.1.7 Regeringstandpunt 2008

Als de regering (Balkenende IV) aantreedt, is het intrekken van het wetsvoorstel *Wet bijdrage politiekosten bij publieksevenementen* één van de eerste activiteiten die de nieuwe Minister van Binnenlandse Zaken onderneemt. Minister Ter Horst vindt dat de overheid als eerste verantwoordelijk is voor de handhaving van de openbare orde. In haar intrekingsbrief geeft de minister aan dat de noodzaak van een wettelijke grondslag om politiekosten door te berekenen minder groot is, omdat uit cijfers blijkt dat de politie-inzet bij voetbalwedstrijden is gedaald. Daarbij is de regering van plan om het wetsvoorstel *Maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast* in te dienen waarmee de burgemeester en de officier van justitie extra bevoegdheden zouden krijgen om voetbalvandalisme aan te pakken. De geschetste daling van politie-inzet en de nieuwe bevoegdheden zouden volgens de minister met zich mee brengen dat het wetsvoorstel om de politiekosten door te berekenen, overbodig is geworden.<sup>690</sup>

Eind 2010 is de *Wet Maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast* ('de Voetbalwet') in werking getreden. De effectiviteit van de nieuwe bevoegdheden is flink bekritiseerd door Brouwer & Schilder. In tegenstelling tot de verwachting van de minister, geven de auteurs aan dat de Voetbalwet juist heeft geleid tot extra politie-inzet.<sup>691</sup>

---

<sup>689</sup> Sluimers, *Maat houden*, o.a. p. 52; *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 526, nr. 3, p. 5; HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 360, *AB* 2005, 59 m.nt. G.A. van der Veen, *Gst.* 7185 (2003), nr. 83 m.nt. J.M.H.F. Teunissen.

<sup>690</sup> *Handelingen II* 2008-2009, 65, p. 5186; *Kamerstukken II* 2007-2008, 30 526, nr. 6 en nr. 7; *Kamerstukken II* 2007-2008, 30 526, nr. 1.

<sup>691</sup> *Sib.* 2010, 325; Brouwer & Schilder in *NJB* 2010, nr. 24, p. 1533-1535, in *TvCR* 2011, p. 195-201 (afl. 2) en in *AB* 2011, 122 annotatie bij Rb. Amsterdam (vzr.) 18 februari 2011, *LJN* BP5057. Zie ook: Samenvatting en beschouwing van de Inspectie Openbare Orde en Veiligheid, *Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast*; 'Toepassing in de praktijk', definitieve versie, 1 juni 2011, o.a. p. 40 (ook online te vinden, laatstelijk geraadpleegd op 20 juli 2007).

### 9.2.1.8 Bezuinigingsvoorstel in 2009 en regeringsstandpunt 2011

Als er in 2008 een wereldwijde economische crisis ontstaat, herleeft de gedachte om het wetsvoorstel *Wet bijdrage politiekosten bij publieksevenementen* weer af te stoffen en nieuw leven in te blazen. De regering besluit tot het inventariseren van bezuinigingsmogelijkheden op collectieve voorzieningen via ‘brede heroverwegingen’. Hiertoe worden twintig werkgroepen ingesteld, elk met een eigen beleidsthema, die alle mogelijke besparingen analyseren en inventariseren. De werkgroep Veiligheid en terrorisme concludeert dat het doorbelasten van de politie-inzet bij evenementen, ook in de openbare ruimte, aan de organisatie van dergelijke evenementen, in combinatie met vergunningverlening door gemeenten, tot besparingen zal leiden.<sup>692</sup>

Een ander voorstel is het privatiseren van de brandweezorg, zoals bijvoorbeeld is gebeurd in Denemarken. Door het uitbesteden van de brandweezorg wordt de uitvoering in handen gegeven van een particulier bedrijf, maar blijft het een overheidsverantwoordelijkheid. Verdergaand is de optie de repressieve brandweezorg over te laten aan de markt, met daarbij een verplichte verzekering.<sup>693</sup>

Brandweerkosten – Wat het doorberekenen van de kosten van de brandweer betreft, kennen we in Nederland het *Vlissingse brandweerkostenarrest* uit 1992 waarin de toepassing van de tweewegenleer centraal staat. In deze zaak poogt de gemeente de kosten te verhalen van nablussingswerkzaamheden verricht door de brandweer, op de eigenaar van een motorschip op grond van onrechtmatige daad. Op het schip dat is beladen met katoen, breekt brand uit nadat men tijdens het lassen niet goed op had gelet. Er blijken aan boord geen blusmiddelen aanwezig te zijn. De eigenaar van het schip weigert de vracht katoen te lossen zodat de brandweer uren stand-by moet staan om de lading met extra duur schuim na te blussen.<sup>694</sup>

De Hoge Raad komt tot de conclusie dat vanwege het ontbreken van een publiekrechtelijke grondslag in de Brandweerwet van 1985, aangenomen mag worden dat ook privaatrechtelijk kostenverhaal is uitgesloten. Op basis van wetsgeschiedenis zou de wetgever van oordeel zijn dat de kosten van de publieke taakuitoefening als brandbestrijding, hulpverlening bij ongevallen en rampenbestrijding niet langs een publiekrechtelijke weg aan burgers in rekening mogen worden gebracht. Daarbij is van belang dat verhaal van kosten zou kunnen leiden tot een drempel voor de burger bij het overgaan tot alarmering, hetgeen uit een oogpunt van openbaar belang onwenselijk is. Volgens de Hoge Raad betreft het in casu een

<sup>692</sup> ‘Kosten politie bij evenementen toch doorberekenen’, *De Pers*, 16 november 2009; Rapport brede heroverwegingen nr. 15, ‘Veiligheid en terrorisme’, april 2010, p. 10 (te vinden op [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl), laatst geraadpleegd op 27 juni 2011).

<sup>693</sup> Rapport brede heroverwegingen nr. 15, ‘Veiligheid en terrorisme’, april 2010, p. 10.

<sup>694</sup> HR 11 december 1992, *AB* 1993, 301 m.nt. G.A. van der Veen (Vlissingse Brandweerkosten of Rize K.); Bonder 1993, p. 12.



kerntaak van de overheid, die van oudsher is uitgeoefend zonder dat kosten in rekening werden gebracht.<sup>695</sup>

De regering vindt de besparingsideeën van de werkgroep overtuigend en dient in de zomer van 2011 het voorontwerp *Wet politiekosten evenementen* in. Ook dit voorstel beoogt een efficiëntere inzet van de politiecapaciteit bij evenementen, maar lijkt een beperkter bereik te hebben dan zijn voorganger (het voorstel *Wet bijdrage politiekosten bij publiekevenementen*). Zo zag het oude ontwerp op ‘evenementen waarbij een onevenredige inzet van politie noodzakelijk is’ waar de regering nadrukkelijk in elk geval ‘het betaalde voetbal’ onder schaarde. Het nieuwe voorstel spreekt van vergunningplichtige commerciële evenementen ‘van incidentele aard’ en weidt niet verder uit over de soorten gemakkelikheden die daaronder vallen. Van belang is dat men bij deze evenementen politie-inzet voor taken die ook door niet-politiepersoneel kunnen worden uitgevoerd. Als de organisator niet in staat is om afdoende maatregelen te treffen op het gebied van openbare orde en veiligheid, worden de kosten hiervan in rekening gebracht.<sup>696</sup>

Om welke kosten gaat het nu precies? Het voorstel geeft een specifieke grondslag en regeling voor het doorberekenen van de vooraf ingeschatte kosten van politie-inzet ter voorkoming van verstoring van de openbare orde en het in goede banen leiden van een evenement (de preventieve handhaving). De wetgever denkt onder meer aan beveiligings- en verkeersreguleringswerkzaamheden. De organisator heeft hierbij een direct toerekenbaar profijt en het is redelijk dat hij meebetaalt. Als aan de vergunning het voorschrift is verbonden dat er geen alcohol en drugs naar het evenemententerrein mogen worden meegenomen en de organisator niet bij machte is zelf maatregelen te treffen, dan worden de kosten van fouillering door de politie doorberekend. Dit zijn de salariskosten voor de ingezette politieambtenaren. Het doorberekenen van kosten verbonden aan de inzet van materieel is eveneens mogelijk.

Het voorontwerp geeft geen regeling voor het doorberekenen van de kosten van repressief optreden door de politie dat primair gericht op opsporing en vervolging of het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie. Handhaving van de openbare orde is immers een kerntaak van de overheid. Als er sprake is van een

<sup>695</sup> HR 11 december 1992, *AB* 1993, 301, zie m.n. r.o. 3.6 en 3.7 en punt 2.35 uit de conclusie van de A-G Asser. Er is veel kritiek op dit arrest geweest, zie bijvoorbeeld: Bierbooms in *WPNR* 1994, p. 886-887; Knoester 1996, p. 25; annotaties van Hennekens in *Gst.* 6967 (1993), p. 322-324 en bij Ktg. Delft 2 november 1995 in *Gst.* 7024 (1996), p. 41-43; Lubach in *NTB* 1994, p. 52; Hartlief in *AA* 1995, p. 102-112 m.n. p. 105-106; Van Swaaij in *NTBR* 1997-7, p. 166-172; Bierbooms 1997, p. 86-88, 305.

<sup>696</sup> Zie §9.2.1.6. Het wetsontwerp *Wet politiekosten evenementen* is voorsnog te vinden als lopende internetconsultatie op <[www.internetconsultatie.nl/politiekostenevenementen](http://www.internetconsultatie.nl/politiekostenevenementen)> (laatstelijk geraadpleegd op 20 juli 2011).

(dreigend) openbare orde probleem moet er worden opgetreden en zal de overheid dit uit de algemene middelen blijven betalen, aldus de regering.

### 9.2.2 Tussenconclusie

Gezien de hoeveelheid rapporten en regeringsstandpunten, is duidelijk dat men maar moeilijk een keuze kan maken. Men is het erover eens dat doorberekening uitgesloten is bij politiewerkzaamheden ter waarborging van het uitoefenen van beschermde grondrechten, in het kader van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en in het kader van hulpverlening (inclusief het reageren op een alarmmelding die achteraf onjuist blijkt). Hoewel de discussies de indruk wekken dat het uitgangspunt bij doorberekening dient te zijn ‘geen *paid police*’ – dat wil zeggen de burgemeester blijft autonoom bevoegd om te beslissen over de inzet van politie – wordt daar in het wetsvoorstel *Wet politiekosten evenementen* van afgeweken.

De moeizame discussie heeft te maken met de veelheid en verscheidenheid aan taken van politie. Over welke politiewerkzaamheden voor doorberekening in aanmerking komen, blijven de meningen verschillen. De meeste rapporten gaan ervan uit dat er bij het verlenen van assistentie bij evenementen een aanwijsbaar overheersend particulier belang aanwezig is zoals bij verkeersregulering, surveillance en controle van vergunningsvoorschriften.

Bij het daadwerkelijk voorkomen, beheersen en beëindigen van (grootschalige) ordeverstoringen ligt dit anders. Gesteld kan worden dat ook deze politieactiviteiten voor aantoonbaar profijt zorgen, te weten het ordelijk en veilig verloop van het evenement als gevolg waarvan de organisator zijn commerciële doelstellingen makkelijker kan realiseren (zie §9.2.1.6). Desondanks menen tegenstanders dat het voorkomen en beëindigen van rellen e.d. een klassieke overheidstaak is; doorberekening van deze kosten vindt men principieel onjuist en onwenselijk, omdat handhaving van de openbare orde een zuiver collectief goed is. Collectieve goederen kenmerken zich door non-exclusiviteit (geen van de gebruikers kan van consumptie worden uitgesloten) en non-rivaliteit (consumptie van de één gaat niet ten koste van de consumptie van de ander) zodat financiering uit algemene middelen noodzakelijk is.

Er valt tegenwoordig één en ander af te dingen op het klassiek overheids-taak-argument. Zo blijkt het doorberekenen van de kosten van ordehandhaving een populaire politieke oplossing in tijden van economische malaise. Het argument is dan dat het steeds minder maatschappelijk aanvaardbaar wordt geacht dat de overheid voor deze kosten opdraait, zeker als burgers of bedrijven onevenredig veel nut of profijt van een overheidsdienst hebben. Bij dit profijtbegin-sel hoort het adagium ‘de gebruiker betaalt’. Als een bepaalde doelgroep – bijvoorbeeld organisatoren van grootschalige evenementen – een specifiek indivi-

duel belang heeft bij een overheidsdienst, kan het gaan om een quasi-collectief goed. Bij dit type goed is de afnemer identificeerbaar en is sprake van exclusiviteit en rivaliteit. Voorstanders van doorberekening menen dat politiecapaciteit een schaars goed is zodat sprake is van non-rivaliteit: inzet van politie bij een voetbalwedstrijd gaat ten koste van politiecapaciteit elders. Zodoende kan men de kosten van gebruik (gedeeltelijk) in rekening brengen

Ook Michiels ageert tegen het klassieke overheidstaakargument in het kader van het doorberekenen van toezichtskosten. Hij meent dat onterecht de conclusie wordt getrokken dat bepaalde kosten niet individueel mogen worden doorberekend, omdat handhaving in het algemeen belang geschiedt en niet ten behoeve van degene jegens wie wordt gehandhaafd. Voor de vraag wie de kosten moet betalen, zou niet bepalend moeten zijn of een beslissing geheel of mede in het algemeen belang wordt genomen.<sup>697</sup> Dit standpunt kan genuanceerd worden als het gaat om de kosten van de (onmiddellijke) handhaving van de openbare orde. Als deze kosten op de individuele overtreder worden verhaald – voor zover mogelijk – zou in feite sprake zijn van het opleggen van een sanctie (in plaats van het handhaven van de openbare orde). Dit is niet het geval als de kosten van ordehandhaving op basis van het profijtbeginsel worden doorberekend aan een derde die niet de overtreder is, maar een particulier die onevenredig van deze overheidsdienst profiteert.

### 9.3 Bestuursdwang grondslag voor kostenverhaal

Bij gebrek aan een zelfstandige grondslag voor kostenverhaal, verken ik in deze paragraaf op welke wijze de bestuursdwangregeling (artikel 5:25 Awb in het bijzonder) als basis kan dienen voor het doorberekenen van kosten bij onmiddellijke ordehandhaving. Het gaat om de kosten die in een onmiddellijkheidsituatie worden gemaakt: een situatie waarin er een concrete en actuele ordeverstoring (of dreiging daartoe) in de publieke ruimte plaatsvindt die bestaat uit gevaar of de aantasting van andermans recht. De (dreigende) ordeverstoring dient enige betekenis te hebben en gepaard te gaan met de schending van een wettelijk voorschrift. Zie §8.2.1 .

De inzet van een herstelsanctie bij het handhaven van de openbare orde is ongebruikelijk, maar komt steeds vaker voor. Zo legt de burgemeester in de Gemeente Heerlen een last onder dwangsom op om het uitlokken van prostitutie buiten de bij APV aangewezen tippelzone een halt toe te roepen. En in de Gemeente Hoogeveen past men de dwangsom toe in de strijd tegen personen die

---

<sup>697</sup> Michiels in *NTB* 2009, 35 (online via Kluwer Navigator), onder punt 5.

zich bij herhaling hinderlijk gedragen in het uitgaansgebied.<sup>698</sup> Het zij opgemerkt dat deze voorbeelden zien op structurele ordehandhaving (dus op niet-onmiddellijkheidssituaties) door burgemeester en politie en dat het bij een last onder dwangsom niet om fysiek ingrijpen gaat, maar om het dreigen met het verbeuren van een bepaalde geldsom (§3.4.1 en §3.6.2.1).

De bestuursdwangregeling zou ten eerste een grondslag kunnen vormen voor kostenverhaal, als de burgemeester in plaats van het aanwenden van één van zijn onmiddellijke ordebevoegdheden gebruik maakt van een regulier middel om snel te kunnen handelen, te weten een preventieve last onder bestuursdwang of superspoedbestuursdwang. Daarnaast wordt het zogenaamde stapelen van bevoegdheden onderzocht, aangezien dit eveneens zou kunnen leiden tot de mogelijkheid van kostenverhaal via bestuursdwang. Het gaat om het handhaven van een onmiddellijk ordebevel resp. onmiddellijk ordebesluit met een vorm van bestuursdwang. Bij de drie mogelijkheden die ik bespreek, moet de burgemeester uiteraard over een bestuursdwangbevoegdheid beschikken. In een tabel zien de opties er als volgt uit:

Soort situatie	Te verkennen handhavingwijzen
Onmiddellijkheidssituatie	Alleen preventieve of superspoedbestuursdwang  Onmiddellijk ordebevel ogv Gemeentewet + (super)spoedbestuursdwang  Onmiddellijk ordebesluit ogv Gemeentewet + (super)spoedbestuursdwang

Tabel 9: Overzicht te verkennen handhavingwijzen

### Onmiddellijke ordebevelen

Onder een onmiddellijk ordebevel versta ik een *mondelijke* opdracht die de burgemeester op basis van de Gemeentewet geeft in een onmiddellijkheidssituatie en die hij achteraf niet op schrift stelt. Het gaat om bevelen op grond van de artikelen 172 lid 2 en lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet die niet onder het reguliere Awb-regime vallen, omdat er gebruik wordt gemaakt van de door de wetgever geboden uitzondering in artikel 5:23 Awb. Het doel van artikel 5:23 Awb is om veilig te stellen dat de burgemeester en politieambtenaren niet met de vereis-

<sup>698</sup> ABRvS 12 mei 2004, *JB* 2004, 251 m.nt. Overkleef-Verburg; Rb. Maastricht 19 juli 2004, *JB* 2004, 334 m.nt. Overkleef-Verburg; Rb. Utrecht (pres.) 3 november 2000, *LJN* AA8189; Notitie 'Aanpak ordeverstoorers' van de Gemeente Hoogeveen, 2010 (laatst geraadpleegd 7 januari 2012). Zie ook het rapport *Bestuur, recht en veiligheid* van Muller e.a. 2007, p. 80-81. Zie ook noot 710.

ten uit de bestuursdwangafdeling van doen hebben in bepaalde situaties. De door de wetgever uitgezonderde eisen vormen allemaal essentiële waarborgen voor de burger. In een onmiddellijkheidssituatie acht men het echter van belang dat de burgemeester hiervan gevrijwaard is; op deze manier kan hij in een onvoorziene situatie waarin acuut gevaar dreigt, op zeer korte termijn ingrijpen.<sup>699</sup>

### **Onmiddellijke ordebesluiten**

In deze categorie gaat het om een bevel op basis van de artikelen 172 lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet, dat een nieuwe verplichting aan burgers oplegt en op enig moment op schrift wordt gesteld. Zodoende is sprake van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Er is bij de term ‘onmiddellijk ordebesluit’ mijns inziens geen sprake van een *contradictio in terminis* omdat de burgemeester blijkbaar tijd heeft om in een onmiddellijkheidssituatie een (beperkt) schriftelijk stuk op te maken. Immers, bij (super)spoedbestuursdwang bestaat ook de mogelijkheid om snel fysiek in te grijpen en (voor- dan wel achteraf) een besluit op te maken. Bovendien is het idee van een onmiddellijk ordebesluit niet nieuw: onder de Wet Arob beschouwde de wetgever bevelen afkomstig van de burgemeester ter handhaving van de openbare orde gegeven in buitengewone omstandigheden als niet-appellabele beschikkingen. Men vond het niet vreemd dat dergelijke beslissingen op schrift gesteld werden, maar men achtte alleen het type beslissing en de omstandigheden waaronder die genomen werd, niet geschikt voor rechterlijke toetsing.<sup>700</sup>

De huidige wet zwijgt over de vraag wanneer de burgemeester zijn beslissing wel en wanneer hij die niet schriftelijk moet vastleggen. Uit de wetgeschiedenis kan slechts worden afgeleid dat áls het opmaken van een besluit mogelijk is, dit een belangrijke aanwijzing is dat het niet om onmiddellijke ordehandhaving gaat. De praktijk blijkt echter weerbarstig.<sup>701</sup> Voor dit hoofdstuk ga ik uit van het gegeven dat er zoiets bestaat als een besluit gegeven in een onmiddellijkheidssituatie. Pas in het afsluitende hoofdstuk hierna kom ik tot een oordeel over deze juridisering.

---

<sup>699</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 154 en nr. 5, p. 97 of zie PG AWB III, p. 364; T&C Awb, art. 5:23, aant. 1; Brouwer & Schilder in: Barkhuysen, Den Ouden en Polak 2010, p. 442. Zie ook §7.2.4.

<sup>700</sup> Zie §2.2.2.2 en §6.3.2.2.

<sup>701</sup> *Kamerstukken II* 1994-1995, 23 700, nr. 5, p. 97 of zie PG AWB III, p. 364; De Jong 2002, p. 56. Zie §7.2.4.

### 9.3.1 Bestuursdwang ter handhaving van de APV

In deze paragraaf bespreek ik de mogelijkheid van kostenverhaal na de inzet van een vorm van bestuursdwang in een onmiddellijkheidssituatie; de burgemeester heeft voor een herstelsanctie gekozen in plaats van het aanwenden van één van zijn onmiddellijke ordebevoegdheden. Het doorberekenen van de kosten is alleen een optie als de burgemeester over een bestuursdwangbevoegdheid beschikt.

#### Bevoegdheid

Stel dat een groep woedende supporters zich opmaakt om naar het stadhuis te gaan om aldaar hun onvrede te uiten over het feit dat de subsidie voor hun lokale voetbalclub wordt stopgezet. De politie raakt op de hoogte van dit feit en constateert een concreet voorzienbare en actueel dreigende ordeverstoring van enige betekenis. In deze situatie dreigen verschillende wetten te worden overtreden, te weten de Wet openbare manifestaties (artikel 11) en het Wetboek van Strafrecht (lokaalvredebreuk of openlijke geweldpleging in artikel 139 en artikel 141). Het recht heeft zich inmiddels zodanig ontwikkeld dat er op lokaal niveau voorschriften zijn te vinden die allerlei ordeverstoringen strafbaar stellen. Er kan in dit geval worden gedacht aan de dreigende schending van artikel 2.1 van de Model-APV (het op een openbare plaats deelnemen aan een verboden samenscholing, het onnodig opdringen of door uitdagend gedrag aanleiding te geven tot ongeregelde toestanden).

Bestaat er nu voor de burgemeester een bestuursdwangbevoegdheid zodat hij ook gebruik kan maken van de mogelijkheid tot kostenverhaal in artikel 5:25 Awb? Hij is niet bevoegd is om met bestuursdwang te zorgen voor de naleving van voorschriften uit het Wetboek van Strafrecht; er bestaat daartoe noch een specifieke bevoegdheidsgrondslag noch een uitvoeringsbevoegdheid.<sup>702</sup> In relatie tot de dreigende schending van de APV moet een onderscheid worden gemaakt naar bepalingen die zien op openbare plaatsen (de straat, de weg) en bepalingen die zien op het toezicht op openbare samenkomsten en gemakkelikheden en voor publiek openstaande plaatsen. In het laatste geval staat een uitvoeringsbevoegdheid (en dus een bestuursdwangbevoegdheid) voor de burgemeester vast op basis van artikel 174 lid 3 en lid 1 Gem.wet. jo. artikel 125 lid 3 Gem.wet.

Voor wat betreft handhaving van APV-voorschriften die betrekking hebben op openbare plaatsen zoals in artikel 2:1 van de Model-APV, bestaat er concurrentie tussen het college van b en w en de burgemeester. Er moet dan worden teruggegrepen op de hoofdregel die luidt: voor zover de raad of de burgemeester

---

<sup>702</sup> *Kamerstukken II* 1988-1989, 19 403, nr. 10, p. 121-122. Zie §3.2.3 .

hier niet bij of krachtens de wet mee is belast, is het college van b en w (artikel 160 onder Gem.wet) het bevoegde bestuursorgaan. Zoals al in §7.3.2.1 is opgemerkt, ontbreekt er voor de reguliere handhaving op openbare plaatsen een exclusieve uitvoeringsbepaling in de Gemeentewet à la artikel 174 lid 3 jo. lid 1 Gem.wet.<sup>703</sup> Daarbij blijkt vreemd genoeg noch uit de APV-bepaling zelf noch uit de toelichting bij artikel 2:1 dat de burgemeester het bevoegde uitvoeringsorgaan is. Een bestuursdwangbevoegdheid voor deze APV-bepaling kan gezien artikel 5:4 lid 1 Awb dan ook niet worden aangenomen. De enige optie voor de burgemeester in de gegeven casus is om één van zijn onmiddellijke ordebevoegdheden in te zetten.

Stel dat sprake is van een onmiddellijkheidssituatie in het kader van een evenement dat in de stad wordt gehouden. Een groep hooligans heeft zin om te vechten en trekt op naar het voor publiek toegankelijke feest waardoor overtreding van artikel 2:26 Model-APV dreigt plaats te vinden ('Het is verboden om bij een evenement de orde te verstoren'). Omdat deze APV-bepaling onder het toezicht op evenementen valt waarvan de uitvoering exclusief aan de burgemeester is voorbehouden, kan er in deze situatie wel een bestuursdwangbevoegdheid worden aangenomen (artikel 174 lid 3 en lid 1 Gem.wet. jo. artikel 125 lid 3 Gem.wet).

Op het moment dat de potentiële ordeverstoorders zich schuldig maken aan het overtreden van de APV, is in theorie het toepassen van superspoedbestuursdwang denkbaar. Het terstond herstellen van de onrechtmatige situatie zou kunnen inhouden dat de ME overtreders verwijderd en verwijderd houdt. Liever voorkomt de burgemeester echter een dergelijke situatie. Als hij van te voren over voldoende concrete en betrouwbare informatie beschikt dat de orde bij het evenement verstoord zal worden, is een preventieve last onder bestuursdwang denkbaar. In dat geval moet het gevaar voor een overtreding klaarblijkelijk zijn hetgeen moet blijken uit voorbereidingshandelingen en/of uit concrete en betrouwbare uitlatingen.<sup>704</sup>

### **Doorberekenen politiekosten**

Nu in bepaalde gevallen een bestuursdwangbevoegdheid voor de burgemeester in een onmiddellijkheidssituatie kan worden aangenomen, is een andere vraag of kostenverhaal mogelijk is. In het algemeen kan worden opgemerkt dat het volstrekt acceptabel dat er een aanspraak ontstaat op vergoeding zodra het bestuur gedwongen is de naleving van regels af te dwingen via fysiek ingrijpen – ook in het geval van superspoedbestuursdwang. Het is tot nu toe alleen niet gebruike-

<sup>703</sup> Van Haaren-Dresen, *TC Gemw*, art. 160, aant. 2b en 7; Kortmann en De Jong, *De Gemeentewet en haar toepassing*, artikel 160, aant. 2.2 en 3.7 en artikel 172, aant. 2.1. Zie ook: Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 286, 292-293.

<sup>704</sup> Zie §3.5 en §3.6.2.3 .

lijk om de kosten van de politie-inzet bij het voorkomen, beheersbaar houden en beëindigen van (grootschalige) ordeverstoringen aan de overtreder door te berekenen. Daarbij zou de huidige stand van zaken in de discussie over het doorberekenen van politiekosten tot gevolg kunnen hebben dat die kosten redelijkerwijze niet ten laste behoren te komen aan de overtreder tevens ordeverstoorder

Er lijken weinig bezwaren te bestaan om de kosten van politie-inzet bij reguliere ordehandhaving – dus in een niet-onmiddellijkheidssituatie – door te berekenen aan een overtreder. Over het onderwerp politie en bestuursdwang heeft de wetgever zich in beperkte mate uitgelaten. Dit vond plaats tegen de achtergrond van dezelfde discussies over de eigenlijke en oneigenlijke taken van de politie in de jaren tachtig van de vorige eeuw (zie §9.2). In deze tijd bevond de bestuursdwangregeling zich nog in de Gemeentewet. De regering zegt hierover het volgende:

“Overigens zal van geval tot geval moeten worden bekeken welke kosten tot de kosten verbonden aan de toepassing van bestuursdwang moeten worden gerekend. Niet te snel moet worden aangenomen dat de kosten van het optreden van de politie bij dreigende verstoring van de openbare orde op de overtreder kunnen worden verhaald. De kosten van het politie-apparaat, gemaakt in verband met de opsporing van de verboden situatie, moeten niet tot de verhaalbare kosten worden gerekend. Wanneer daarentegen politiemensen worden ingezet bij de daadwerkelijke uitoefening van de bestuursdwang kunnen de kosten die daarmee gepaard gaan wel op de overtreder worden verhaald.”<sup>705</sup>

Het ingenomen standpunt houdt in dat een gemeentelijk bestuursorgaan de kosten van de inzet van politiemensen in beperkte mate via bestuursdwang kan verhalen. Verhaalbaarheid moet men niet te snel aannemen – maar lijkt dus een optie te zijn – als de politie optreedt bij een dreigende ordeverstoring. Het doorberekenen van politie-inzet bij de daadwerkelijke uitoefening van bestuursdwang is mogelijk; wat de wetgever echter bedoelt met ‘daadwerkelijke uitoefening van bestuursdwang’ blijft duister. Duidelijk is dat uitgaven gemaakt in het kader van opsporing niet verhaalbaar zijn.

Bij het ontstaan van de huidige bestuursdwangregeling gaat de wetgever nauwelijks in op dit onderwerp. Ter toelichting van het oude woord ‘politiedwang’ wordt slechts opgemerkt dat ‘hulp of aanwezigheid van de politieambtenaren noodzakelijk of gewenst kan zijn’, maar zeker geen algemene regel is.<sup>706</sup>

<sup>705</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 125. Zie ook: HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 360, *AB* 2005, 59 m.nt. G.A. van der Veen, *Gst.* 7185 (2003), nr. 83 m.nt. J.M.H.F. Teunissen (Premiefraude-arrest).

<sup>706</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. p. 149 of zie PG AWB III, p. 359.



Welke activiteiten komen voor doorberekening in aanmerking als de politie ‘daadwerkelijk bestuursdwang’ uitoefent? Het moet naar mijn mening in elk geval gaan om gevallen waarin de overtreder niet aan een last voldoet en de politie een onrechtmatige toestand herstelt door middel van fysiek handelen. Een voorbeeld is het verwijderen en verwijderd houden van een psychisch gestoorde zwerver die zijn gebiedsontzegging op grond van de APV niet naleeft.

Het lijkt geen twijfel dat bovendien voor doorberekening in aanmerking komt het optreden van politie bij het sluiten van een coffeeshop of een drugs-pand onder leiding van de burgemeester gezien artikel 13b Opiumwet en 174a lid 5 Gem.wet. Interessant is de vraag of het denkbaar is dat de kosten van het fysiek tegenhouden van een persoon door politie voor kostenverhaal in aanmerking komen. Lang geleden heeft de Hoge Raad bepaald dat het fysiek handelen kan bestaan uit het beletten van bezoekers die in strijd met de APV bordelen bezoeken door politieambtenaren bij de ingang te posteren.<sup>707</sup>

Bij het doorberekenen van kosten na het effectueren van een reguliere last onder bestuursdwang hoeft het in zijn algemeenheid niet alleen te gaan om fysieke handelingen. Op grond van artikel 5:25 lid 3 Awb is het mogelijk om de kosten te verhalen van handelingen die zijn gemaakt ter voorbereiding op het toepassen van bestuursdwang. In het geval het om politieambtenaren zou gaan, is denkbaar dat hieronder vallen de kosten van de tijd die nodig is om overleg te voeren met bepaalde (ambtelijke) diensten of met aannemers, en van het monitoren van de situatie totdat bijvoorbeeld een illegaal evenement wordt afgebroken of totdat de giftige vaten worden afgevoerd. Volgens lid 3 van artikel 5:25 lid 3 Awb dient wel de termijn verstreken te zijn waarbinnen de last had moeten worden uitgevoerd.

Verschil bevoegdheden politie naar gelang plaats – Als de politie via bestuursdwang de orde wil handhaven zonder dat sprake is van een onmiddellijkheidssituatie, moet zij bepalen om wat voor soort publieke ruimte het gaat. Het staat haar namelijk alleen vrij om op openbare plaatsen (de weg, de straat) de orde te handhaven. Op voor publiek toegankelijke plaatsen zoals een café, bibliotheek of een stadion is de eigenaar of recht-hebbende de eerst verantwoordelijke voor het handhaven van de orde aldaar, maar berust het toezicht bij de burgemeester. Zo oordeelde de Amsterdamse rechter in dit verband dat politieambtenaren op basis van hun surveillance- of controlebevoegdheid niet de afgesloten werkruimte van een prostitutie mogen betreden (het afsluiten maakt het een plek niet langer voor publiek toegankelijk).<sup>708</sup> Dit is wel mogelijk als hiervoor toestemming is gegeven (dan betreft het hulpverlening) of als sprake is van een concrete en actuele ordeverstoring (of dreiging daartoe).

<sup>707</sup> HR 20 juni 1969, *NJ* 1969, 347.

<sup>708</sup> Rb. Amsterdam (pol.r.) 3 juni 2002, *LJN* AE4749.

Een belangrijk bezwaar tegen de inzet van een herstelsanctie bij het handhaven van de openbare orde is naar mijn mening dat het middel van bestuursdwang vooralsnog niet een specifiek instrument is om gedragingen in de publieke ruimte te reguleren. Bevoegdheden in het openbare-orderecht zien veelal op openbare plaatsen (de weg, de straat), op gedrag dat in groepen plaatsvindt waarbij de burgemeester verder gaat dan alleen het handhaven van een wettelijk voorschrift; hij creëert niet zelden bij bevel een nieuwe norm die nageleefd moet worden. Het middel van bestuursdwang is daarentegen van oudsher gericht op individuele overtreders in relatie tot woningen en besloten plaatsen waarbij het doel alleen kan zijn herstel van een rechtmatige situatie.<sup>709</sup>

Een last onder bestuursdwang zou in het bijzonder minder geschikt kunnen zijn bij een ordeverstoring die gepaard gaat met de schending van een wettelijk voorschrift, als de burgemeester de kosten wil innen (identiteit van de overtreder moet daarvoor bekend zijn) of als sprake is van medeplegen (mijns inziens zou hij moeten aangeven wie voor welk deel van de overtreding verantwoordelijk is). Bij een last ter voorkoming van herhaling, zou een probleem kunnen zijn dat het overlastgevend gedrag zich telkens op een andere plek voordoet (tenzij specifiek rekening wordt gehouden met de aard van de overtreding).<sup>710</sup>

### 9.3.2 Onmiddellijk ordebevel handhaven met bestuursdwang?

We gaan uit van eenzelfde soort onmiddellijkheidssituatie als gebruikt in de hier bovenstaande paragraaf: een groep woedende supporters maakt zich op om naar het stadhuis te gaan om aldaar hun onvrede te uiten over het feit dat de subsidie voor hun lokale voetbalclub wordt stopgezet. De burgemeester wil dat niets het reilen en zeilen in en rond het publiekscentrum van het stadhuis verstoord en dat zijn ambtenaren veilig kunnen blijven werken. De betrokken personen geven onvoldoende gehoor aan dit bevel. De burgemeester zet zijn bevoegdheden uit de Gemeentewet in.

Zo belet hij ten eerste op basis van artikel 172 lid 2 Gem.wet overtreding van de wettelijke voorschriften die gepaard gaan met de dreigende ordeverstoring (voorschriften uit de APV, de Wet openbare manifestaties of het Wetboek van Strafrecht).<sup>711</sup> Vervolgens geeft hij op basis van artikel 172 lid 3 Gem.wet

<sup>709</sup> Zie volgende noot.

<sup>710</sup> Ruigrok in *Gst.* 7341 (2010), p. 434-442; Brouwer & Ruigrok in *AA* sep. 2010, p. 579-583; Bröring & De Valk in *NJB* 2011, p. 620-624; T&C Awb, artikel 5:24, aant. 2a. Anders: Van Buuren, Jurgens & Michiels 2011, p. 56-57, 78-80.

<sup>711</sup> Zie van de Model-APV 2010 bijvoorbeeld artikel 2.1 (het op een openbare plaats deelnemen aan een verboden samenshooling, het onnodig opdringen of door uitdagend gedrag aanleiding te geven tot ongeregelde heden), artikel 2:47 resp. artikel 2:50 (het vertonen van hinderlijk gedrag op openbare plaatsen dan wel in voor publiek toegankelijke ruimten) en verder artikel 11 Wom, artikel 139 en artikel 141 Sr.

het bevel aan de supporters om zich tijdelijk niet binnen een straal van 1 kilometer van het stadhuis te bevinden, tenzij zij daar wonen. Mag hij nu zijn bij onmiddellijk ordebevel opgelegde gebiedsontzegging handhaven met superspoedbestuursdwang? Dit zou betekenen dat hij de ME de menigte uiteen laat drijven, de supporters in en rond het stadhuis laat verwijderen en hen binnen de opgegeven straal verwijderd laat houden. Vervolgens ontvangen de overtreders die men bij naam kent, achteraf een brief met de mededeling dat terstond bestuursdwang is toegepast en dat de kosten van de politie-inzet op hen wordt verhaald.

### Bevoegdheid

Het is niet duidelijk of de burgemeester in deze situatie over een bestuursdwangbevoegdheid beschikt. Artikel 5:4 lid 1 Awb bepaalt dat een bestuursdwangbevoegdheid bij of krachtens de wet moet zijn verleend. Aangezien een *lex specialis* ontbreekt, zou alleen de algemene bestuursdwanggrondslag in artikel 125 lid Gem.wet in aanmerking kunnen komen: “De bevoegdheid tot oplegging van een last onder bestuursdwang wordt uitgeoefend door de burgemeester, indien de last dient tot handhaving van regels welke hij uitvoert.” Volgens dit artikel geldt dat als de burgemeester belast is met de uitvoering van regels, hij dientengevolge kan handhaven met bestuursdwang. Daarbij is de wetgever bij de uitwerking van uitvoeringsbevoegdheden niet consistent te werk gegaan: soms bestaat er een expliciete uitvoeringsbevoegdheid, maar vaker wordt op basis van de formulering afgeleid dat hij bepaalde regels dient uit te voeren (zie §3.2.3).<sup>712</sup> Het zij opgemerkt dat het begrip uitvoering voor wat betreft de burgemeester van oudsher wordt geassocieerd met het uitvoeren van *besluiten*, in het bijzonder met het uitvoeren van verordeningen in de vorm van het verlenen van vergunningen en ontheffingen.<sup>713</sup>

Uit het samenstel van de relevante bepalingen in de Gemeentewet valt niet woordelijk op te maken dat hij ter handhaving van een onmiddellijk ordebevel over een bestuursdwangbevoegdheid beschikt. Deze bevoegdheid zou opgesloten kunnen zitten in het systeem van de Gemeentewet door ervan uit te gaan dat de burgemeester een uitvoeringsbevoegdheid toekomt op basis van artikel 172 lid 1 Gem.wet of op basis van de bevoegdheden in de artikelen 172 lid 2 en 3, 174

<sup>712</sup> Voorbeelden van één direct toegekende en specifieke bestuursdwangbevoegdheid zijn artike13b Opiumwet, artikel 22 Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden en artikel 34 lid 4 Wet op de publieke gezondheid. Voorbeelden van formuleringen die wijzen op een uitvoeringsbevoegdheid zijn artikel 30b van de Wet op de kansspelen en artikel 74 van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren.

<sup>713</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 121 en 123; De Jong 2000, p. 31-33 (zie m.n. noot 30 van haar proefschrift) en 2004, p. 679 en 680; Dölle, Elzinga & Engels 2004, p. 293 en 405.

lid 2, 175 en 176 Gem.wet zelf.<sup>714</sup> De regels welke hij uitvoert creëert de burgemeester bij een onmiddellijk ordebevel alleen zelf. Het gaat om normen die burgers op dat moment dienen na te leven, zo ook de norm: u dient zich onmiddellijk te verwijderen en u mag zich vervolgens niet binnen een straal van 1 kilometer van het stadhuis bevinden. Als de nieuw opgelegde verplichting niet wordt nageleefd, zou de burgemeester ter uitvoering van die door hemzelf (bevoegd) in het leven geroepen regel met bestuursdwang kunnen optreden. Er wordt immers voldaan aan artikel 5:1 lid 1 Awb: de verplichte gedragingen voor burgers worden ‘bij of krachtens enig wettelijk voorschrift’ gegeven, te weten krachtens de artikelen 172 lid 3, 174 lid 2 of 175 Gem.wet.

Verdedigbaar is dat het legaliteitsbeginsel de hier besproken stapelingsconstructie in kwestie niet toelaat, juist omdat de wetgever zoveel in het midden laat; het aannemen van een sanctiebevoegdheid ter handhaving van bevelen die nieuwe, tijdelijke verplichtingen scheppen, vereist een sterke wettelijke legitimatie. Sommige auteurs menen dat het legaliteitsbeginsel ruimer moet worden opgevat: eenzijdige verplichtingen die de overheid oplegt, behoeven een ‘specifieke’ wettelijke grondslag.<sup>715</sup>

Een tweede argument tegen het aannemen van een bestuursdwangbevoegdheid ter handhaving van een onmiddellijk ordebevel, is de mogelijke strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Lid 2 van artikel 5:4 Awb bepaalt dat een bestuurlijke sanctie slechts wordt opgelegd als zowel de overtreding als de sanctie zijn omschreven bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift. De wetsgeschiedenis hierbij geeft aan dat de burger zowel moet kunnen afleiden wat hem verboden is (‘de gedragsnorm’), als met welke sancties hij bij overtreding van het verbod wordt bedreigd (‘de bevoegdheidsnorm’). Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat een voorschrift dat door een bestuurlijke sanctie wordt gehandhaafd, voor de burger voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn.<sup>716</sup> De burgemeester voldoet aan dit beginsel als hij duidelijk vooraf mededeelt dat bij niet-naleving van zijn onmiddellijk ordebevel superspoedbestuursdwang zal worden toegepast op kosten van de overtreder(s). Dit is niet in alle onmiddellijkheidssituaties mogelijk, bijvoorbeeld in het geval van grootschalige ordeverstoringen.

---

<sup>714</sup> Zie annotatie van Hennekens bij ABRvS 1 juni 1999, *Gst.* 7106 (1999), jurispr.nr 2, p. 523-526 (Asbestloods Alphen aan de Rijn) uit de tijd dat artikel 5:4 Awb (destijds artikel 5:22 Awb) nog niet een wettelijke grondslag eiste en *De Gemeentewet en haar toepassing*, artikelsgewijscommentaar bij artikel 125 lid 3, aant. 4. Zie in dit verband ook noot 718.

<sup>715</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 403, nr. 3, p. 123; Hennekens in *Gst.* 7320 (2009), voetnoot 2; Van Ommeren 1996, p. 116, 124-127, 134-139; Schlössels 1998, o.a. p. 124-127; ABRvS 4 juli 2007, *AB* 2007, 315 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BA 8728. Zie ook: Van der Meulen in *NTB* 1991, p. 269 en Van der Meulen 1993, p. 55-56.

### Doorberekenen van kosten

Stel dat de rechter desondanks een wettelijke grondslag voor bestuursdwang aanwezig acht ter handhaving van een onmiddellijk ordebevel. Als de burgemeester ook daadwerkelijk overgaat tot het op fysieke wijze zorgen voor de naleving van zijn bevel door middel van bestuursdwang, is dan kostenverhaal rechtens toegestaan? Mijns inziens niet. Het op deze wijze combineren van de beide handhavingvormen is namelijk bovenmatig; op basis van de wettelijke bepalingen – artikel 172 lid 2 en lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet – is de burgemeester al bevoegd om over te gaan tot fysieke dwang ter naleving van zijn ordebevel! Er kan dan geen andere reden zijn om via de bestuursdwangfiguur voor de naleving van zijn bevel te zorgen, dan om gebruik te maken van de mogelijkheid tot kostenverhaal. Een dergelijke praktijk levert strijd op met het verbod van détournement de pouvoir.

Een ander argument dat tegen de hier besproken stapelingsconstructie pleit, is het bestaan van artikel 5:23 Awb. Het doel van dit artikel is om veilig te stellen dat burgemeester en politie niet met de vereisten uit de bestuursdwangafdeling van doen hebben ingeval zij bevelen geven of fysieke maatregelen nemen ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde.<sup>717</sup> De wetgever ontnemt de burger juist allerlei waarborgen en een regulier niveau aan rechtsbescherming om de onmiddellijke ordehandhaving te kunnen faciliteren. Daartegenover staat dat ook het kostenverhaal uit de bestuursdwangregeling dan niet van toepassing is. Hoewel de onwenselijkheid hiervan niet een specifiek motief vormt bij de totstandkoming van artikel 5:23 Awb, blijft de tekst van het artikel duidelijk: de *gehele* bestuursdwangafdeling is niet van toepassing bij optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde. De vraag is waar nu het kantelpunt ligt als de burgemeester desondanks die waarborgen en rechtsbescherming wil bieden (zie §9.3.3 en §10.4).

### 9.3.3 Onmiddellijk ordebesluit handhaven met bestuursdwang?

We gaan terug naar de casus van de woedende supporters die zich klaar maken om naar het stadhuis te gaan om aldaar hun onvrede te uiten. Stel dat de burgemeester niet een onmiddellijk ordebevel in de vorm van een gebiedsontzegging geeft, maar tijd heeft om een besluit op te maken. Aan de potentiële relschoppers die men bij naam kent, wordt het besluit uitgereikt. Aan de overige deelnemers delen politieagenten ter plekke flyers uit met daarop de inhoud van het

<sup>716</sup> *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 85-86 en zie vorige noot.

<sup>717</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 153-154 en nr. 5, p. 96-97 of zie PG AWB III, p. 364.

besluit. Voor alle woedende supporters geldt de verplichting om zich onmiddellijk binnen de opgegeven straal verwijderd te houden van het stadhuis.

In deze paragraaf komt de vraag aan de orde of de burgemeester zijn gebiedsontzegging opgelegd via een onmiddellijk *ordebesluit*, mag handhaven met superspoedbestuursdwang en dus de kosten kan verhalen? Het gaat om een bevel dat op basis van dezelfde bevoegdheid is gegeven als bij het onmiddellijke ordebevel (zie §9.3.2), dat een verplichting aan burgers oplegt en in dit voorbeeld vooraf op schrift is gesteld. Bij de vraag of bestuursdwang (en dus kostenverhaal) is toegestaan, spelen bij de categorie onmiddellijke ordebesluiten dezelfde argumenten een rol als bij de onmiddellijke ordebevelen; zij worden echter anders gewogen.

### Bevoegdheid

In een onmiddellijkheidssituatie kan de burgemeester zowel bij bevel als bij besluit zelf de normen creëren waar burgers zich op dat moment aan moeten houden. In §9.3.2 is uiteengezet dat het niet duidelijk is of er voor de burgemeester een (afdoende) bevoegdheidsgrondslag bestaat voor wat betreft het handhaven van zijn bevel met bestuursdwang. Dezelfde kanttekeningen die ik daar noemde, kunnen geplaatst worden bij de categorie ‘onmiddellijke’ ordebesluiten. Er is een aantal belangrijke verschillen.

In deze categorie betreft het besluit: een in het leven geroepen schriftelijke verplichting waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat. Bij de niet-naleving van een besluit is het in het algemeen gebruikelijk om een herstelsanctie als bestuursdwang in te zetten.<sup>718</sup> Men mag in de regel pas overgaan tot het opleggen van een herstelsanctie wanneer sprake is van een overtreding (artikel 5:2 lid 1 onder b Awb). Een ‘overtreding’ is ‘een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift’ (zie artikel 5 lid 1 Awb). Bij de handhaving van het onmiddellijke ordebesluit bestaat de overtreding uit het niet naleven van de daarin opgelegde verplichting.<sup>719</sup>

Door de verplichting vooraf op schrift te stellen en door bekend te maken dat zijn besluit door middel van bestuursdwang zal worden gehandhaafd op kosten van de overtreder(s), komt de burgemeester tegemoet aan de eisen die het rechtszekerheidsbeginsel stelt en biedt hij meer waarborgen en rechtsbescherming dan de wetgever van hem verlangt. Blijkens de wetsgeschiedenis associeert de wetgever artikel 5:23 Awb alleen met mondelinge bevelen en fysieke maatregelen van burgemeester en politie ter onmiddellijke ordehandhaving en

<sup>718</sup> Zie bijv. T&C Awb, commentaar bij artikel 5:1 lid 2, aant. 2; *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 77; *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 153-154 en 1994-1995 nr. 5, p. 96-97 of zie PG AWB III, p. 364.

<sup>719</sup> Zie in dit verband ook de bijdrage van L.J.J. Rogier in *NTB* 2010-10 (‘Nieuwe bevoegdheden van de burgemeester’).

niet met besluiten die in een onmiddellijkheidssituatie worden genomen. Het artikel is bedoeld als tegemoetkoming aan deze bestuursorganen om het handelen in dergelijke onmiddellijkheidssituaties te vergemakkelijken.<sup>720</sup> Als de burgemeester desondanks kiest voor de vorm van een besluit – hetgeen artikel 5:23 Awb strikt genomen niet verbiedt – dan staat artikel 5:23 Awb op zichzelf niet in de weg aan het handhaven met bestuursdwang van een onmiddellijk ordebesluit.

### **De *Fumigation*-uitspraak**

De constructie waarbij een onmiddellijk ordebesluit werd gehandhaafd met superspoedbestuursdwang is één keer in de gepubliceerde jurisprudentie onder huidige recht aanvaard, te weten in de *Fumigation*-zaak.<sup>721</sup> Bij het neutraliseren van bestrijdingsmiddelen in het bedrijf Holland Fumigation bv dat hiervoor geen vergunning heeft, ontstaan complicaties. Na meldingen van stank en explosies en nader onderzoek sommeert de politie in opdracht van de burgemeester de ter plekke aanwezige medewerkers om vaten met gevaarlijk gif af te voeren en te laten vernietigen – achteraf blijkt het om een noodbevel te gaan. Er wordt medegedeeld dat het bedrijf voor de kosten opdraait als niet aan het bevel wordt voldaan. Omdat de medewerkers verklaren niet mee te zullen werken, gaat de politie terstond over tot toepassing van bestuursdwang. Het bedrijf ontvangt later een besluit waarin de burgemeester mededeelt dat hij bestuursdwang heeft toegepast omdat geen gevolg is gegeven aan zijn noodbevel ex artikel 175 Gem.wet. Hij maakt dus achteraf zijn beide beslissingen – zijn bevel op basis van de Gemeentewet en de last onder bestuursdwang – gezamenlijk in één brief aan de overtreder bekend.

De kosten die de burgemeester verhaalt, hebben betrekking op het vervoer, de opslag en de vernietiging van de stoffen en bedragen bijna € 50.000,- (fl. 105.382,75 -). Zowel de rechtbank als de Afdeling zien geen kwaad in de gebruikte constructie. De Afdeling oordeelt hierbij dat geen wettelijk voorschrift zich ver-

<sup>720</sup> *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 153-154 en nr. 5, p. 96-97. Zie ook §7.2.4.

<sup>721</sup> Onder oud recht speelde ook de zaak *Asbestbrand Alphen a/d Rijn* waarin de burgemeester na een brand de eigenaar van een opslagloods de verplichting oplegde om zich van asbesthoudend materiaal te ontdoen. Achteraf stelt hij deze beslissing op schrift waarbij hij mededeelt dat hij bestuursdwang heeft toegepast en hij de kosten van het inschakelen van een gespecialiseerd asbestverwijderingsbedrijf verhaalt. De brief wordt door de Afdeling als een besluit aangemerkt en zij acht het spoedshalve optreden met bestuursdwang toelaatbaar. Deze uitspraak speelt zich toen artikel 5:23 Awb nog geen gelding had en betrof een bevel op basis van het oude artikel 173 Gem.wet (inmiddels te vinden in artikel 4 van de Wet veiligheidsregio's, zie verder §5.3.6 en §8.6).

zet ‘tegen toepassing van bestuursdwang bij het niet voldoen aan een met toepassing van art. 175 Gemw uitgevaardigd noodbevel.’<sup>722</sup>

De vraag is hoeveel waarde men dient te hechten aan deze uitspraak. Naar mijn mening vormt deze uitspraak in meerdere opzichten onvoldoende basis om aan te nemen dat de hier besproken stapelingsconstructie (en dus kostenverhaal) is toegestaan.

Om te beginnen zijn de rechters in de *Fumigation*-uitspraak in het geheel niet ingegaan op de bevoegdheidsvraag. Het is twijfelachtig of de burgemeester in deze zaak het aangewezen handhavingsorgaan is en niet het college van b en w; het bedrijf handelt immers in strijd met milieuwetgeving door zonder vergunning bestrijdingsmiddelen te neutraliseren. Het doel van het handhaven is om de giftige vaten zo snel mogelijk af te laten voeren en te laten vernietigen; hierbij is het stellen van een nieuwe verplichting niet noodzakelijk, de politie hoeft slechts te wijzen op de bestaande wettelijke plicht die nageleefd dient te worden. In een dergelijke situatie had dus ook alleen superspoedbestuursdwang toegepast kunnen worden en wel door het college van b en w. De rechtbank constateert omtrent de bevoegdheidskwestie alleen dat de burgemeester zich niet bevoegd achtte om ‘de taken van burgemeester en wethouders waarnemende, bestuursdwang toe te passen’. Waarom de burgemeester niet als gemachtigde superspoedbestuursdwang had kunnen uitoefenen, wordt niet vermeld.<sup>723</sup>

Als er alleen superspoedbestuursdwang was toegepast, zou bovendien voldaan zijn aan het subsidiariteitsbeginsel aangezien dat middel in die situatie toereikend zou zijn geweest. In de uitspraak *NS Vastgoed bv* gaat de Afdeling wel op dit punt in. In deze zaak is sprake van overtreding van de bouwverordening doordat brandgevaarlijke gebouwen vrij toegankelijk zijn. Via zowel een noodbevel van de burgemeester als spoedbestuursdwang door het college van b en w wil men op zeer korte termijn het slopen van de gebouwen bewerkstelligen. De Afdeling oordeelt als volgt:

“De burgemeester was in dit geval niet bevoegd ingevolge artikel 175 van de Gemeentewet bestuursdwang toe te passen, reeds omdat ingevolge ar-

---

<sup>722</sup> Rb. Rotterdam 16 november 1999, *LJN* AA5041, *JB* 1999, 312 en *ABRvS* 24 april 2001, *AB* 2002, 70 m.nt. F.R. Vermeer (*Fumigation*). De rechtbank betreurt het dat de exacte inhoud van het noodbevel op basis van de overgelegde stukken niet gedetailleerd is te achterhalen.

<sup>723</sup> Hoewel collegiale besluitvorming in dit soort situaties minder eenvoudig kan zijn dan een eenhoofdige actie van de burgemeester – zo is immers het openbare-orderecht ontstaan –, past het college van b en w in de praktijk in allerlei (acute) situaties superspoedbestuursdwang toe. Zie bijvoorbeeld *ABRvS* 21 februari 2007, *AB* 2007, 108 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* AZ9023 en *ABRvS* 25 november 2009, *JG* 2010/0083 m.nt. LDR (asbest-brand Vroomshoop). Vgl. Rb. Breda 21 april 2011, *JM* 2011, 75 m.nt. Kortmann en Onrust, *LJN* BQ2058.



tikel 7.3.2 van de bouwverordening voor het college een toereikend middel beschikbaar was om handhavend op te treden.”<sup>724</sup>

Ten derde is sprake van een atypische uitgangssituatie. Hoewel de wetgever het onderscheid tussen ordehandhaving en rampenbestrijding in de Gemeentewet niet maakt, gaat het in de *Fumigation*-zaak strikt genomen veeleer om het onmiddellijk beperken van het gevaar voor een potentiële ramp of zwaar ongeval. Hierbij acht de burgemeester uiteraard de effecten voor directe omgeving van belang (zowel effecten in woningen en op besloten plaatsen als op voor publiek toegankelijke plaatsen). Daarbij zien de kosten die zijn verhaald, alleen op het verwijderen van de giftige vaten door een daartoe gespecialiseerd bedrijf en niet op de kosten van de politie-inzet, de milieudienst en de brandweer. Als de Afdeling met haar uitspraak de deur wil openzetten voor het verhalen van bepaalde kosten van het bestrijden van rampen of zware ongevallen, is het vreemd dat zij niet in gaat op het *Vlissingse brandweerkosten*-arrest (zie §9.2.1.8).

Tot slot valt op dat de Afdeling niet uitlegt hoe zij tot haar standpunt komt dat er zich in casu geen wettelijk voorschrift verzet tegen toepassing van bestuursdwang. In het bijzonder valt niet op te maken wat haar oordeel is over artikel 5:23 Awb – een wetsartikel dat de Afdeling mijns inziens had moeten behandelen aangezien het bepaalt dat de bestuursdwangafdeling niet van toepassing is als het gaat om optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Waarom verzet dit artikel zich in deze situatie niet tegen het handhaven van een noodbevel met bestuursdwang? Omdat de burgemeester vooraf zowel de te handhaven gedragsnorm als de bijbehorende sanctie kenbaar maakt en achteraf rechtsbescherming biedt door opschriftstelling? Wanneer wordt er precies voldoende rechtszekerheid geboden?

## Kosten

In de voorgaande paragraaf (de categorie onmiddellijke ordebevelen) merkte ik op dat het bovenmatig is om twee handhavingsvormen waarmee de burgemeester fysiek kan ingrijpen, op elkaar te stapelen. Dit is net zo goed het geval als het gaat om onmiddellijke ordebesluiten; de burgemeester is op basis van Gemeentewet reeds bevoegd om met fysieke dwang voor de naleving van zijn ordebe-

<sup>724</sup> ABRvS 28 november 2007, *LJN* BB8909, nr. 200702426/1. Vgl. HR 11 maart 2008, *AB* 2008, 163 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *NJ* 2008, 208, *LJN* BB4096: “De Hoge Raad stelt voorop dat, gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van art. 172, derde lid, Gemw, (...) het ervoor moet worden gehouden dat, zo in een gemeente een verordening geldt waarin is geregeld dat de burgemeester in het geval van overlast gevende verstoringen van de openbare orde aan de betrokkene een zogenoemde verblijfsontzegging kan opleggen, deze regeling dient te worden toegepast en art. 172, derde lid, Gemw dan niet (ook) een grondslag biedt voor het opleggen van een gebiedsontzegging ter zake van verstoringen van de openbare orde waarop de APV het oog heeft.”

sluit te zorgen; het toepassen van bestuursdwang in deze constructie zou geen ander doel kunnen dienen dan om over te gaan tot kostenverhaal. Dit is in strijd met het verbod van détournement de pouvoir.

Hier moet echter een belangrijke kanttekening worden gemaakt. Mocht een bestuursdwangbevoegdheid aanwezig zijn, dan is er één goede reden om toch van deze grondslag gebruik te maken: daarmee ontstaat de mogelijkheid van de (preventieve) last onder dwangsom ex artikel 5:32 Awb. In de casus van de boze supporters zou hij bijvoorbeeld ter uitvoering van zijn onmiddellijk ordebesluit kunnen dreigen met een dwangsom à € 2000,- die elk persoon verbeurt op het moment dat de orde rond het gemeentehuis wordt verstoord. Op deze wijze is geen sprake van een opeenstapeling van mogelijkheden tot fysiek handelen – hetgeen slechts kostenverhaal tot doel kan hebben en dus détournement de pouvoir oplevert – maar van de inzet van twee handhavingsvormen die elkaar aanvullen.

Een heel ander argument tegen kostenverhaal ex artikel 5:25 Awb na handhaving van een onmiddellijk ordebesluit met bestuursdwang, is de huidige stand van zaken in de discussie over het al dan niet doorberekenen van politiekosten. Uit deze discussie blijkt dat men de activiteiten van de politie bij (grootschalige) ordeverstoringen nog te veel ziet als een klassieke overheidstaak (zie §9.2.2 ); doorberekening van kosten gemaakt bij het voorkomen, beheersbaar houden en beëindigen van rellen, vindt men principieel onjuist en onwenselijk. Ook hier kan vervolgens gewezen worden op het alternatief van de dwangsom. Het afdwingen van de naleving van een onmiddellijk ordebesluit door middel van een (preventieve) last onder dwangsom betreft immers niet het verhalen van de kosten van het fysiek ingrijpen, maar ziet op het dreigen met het verbeuren van een bepaalde geldsom.

## 9.4 Conclusie

Dit hoofdstuk vormt de afsluiting van het deel van het onderzoek dat ziet op het (onmiddellijk) handhaven van de openbare orde.

### **Standpunten en argumenten kostenverhaal**

Ik ben in §9.2 ingegaan op de argumenten en discussies die spelen bij de keuze voor het al dan niet doorberekenen van de kosten. Dit type handhaving beschikt tot op heden niet over een exclusieve zelfstandige regeling voor kostenverhaal, in tegenstelling tot de last onder bestuursdwang. Gebleken is dat de politiek maar niet tot een besluit kan komen. Over een paar specifieke punten lijkt men het wel eens te zijn: doorberekening is in elk geval uitgesloten is bij politiewerkzaamheden ter waarborging van het uitoefenen van beschermde grondrech-

ten, ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en ter hulpverlening (inclusief het reageren op een alarmmelding die achteraf onjuist blijkt).

Men beschouwt het handhaven van de openbare orde als een klassieke overheidstaak en als een zuiver collectief goed (niet te splitsen in verkoopbare eenheden zodat financiering uit algemene middelen noodzakelijk is). Zie verder §9.2.2. Hierbij is de politiek geneigd om kostenverhaal eerder mogelijk te achten bij niet-onmiddellijke dan bij onmiddellijke ordehandhaving. Bij reguliere politie-inzet kan gedacht worden aan het verlenen van assistentie bij evenementen via verkeersregulering, surveillance en controle van vergunningsvoorschriften. Onmiddellijke ordehandhaving associeert men met de inzet van de ME om (grootschalige) ordeverstoringen daadwerkelijk te voorkomen, beheersen en te beëindigen. Het enige argument vóór doorberekening is een beroep op het profijtbeginsel. Dit houdt in dat als burgers of bedrijven onevenredig veel nut of profijt – anders gezegd een specifiek individueel belang – hebben van een overheidsdienst, zij dienen bij te dragen in de kosten daarvan.

Er is wel een verschuiving zichtbaar; de wetsvoorstellen *Wet bijdrage politiekosten bij publiekevenementen* en *Wet politiekosten evenementen* wijzen erop dat een beroep op het profijtbeginsel terrein begint te winnen van het klassieke overheidstaakargument. Opvallend is dat het eerste wetsontwerp de kosten wilde doorberekenen van onmiddellijke ordehandhaving specifiek bij voetbalwedstrijden en andere grootschalige evenementen, en het tweede wetsontwerp juist de kosten van bepaalde politieactiviteiten in niet-onmiddellijke situaties (zoals beveiliging, verkeersregulering en foullering). In beide gevallen is het voorstel om af te wijken van het uitgangspunt ‘geen *paid police*’; particulieren krijgen tot op zekere hoogte zeggenschap over de politie en kopen bepaalde politiezorg in – naar het voorbeeld van Engeland. Het gaat om de rechthebbende van een voor publiek openstaande plaats die het meeste profijt heeft bij een goed verloop van zijn evenement. Dit is ook logisch aangezien hij als eigenaar en/of organisator hiervoor eerst verantwoordelijke is; hij kan personen de toegang ontzeggen als die zich niet aan de gestelde voorwaarden houdt of zich met een afwijkend doel op die plaats bevinden. Zie §7.4.1.3, §9.2.1.6 en §9.2.1.8.

### **Bestuursdwangregeling als grondslag voor kostenverhaal**

Vervolgens heb ik in §9.3 onderzocht in hoeverre artikel 5:25 Awb in een onmiddellijkheidssituatie een grondslag kan vormen voor kostenverhaal.

Zo is het denkbaar dat de burgemeester in bepaalde onmiddellijkheidssituaties ervoor kiest om alleen superspoedbestuursdwang in te zetten in plaats van één van zijn onmiddellijke ordebevoegdheden. Hij zou bijvoorbeeld voorschriften uit de APV kunnen handhaven die ordeverstoring gedragingen bij evenementen en op voor publiek toegankelijke plaatsen verbieden. Toepassing van het kostenverhaal in artikel 5:25 Awb lijkt dan aannemelijk. Hoewel het in het al-

gemeen volstrekt acceptabel is om bij superspoedbestuursdwang de kosten te verhalen, is niet zeker of dit is toegestaan. Het kan echter zijn dat de kosten van het fysieke optreden door de politie redelijkerwijze niet te laste behoren te komen van de overtreder tevens ordeverstoorder, omdat sprake is van de uitoefening van een klassieke overheidstaak. De (preventieve) last onder dwangsom is hier wel een optie, omdat het bij deze handhavingswijze niet om de kosten van fysiek ingrijpen gaat, maar om het dreigen met het verbeuren van een bepaalde geldsom. In niet-onmiddellijke situaties zijn er minder bezwaren om aan te nemen dat de burgemeester de kosten van politie-inzet mag doorberekenen aan een overtreder. Het gaat om het aanwenden van (een vorm van) bestuursdwang waarbij politie wordt ingeschakeld. Zo heeft de wetgever aangegeven dat een gemeentelijk bestuursorgaan deze kosten in beperkte mate mag verhalen, namelijk in geval van de ‘daadwerkelijke uitoefening van bestuursdwang’. Verhaalbaarheid moet men niet te snel aannemen – maar is dus wel mogelijk – als de politie optreedt bij een dreigende ordeverstoring. Een eventueel bezwaar kan zijn dat bestuursdwang niet in alle opzichten even geschikt is om gedragingen in de publieke ruimte te reguleren. Zie §9.3.1.

Het is niet toegestaan om een onmiddellijk ordebevel resp. onmiddellijk ordebesluit te handhaven met een vorm van bestuursdwang (zodat de beide soorten handhaving gestapeld worden). Een onmiddellijk *ordebevel* is een mondelinge opdracht die de burgemeester op basis van de artikelen 172 lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet geeft en die hij achteraf niet op schrift stelt. Een onmiddellijk *ordebesluit* is het gevolg van de juridiseringstrend die gaande is en ziet op een bevel van de burgemeester dat een nieuwe verplichting aan burgers oplegt, op enig moment op schrift wordt gesteld en zodoende onder het besluitbegrip valt in de zin van artikel 1:3 Awb.

Het is om te beginnen belangrijk om in te zien dat het niet nodig is om te stapelen; de burgemeester is op basis van zijn onmiddellijke ordebevoegdheden al bevoegd is om over te gaan tot fysieke dwang! De enige reden om toch via deze bestuursdwangvorm voor de naleving van een onmiddellijk ordebevel resp. ordebesluit te zorgen, zou zijn om gebruik te maken van de mogelijkheid tot kostenverhaal. Dit levert misbruik van bevoegdheid op. De zaak *Fumigation* geeft onvoldoende basis om aan te nemen dat het handhaven van een noodbevel in de vorm van een besluit, met superspoedbestuursdwang is toegestaan. Zie §9.3.2 en §9.3.3.

Eén belangrijke kanttekening moet ik hierbij maken. Bij een onmiddellijk *ordebesluit* heeft de burgemeester één goede reden om wel van zijn bestuursdwangbevoegdheid gebruik te maken, namelijk als hij in plaats van bestuursdwang een (preventieve) last onder dwangsom in wil zetten (zie artikel 5:32 Awb); dan is geen sprake van een opeenstapeling van mogelijkheden tot fysiek handelen maar van de inzet van twee handhavingsvormen die elkaar aanvullen.

Ten tweede zit er aan het stapelen allerlei haken en ogen (zowel het handhaven van een onmiddellijk ordebevel als een onmiddellijk ordebesluit met bestuursdwang). Er kan getwijfeld worden over de legitimiteit van de grondslag van burgemeester als hij deze sanctie inzet met het doel naleving te verzekeren van tijdelijke verplichtingen die door hem zelf gecreëerd zijn. Wat de bezwaren gezien het rechtszekerheidsbeginsel betreft, zou de burgemeester bij zowel een bevel als bij een besluit de burger tegemoet kunnen komen door vooraf duidelijk kenbaar te maken wat hem verboden is (de gedragsnorm) en met welke sanctie hij bij overtreding van het verbod wordt bedreigd (de bevoegdheidsnorm). Dit is echter niet in alle onmiddellijkheidssituaties mogelijk, bijvoorbeeld niet bij massale ordeverstoringen.

Bij het stapelen van een onmiddellijk ordebevel met bestuursdwang, staat in het bijzonder ook artikel 5:23 Awb in de weg aan kostenverhaal via bestuursdwang. Juist omdat het bieden van de reguliere waarborgen en rechtsbescherming niet altijd mogelijk is, creëerde de wetgever dit artikel als tegemoetkoming aan de burgemeester en politie om het handelen in onmiddellijkheidssituaties te vergemakkelijken. Tegenover het niet van toepassing verklaren van de reguliere waarborgen, staat dat de regeling van het kostenverhaal niet toepasselijk is. Hoewel de onwenselijkheid hiervan niet een specifiek motief vormt bij de totstandkoming van artikel 5:23 Awb, blijft de tekst van het artikel duidelijk: de *gehele* bestuursdwangafdeling is niet van toepassing bij optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Als de burgemeester desondanks kiest voor een onmiddellijk ordebesluit – hetgeen artikel 5:23 Awb strikt genomen niet verbiedt – dan staat het artikel op zichzelf het handhaven van een ordebesluit met bestuursdwang niet in de weg.

Tot slot moet ook in het kader van het stapelen gewezen worden op de in §9.2 en §9.2.2 uiteengezette rapporten en discussies. Op basis hiervan lijkt in elk geval het doorberekenen van kosten gemaakt bij het voorkomen, beheersbaar houden en beëindigen van rellen niet mogelijk.



# Hoofdstuk 10

## Vergelijking en conclusies

### 10.1 Inleidende opmerkingen

In dit onderzoek staan twee soorten handhavingsbevoegdheden van de burgemeester centraal: bevoegdheden in de Gemeentewet ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde (artikel 172 lid 2 en lid 3, artikel 174 lid 2, artikel 175 Gem.wet en artikel 173 Gem.wet-oud dat integraal is overgenomen in artikel 4 Wet veiligheidsregio's) en zijn bestuursdwangbevoegdheid. Er bestaan veel overeenkomsten tussen deze bevoegdheden. Bij beide vindt handhaving plaats door middel van fysiek handelen; in het ene geval vindt dat plaats op basis van een bevel en in het andere geval op grond van een last. Het recht heeft zich zodanig ontwikkeld dat verstoringen van de openbare orde vrijwel altijd gepaard gaan met overtredingen van wettelijke voorschriften zoals strafbare feiten in het Wetboek van Strafrecht of in bijzondere wetten, dan wel schendingen van APV-voorschriften die specifiek zien op het verstoren van de openbare orde. In het geval van een concrete en actuele ordeverstoring (of dreiging daartoe) beschikt de burgemeester over beide soorten handhavingsinstrumenten. Dit gegeven roept allerlei interessante vragen en ideeën op.

Dit onderzoek kent meerdere doelstellingen. Allereerst is het doel om te inventariseren welke opties de burgemeester heeft om de openbare orde op onmiddellijke wijze te handhaven. Vervolgens is de intentie het bepalen in welke situaties het middel van bestuursdwang – en daarmee de last onder dwangsom – een alternatief vormt voor de inzet van een bevoegdheid in de sfeer van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Met name het kostenaspect van bestuursdwang is hierbij interessant. Het derde doel van dit onderzoek is om tot een gefundeerd oordeel te komen over de trend om de onmiddellijke ordehandhaving te juridiseren, gezien de ingrijpende gevolgen hiervan.

De term juridisering heeft betrekking op het fenomeen dat burgemeesters hun onmiddellijke ordebevelen in veel gevallen schriftelijk uitvaardigen en zich in allerlei bochten wringen om aan de eisen te voldoen die bij een regulier Awb-besluit van toepassing zijn. Hoe verhoudt deze ontwikkeling zich tot artikel 5:23

Awb, een bepaling waarmee de wetgever daadkrachtig en snel optreden van de burgemeester wil verzekeren? Dit artikel bepaalt het volgende:

“Deze afdeling [Afdeling 5.3.1 Awb ‘Last onder bestuursdwang’, LDR] is niet van toepassing op optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde.”<sup>725</sup>

De last onder bestuursdwang is een besluit in de zin van de Awb waartegen belanghebbenden in bezwaar en in beroep kunnen bij de bestuursrechter. In beginsel vindt het effectueren van de last plaats op kosten van de overtreder. De wetgever heeft met artikel 5:23 Awb de burgemeester en zijn politieambtenaren vrij willen stellen van de eisen die bij reguliere bestuursdwang gelden als zij bijvoorbeeld rellen voorkomen of beëindigen.

De probleemstelling van dit onderzoek bestaat uit de volgende vraagstellingen en deelvragen:

**I.** Hoe verhouden zich de bevoegdheden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde tot de bestuursdwangbevoegdheid van de burgemeester?

**II.** Wat is de betekenis en de reikwijdte van artikel 5:23 Awb, mede in het licht van de ontwikkeling waarbij een bevel ter onmiddellijke ordehandhaving op een zelfde wijze wordt gejuridiseerd als bij de last onder bestuursdwang?

- a) Welke ontwikkeling heeft de bestuursdwangfiguur doorgemaakt?
- b) Wat wordt verstaan onder onmiddellijke handhaving van de openbare orde?
- c) Welke ontwikkeling hebben de bevoegdheden in artikel 172 lid 2 en lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet (en artikel 4 lid 2 Wet veiligheidsregio's) doorgemaakt?
- d) Wat zijn de verschillen tussen onmiddellijke handhaving van de openbare orde en de last onder bestuursdwang?
- e) Waarom is de bestuursdwangafdeling bij onmiddellijke handhaving van de openbare orde door de wetgever niet van toepassing verklaard?
- f) In welke gevallen kan in het kader van ordehandhaving de (preventieve) last onder bestuursdwang worden gebruikt?
- g) Kunnen de kosten van bestuursdwang, toegepast in het kader van ordehandhaving, worden verhaald op grond van artikel 5:25 Awb?

---

<sup>725</sup> Ten tijde van de derde tranche ging het om afdeling 5.3 Awb-oud (in memorie van toelichting nog aangeduid als afdeling 5.2), zie: *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 153-154 of zie PG AWB III, p. 364.



Ter beantwoording van deze onderzoeksvragen zijn de rechtsfiguren bestuursdwang en onmiddellijke ordehandhaving in de voorgaande hoofdstukken afzonderlijk van elkaar aan bod gekomen: beide soorten handhaving heb ik in historisch perspectief geplaatst (bestuursdwang in hoofdstuk 2, onmiddellijke ordehandhaving in de hoofdstukken 5 en 6) waarna de huidige regelingen zijn beschreven (bestuursdwang in hoofdstuk 3, onmiddellijke ordehandhaving in de hoofdstukken 7 en 8). In de hoofdstukken 4 en 9 heb ik de mogelijkheden tot kostenverhaal geanalyseerd.

In dit laatste hoofdstuk zet ik mijn conclusies uiteen waarbij de daadwerkelijke rechtsvergelijking tussen beide handhavingstypen plaatsvindt.

## 10.2 Twee soorten handhaving

### 10.2.1 Bestuursdwang (beantwoording deelvraag a)

#### 10.2.1.1 Terminologie

Sinds de inwerkingtreding van de vierde tranche Awb spreekt de wetgever van *een last onder bestuursdwang*: de last tot herstel van een overtreding en de bevoegdheid om de last door fysiek handelen te *effectueren* (ten uitvoer te leggen), indien die niet of niet tijdig wordt uitgevoerd (artikel 5:21 Awb). Onder een *overtreding* wordt verstaan een gedraging in strijd met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift (artikel 5:1 lid 1 jo. 5:4 lid 2 Awb). Na een (dreigende) overtreding wijst het bestuur op een reeds bestaande verplichting en legt het een *last* aan de overtreder op, dat wil zeggen een concrete maatregel om te komen tot een rechtmatige situatie. De term *toepassen van bestuursdwang* ziet tegenwoordig alleen op het effectueren van de last en niet ook op de schriftelijke beslissing tot het opleggen van de last (het *aanzeggen van bestuursdwang*). Tot de jaren negentig van de vorige eeuw kwam de vroegere benaming *politiedwang* voor in plaats van bestuursdwang.

De aanduiding *feitelijk handelen* ziet op de juridische restcategorie voor alle bestuurshandelingen die niet op enig rechtsgevolg zijn gericht. Het zijn veelal fysieke daden, maar het kunnen ook beslissingen of mededelingen zijn niet op enig rechtsgevolg gericht. Met de term *fysieke handeling* of *fysiek ingrijpen* doel ik puur op een daad die ontstaat door een lichamelijke beweging. Soms gebruikt de wetgever de term ‘feitelijke handeling’ terwijl hij niet op de juridische categorie doelt, maar op de term fysiek handelen (zoals in de definitie van bestuursdwang in 5:21 onder b Awb).

### 10.2.1.2 *Rechtsontwikkeling*

In de geschiedenis van de last onder bestuursdwang is een aantal ontwikkelingen voor dit onderzoek van belang geweest.<sup>726</sup> De belangrijkste ontwikkeling is dat deze rechtsfiguur niet langer wordt gezien als feitelijk handelen maar als een rechtshandeling. Het onderscheid in rechts- of feitelijke handelingen heeft tot halverwege de twintigste eeuw in het bestuursrecht weinig betekenis. Als het primaat van de burgerlijke rechter afneemt door de opkomst van de algemene bestuursrechtspraak, wordt het onderscheid pas belangrijk. De verschuiving in het kwalificeren van bestuursdwang heeft vanaf dat moment directe gevolgen voor de rechtsbescherming.

Het opleggen en het effectueren van de last onder bestuursdwang geldt vandaag de dag als een rechtshandeling, maar is dat (van oudsher) niet. Politie- of bestuursdwang is in de negentiende eeuw ontstaan als alternatief voor een civiele vordering tot amotie (sloop) van het bestuur bij de niet naleving van raadsverordeningen. Het is het recht om naleving van wettelijke regels af te dwingen door middel van fysieke handelingen op kosten van de overtreder. Door (de dreiging van) de fysieke dwang neemt men de overtreding van een wettelijk voorschrift weg of wordt die overtreding belet, legt men de bepaling die niet wordt nageleefd, tenuitvoer of herstelt men de onrechtmatige situatie in de vorige toestand. Op spoedgevallen na, dient het bestuur vóór het fysieke ingrijpen schriftelijk te waarschuwen.

Tot de jaren zeventig van de vorige eeuw oordeelt de burgerlijke rechter over deze vorm van handhaving. De overtreder of derdebelanghebbende kan voorafgaand aan de politiedwangtoepassing een kort geding instellen. Na het fysieke ingrijpen kan de overtreder pas ageren op het moment dat het bestuur de kosten van de uitgeoefende politiedwang bij dwangbevel invordert. In deze verzetprocedure oordeelt de burgerlijke rechter achteraf over de kosten, maar ook vaak over de rechtmatigheid van de wijze waarop politiedwang heeft plaatsgevonden.

De Wet Arob in 1976 brengt hier verandering in doordat het een beroepsmogelijkheid in het leven roept bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State voor alle 'beschikkingen', uitzonderingen daargelaten. Het moet gaan om 'een schriftelijk besluit van een bestuursorgaan gericht op enig rechtsgevolg, niet zijnde een besluit van algemene strekking of een handeling naar burgerlijk recht'. Vanaf dat moment tot en met de inwerkingtreding van de derde tranche Awb bestaat er discussie over de precieze kwalificatie van het fysieke optreden en de verplichte voorafgaande waarschuwing. De aankondiging van het uitvoere-

---

<sup>726</sup> Zie §2.3 en §3.7.

nen van bestuursdwang is strikt dogmatisch bezien niet gericht op enig rechtsgevolg; er wordt geen nieuwe norm in het leven werd geroepen, maar slechts verwezen naar de verplichting die uit de wet zelf voortvloeit. Onder de Wet Arob kwalificeren rechters de schriftelijke waarschuwing desondanks consequent als een beschikking. De civiele rechter blijft bevoegd in spoedgevallen, omdat dan geen waarschuwing is voorgeschreven.

Tijdens de herziening van de Gemeentewet in 1992 koppelt de wetgever bestuursrechtelijke rechtsbescherming niet langer aan de voorafgaande waarschuwing, maar aan de aanwezigheid van een schriftelijk besluit tot toepassing van bestuursdwang. Bij spoed volgt dit besluit achteraf. In navolging van Snijders hanteert de wetgever de redenering dat het rechtsgevolg bestaat uit de verplichting om fysiek optreden te dulden zodra het bestuur een schriftelijk besluit tot bestuursdwang neemt. De kritiek hierop is dat dit rechtsgevolg, het dulden, alleen intreedt als ook daadwerkelijk tot effectuering wordt overgegaan (dus pas in een situatie waarin de overtreder zelf niet aan de last voldoet). Men vindt de voordelen die ontstaan door de koppeling van bestuursdwang aan een voorafgaand besluit, echter belangrijker; sindsdien bestaat er ook bestuursrechtelijke controle na spoedbestuursdwang en voor derdebelanghebbenden na afwijzing van hun verzoek tot handhaving. Alleen bij geschillen over het kostenverhaal kunnen burgers nog bij de civiele rechter terecht.

Bij het verhuizen van de bestuursdwangregeling van de Gemeentewet naar de Algemene wet bestuursrecht stelt regeringscommissaris Scheltema voor om op te nemen dat de schriftelijke beslissing *geldt als* een beschikking. Het parlement ziet hier echter niets in en wijzigt de woorden 'geldt als' in 'is'. In de doctrine legt men zich uiteindelijk neer bij deze fictie omwille van de rechtsbeschermingsvoordelen. Bestuursdwang is echter ontstaan als een vorm van feitelijk handelen en zou dat zonder de gelijkstelling aan een Awb-besluit (of de huidige fictie) nog steeds zijn. Met de inwerkingtreding van de vierde tranche is ook de procedure behorend bij het kostenverhaal na het effectueren van de last onder bestuursdwang, onder het bereik van de bestuursrechter gebracht. De burgerlijke rechter fungeert sindsdien als restrechter inzake de feitelijke tenuitvoerlegging van het dwangbevel.

Een laatste ontwikkeling waar ik op in ga, heeft te maken met de basis voor de bestuursdwangbevoegdheid en de gewijzigde invulling van het legaliteitsbeginsel. De oude bestuursdwangregelingen in de gemeentewet repten niet over de eis van een (expliciet toegekende) wettelijke grondslag: De burgemeester beschikte van nature over een bestuursdwangbevoegdheid als hij verantwoordelijk was voor de uitvoering – dus ook de handhaving – van bepaalde regels (leer van Thorbecke). Voor wat betreft de burgemeester is de oude leer terug te vinden in artikel 125 lid 3 Gem.wet in combinatie met een uitvoeringstaak of uitvoeringsbevoegdheid in een bijzondere wet.

De bestuursdwangregeling in de Algemene wet bestuursrecht laat zien dat het legaliteitsbeginsel anders wordt ingevuld. De wetgever bepaalt dat een bestuursdwangbevoegdheid slechts kan bestaan ‘indien zij bij of krachtens de wet is toegekend’. Dit betekent dat sprake kan zijn van een direct toegekende bestuursdwanggrondslag zonder dat die gekoppeld is aan algemene uitvoeringsbepaling. De nieuwe invulling van het legaliteitsbeginsel ontstaat in een tijd waarin het besef groeit dat er voor een ingrijpende sanctie als bestuursdwang niet alleen een wettelijke grondslag nodig is, maar ook dat deze zo specifiek of concreet mogelijk geformuleerd dient te zijn.

## 10.2.2 Onmiddellijke handhaving van de openbare orde

### 10.2.2.1 Terminologie (beantwoording deelvraag b)

Het op onmiddellijke wijze handhaven van de openbare orde bestaat uit preventief en repressief handelen door of namens de burgemeester op basis van artikel 172 lid 2 en lid 3, artikel 174 lid 2 en artikel 175 Gem.wet. Ik duid deze bepalingen aan als *onmiddellijke ordebevoegdheden*. Deze bevoegdheden zijn bijzonder, omdat de burgemeester op basis hiervan in (dreigende) penibele situaties verstrekkende bevelen geeft en de ME fysiek laat ingrijpen zonder dat aan de reguliere eisen van de Awb voldaan hoeft te worden.

Voor dit onderzoek ga ik eveneens in op het oude artikel 173 Gem.wet (opperbevel bij brand) dat integraal is overgenomen in artikel 4 Wet veiligheidsregio's en tot overheveling in 2010 een bevelsbevoegdheid voor de burgemeester bevatte. Deze bevelsmogelijkheid is ontstaan als een specifieke bepaling ter handhaving van de openbare orde bij brand; tegenwoordig rekent men de bevoegdheid veeleer tot het rampenrecht. Er bestaat in de doctrine weinig aandacht voor de ontwikkeling en de precieze inhoud van artikel 173 Gem.wet-oud. Om deze reden heb ik ervoor gekozen om deze bevoegdheid toch in dit onderzoek mee te nemen.

Wat wordt voor dit onderzoek verstaan onder de begrippen ‘onmiddellijke handhaving van de openbare orde’?<sup>727</sup> Het bijvoeglijk naamwoord *onmiddellijke* zegt iets over de specifieke hoedanigheid van ordehandhaving: Dit type ordehandhaving is incidenteel en direct van aard, weinig democratisch gelegitimeerd en zoals gezegd niet onverkort Awb-plichtig. *Niet-onmiddellijke (of reguliere) ordehandhaving* is bestuursrechtelijk handelen waarbij direct ingrijpen in beginsel niet noodzakelijk is. Dit type handelen is overwegend Awb-plichtig en ken-

---

<sup>727</sup> Zie §7.5.

merkt zich door een continue bestuursarbeid waaromtrent de burgemeester beleid vormt en uitvoert.

De term *openbare* ziet op alle ruimtes die voor publiek toegankelijk zijn (niet besloten): op openbare plaatsen als de straat en de weg en op voor publiek toegankelijke plaatsen als het café en het stadion. Ik versta onder de term *orde* een situatie van rust, een situatie waarin een verstorend effect afwezig is. Hierbij geldt het standpunt van de wetgever dat een ordeverstoring gepaard moet gaan met de schending van een rechtsnorm (rampen uitgezonderd).

De onmiddellijke ordebevoegdheden zijn alleen inzetbaar in een onmiddellijkheidssituatie. Er is sprake van een *onmiddellijkheidssituatie* als de orde in de publieke ruimte wordt verstoord door een concreet en actueel gevaar of door een concrete en actuele aantasting van de rechten van de ander. Niet elk gevaar of elke aantasting van andermans recht rechtvaardigt de inzet van een maatregel in de sfeer van de onmiddellijke ordehandhaving op basis van artikel 172, 174 of 175 Gem.wet.; het gevaar of de inbreuk op iemands recht moet van enige betekenis zijn. Dit is bijvoorbeeld niet mogelijk bij ‘simpele’ strafbare feiten als het stelen van een fiets op straat of het bekrassen van een auto. Er is in deze situatie weliswaar een directe aantasting van het eigendomsrecht van een ander, maar het ordeversturende effect van die handelingen staat niet in een redelijke verhouding tot het aanwenden van de zware bevoegdheden van de burgemeester; er zijn andere handhavingsinstrumenten geschikter.

Een onmiddellijkheidssituatie kan zich niet alleen acuut voordoen (groepen ordeverstoorders raken slaags met elkaar), maar kan ook op korte termijn dreigen plaats te vinden (een aantal dagen voor een evenement blijkt uit concrete informatie dat groepen ordeverstoorders rotzooi willen trappen). Structurele overlast in de publieke ruimte veroorzaakt door bijvoorbeeld drugshandel en prostitutie dient met structurele, democratisch gelegitimeerde middelen te worden bestreden.

Samengevat zijn er vijf voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voor de inzet van een onmiddellijke ordebevoegdheid in de context van dit onderzoek. De (dreigende) ordeverstoring moet:

1. plaatsvinden in de publieke ruimte;
2. bestaan uit gevaar of de aantasting van andermans recht;
3. concreet en actueel zijn;
4. enige betekenis hebben;
5. gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm (wettelijke norm)\*.

\* Het standpunt van de wetgever geldt als uitgangspunt: een ordeverstoring moet gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm (rampen uitgezonderd). Dit onderzoek beperkt

zich echter tot situaties waarin een wettelijk voorschrift in het geding is, omdat artikel 5:23 Awb anders niet relevant is.

#### 10.2.2.2 *Rechtsontwikkeling (beantwoording deelvraag c)*

Er zijn drie ontwikkelingen in het openbare-orderecht die voor dit onderzoek van belang zijn: de overgang van het onderscheid in buitengewone en gewone omstandigheden naar het onderscheid in onmiddellijke en niet-onmiddellijke ordehandhaving, de koppeling van ordeverstoringen aan wettelijke normen en het proces van juridisering.<sup>728</sup>

Vóór het huidige onderscheid in onmiddellijke en niet-onmiddellijke (ofwel reguliere) handhaving van de openbare orde, deelde men de bevoegdheden van de burgemeester in in buitengewone en gewone ordebevoegdheden. Van 1851 tot 1992 bestaat het openbare-orderecht uit een samenstel van vier bevoegdheden, te weten de bevoegdheid om: 1) in een noodsituatie (oproerige beweging, samenscholing e.d.) een bevel uit te vaardigen, 2) in dezelfde situatie tijdelijk algemene voorschriften af te kondigen, 3) de bevoegdheid om de orde te handhaven in voor publiek openstaande gebouwen, bij voor publiek openstaande samenkomsten en bij openbare gemakkelikheden en 4) de bevoegdheid om het opperbevel te voeren bij brand. De eerste twee bevoegdheden beschouwt men als ‘buitengewone middelen’ en de laatste twee als middelen voor in ‘gewone’ omstandigheden.

De onderverdeling in buitengewone en gewone bevoegdheden wordt tot de jaren negentig van de vorige eeuw gehanteerd. De redenering luidt dat deze middelen dienovereenkomstig worden ingezet in buitengewone en gewone omstandigheden. Het onderscheid ontstaat doordat men de ordebevoegdheden destijds differentieerde aan de hand van het type sterke arm dat de burgemeester bijstond. Bij een oproerige beweging, samenscholing of ernstige ordeverstoring werd bijstand verleend door krijgsvolk – later de rijkspolitie. Als ordehandhaving daarentegen bestond uit het houden van toezicht op voor publiek openstaande gebouwen en samenkomsten e.d. of het hebben van het opperbevel bij brand, stond de burgemeester de gemeentepolitie en de plaatselijke brandweer ter beschikking.

Het onderscheid heeft lange tijd belangrijke procesrechtelijke gevolgen gekend. Onder de Wet beroep administratieve beschikkingen en de Wet administratieve overheidsbeschikkingen was het in bepaalde buitengewone omstandigheden niet mogelijk om in beroep te gaan bij het bestuur (Kroonberoep) en later bij de bestuursrechter. Dit was het geval bij beschikkingen die het bestuur nam in tijden van oorlog, watersnood, (dreigende) rampen of dringend (drei-

---

<sup>728</sup> Zie §5.4, §6.4, §7.2.4, §7.3.3, §7.5, §9.3.1.

gend) gevaar. De reden voor deze regeling lag in de uitzonderlijke aard van de beschikkingen door de omstandigheden waaronder zij worden gegeven.

In de aanloop naar de Gemeentewet van 1992 blijkt dat het oude onderscheid gedateerd is en niet langer bruikbaar. Wanneer sprake is van ‘gewone’ of ‘buitengewone’ omstandigheden is verre van duidelijk. Het onderscheid in onmiddellijke en reguliere (niet-onmiddellijke) ordehandhaving verdient vanwege de grote systematische voordelen de voorkeur. Zo doet de nieuwe onderverdeling recht aan de aard van de bevoegdheden, de wetsystematiek in hoofdstuk XI van de Gemeentewet en de competentieverdeling tussen zowel burgemeester en college van b en w als tussen burgemeester en officier van justitie. Alleen de burgemeester als eenhoofdig bestuursorgaan en zijn aan hem ondergeschikte politieambtenaren kunnen onmiddellijk optreden bij een (dreigende) concrete en actuele ordeverstoring. Het doel is het herstellen van de orde in publieke ruimtes. De officier van justitie handelt strafrechtelijk – binnen of buiten – zodra een strafbaar gesteld feit voorkomen of beëindigd dient te worden. Zijn handelen kent ruimere doelstellingen (leedtoevoeging, algemene en speciale preventie en reparatie), bestaat uit ingrijpen achteraf en is gericht op individuele daders waarbij aan de officier van justitie pas sinds de Voetbalwet een beperkte originele bevelsbevoegdheid toekomt (zie artikel 509hh Sv).

Een belangrijke tweede ontwikkeling in het openbare-orderecht is dat een verstoring van de openbare orde tegenwoordig bijna altijd gepaard gaat met de schending van een wettelijk voorschrift. Dit is lange tijd anders geweest. De voorlopers van de huidige onmiddellijke ordebepalingen gaven de burgemeester de mogelijkheid om bevelen uit te vaardigen en het krijgsvolk – later de politie – de mogelijkheid om fysieke dwang uit te oefenen in geval van een ordeverstoring. De enige voorwaarden die de wetgever destijds stelden, was dat de burgemeester het optreden ter handhaving van de openbare orde nodig achtte en dat men waarschuwde voordat geweldsmaatregelen werden ingezet. De feitelijke situatie (het verstorende effect) was voldoende om te kunnen optreden.

In de jaren negentig van de vorige eeuw wil de wetgever de handhaving van de openbare orde nadrukkelijk koppelen aan het handhaven van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde (artikel 172 lid 2 Gem.wet). De praktijk vreest echter voor te weinig spankracht zodat de wetgever in het derde lid van artikel 172 Gem.wet tevens een ordebevoegdheid creëert voor situaties waarin geen wettelijke norm gevonden kan worden. De bevelsbevoegdheid in lid 3 wordt tegenwoordig opvallend vaak gebruikt. Dit is vreemd, aangezien de wetgever vandaag de dag bijna alle ordeverstoringende gedragingen bij wet heeft verboden; op lokaal niveau zijn diverse voorschriften te vinden zoals het verbod ‘om bij een evenement de orde te verstoren’ of het verbod ‘om op een openbare plaats door uitdagend gedrag aanleiding te geven tot ongeregelde heden’. Ook in allerlei bijzondere wetten wordt ordeverstoringend gedrag

strafbaar gesteld. Duidelijk is dat het recht zich zodanig heeft ontwikkeld dat de koppeling aan een wettelijke norm geen probleem hoeft te zijn.

De derde ontwikkeling die ik bespreek, vormt de aanleiding voor dit onderzoek, namelijk de juridiseringstrend ingezet door burgemeesters en rechters bij het op onmiddellijke wijze handhaven van de openbare orde. Deze trend houdt in dat bevelen in dit kader op schrift worden gesteld (in §10.4 vel ik hier een eindoordeel over). Net als de last bij bestuursdwang heeft het bevel zich daarmee ontwikkeld tot een besluit in de zin van de Awb. Het gevolg daarvan is dat burgemeesters zich in allerlei bochten wringen om aan de eisen te voldoen die bij een regulier Awb-besluit van toepassing zijn.

Het optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde in de context van dit onderzoek bestaat uit bevelen door de burgemeester en fysiek handelen namens hem door de politie. Burgemeesterlijke bevelen met een normstellend karakter vallen onder het begrip rechtshandeling; het ontstaan van een rechtsgevolg wordt beoogd, te weten de plicht om te voldoen aan de norm die met het bevel is gecreëerd (variërend van de plicht om door te lopen tot het vertrekkend uit een gebied en terug te keren naar het station). Een normstellend bevel op grond van een onmiddellijke ordebevoegdheid in de Gemeentewet dat *mondeling* wordt afgekondigd – waar de wetgever aan denkt gezien artikel 5:23 Awb – valt echter niet onder het begrip ‘besluit’ in de zin van de Awb gezien het schriftelijkheidsvereiste.

Bij de bestuursdwangfiguur is volgens de theorie sprake van feitelijk handelen, terwijl de wetgever bestuursdwang als een rechtshandeling classificeert. Een tegengestelde beweging vindt plaats bij de onmiddellijke ordebevelen met een normstellend karakter: hoewel er na dergelijke bevelen een rechtsgevolg ontstaat voor de normadressant, behandelt de wetgever optreden ter onmiddellijke ordehandhaving als ware sprake van feitelijk handelen. De vrijstelling voor het schriftelijkheidsvereiste heeft immers tot gevolg dat men alle eisen die gelden in geval van een Awb-besluit, niet onverkort toepasselijk acht bij onmiddellijke ordehandhaving.

In tegenstelling tot bij de bestuursdwangfiguur bestaat er over de precieze classificatie van het optreden ter onmiddellijke ordehandhaving lange tijd geen discussie. Tot de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw, behandelt men dit optreden als ware sprake van feitelijk handelen. De strafrechter biedt in deze periode rechtsbescherming – voor zover men in deze context over ‘rechtsbescherming’ kan spreken – nadat het openbaar ministerie overging tot vervolging. En de civiele rechter vormt een optie als er bij de uitoefening van de ordebevoegdheden schade is ontstaan.

Onder de Wet Arob beschouwt de wetgever een bevel afkomstig van de burgemeester ter handhaving van de openbare orde als een beschikking. Echter, men acht slechts beschikkingen gegeven in rustigere tijden appellabel. Dit volgt



uit artikel 5 onder h en i Wet Arob dat bepaalt dat er geen voorziening openstaat tegen beschikkingen die verplichtingen opleggen in buitengewone omstandigheden zoals oorlog(sgevaar), watersnood of andere (dreigende) rampen of dringend of dreigend gevaar. De voorloper van artikel 175 Gem.wet – het burgemeesterlijk noodbevel – geldt in die tijd als een buitengewoon middel (artikel 219 gemeentewet-oud).

Hoewel het noodbevel tot de komst van de Awb in 1994 heeft te gelden als een publiekrechtelijke rechtshandeling, kan de burger daartegen niet ageren via het Kroonberoep en beroep bij de bestuursrechter. De reden van deze uitsluiting is volgens de wetgever dat de omstandigheden waaronder noodbevelen worden gegeven, uitzonderlijk van aard zijn. In de literatuur meent men dat de noodsituatie rechtvaardigt dat de burgemeester in beginsel niet aan de eisen voldoet die in normale omstandigheden aan goed en behoorlijk bestuur gesteld worden. Steenbeek en Stroink vragen zich af waarom het niet mogelijk is om de executie van dergelijke noodbeschikkingen te verzekeren en toch een beroepsmogelijkheid in te stellen.

In het Awb-tijdperk ontstaat er een ondoorzichtige situatie, omdat de wetgever de classificatie van het handelen ter onmiddellijke ordehandhaving in het midden laat. De uitzonderingsgrond voor buitengewone omstandigheden uit de Wet Arob wordt overgenomen (zie artikel 8:4 sub b Awb), maar men kent hieraan een andere betekenis toe: Geen beroep is mogelijk tegen een besluit genomen op basis van een bevoegdheid in buitengewone omstandigheden waaronder slechts bepalingen vallen waar de term buitengewone omstandigheden expliciet in is opgenomen. De noodbevoegdheden van de burgemeester vallen hierdoor niet langer onder de uitzondering. Het huidige artikel 8:4 Awb staat rechterlijke toetsing door de bestuursrechter van een noodbevel dan ook niet in de weg.

Een bepaling die rechterlijke toetsing van onmiddellijke ordehandhaving bij de bestuursrechter wel in de weg kan staan, is artikel 5:23 Awb. Bij het optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde acht de wetgever de bestuursdwangregeling nadrukkelijk niet van toepassing; het opmaken van een schriftelijk besluit zou niet mogelijk of niet gebruikelijk zijn. Net als onder de Wet Arob koppelt de wetgever deze onmogelijkheid of onwenselijkheid aan de aard van de bevoegdheid en de omstandigheden waarin de burgemeester tot zijn beslissing komt.

Als een burger wil ageren tegen een dergelijk bevel of na fysiek handelen dat onder verantwoordelijkheid van de burgemeester heeft plaatsgevonden, is rechtsbescherming in theorie alleen mogelijk door de burgerlijke rechter en door de strafrechter als hij wordt vervolgd. Het is de vraag of deze rechtsbeschermingsopties afdoende zijn. Een rechtszaak bij de burgerlijke rechter kent een hogere drempel mede door de hogere kosten (griffie en verplichte vertegenwoordiging door advocaat) dan bij de bestuursrechter en de civiele rechter is

gespecialiseerd in het beslechten van private conflicten. Een strafrechtelijke beoordeling is afhankelijk van het OM dat over moet gaan tot vervolging. Opgemerkt kan worden dat de burgemeester politiek gezien voor al zijn handelen verantwoording is verschuldigd aan de gemeenteraad en dat de Nationale ombudsman zich na een klacht op verzoek kan uitlaten over gedragingen van bestuursorganen.

De neiging om een onmiddellijk ordebevel te juridiseren heeft tot gevolg dat de bestuursrechter zich in toenemende mate buigt over beslissingen van burgemeesters die zij in bijzondere situaties nemen. Op deze wijze wordt de burger rechtsbescherming geboden – hoofdzakelijk achteraf – tegen eventueel onrechtmatig handelen van de burgemeester. Het belang van de burger kan liggen in een ongerechtvaardigde inbreuk op zijn grondrechten (bijvoorbeeld door een te ruime gebiedsontzegging), in de toekenning van een vergoeding voor de schade die hij lijdt als gevolg van het onrechtmatig besluit of bij vrijspraak als hij strafrechtelijk vervolgd zou worden voor niet-naleving van een ambtelijk bevel ex 184 Sr. Zie verder §10.4.

### 10.3 Vergelijking (beantwoording deelvraag d)

Het doel van artikel 5:23 is het verzekeren van daadkrachtig en snel ingrijpen door veilig te stellen dat burgemeesters en politieambtenaren niet aan de vereisten uit de bestuursdwangregeling hoeven te voldoen bij het voorkomen of beëindigen van (grootschalige) ordeverstoringen. Er kan immers worden verdedigd dat het optreden ter onmiddellijke ordehandhaving waarbij een wettelijk voorschrift wordt geschonden, onder de bestuursdwangdefinitie valt. De wetgever wilde op dit punt echter geen onzekerheid laten bestaan en heeft daarom onmiddellijke ordehandhaving in artikel 5:23 Awb uitgezonderd. Een verschil in rechtsregime tussen de beide soorten handhaving werd wenselijk geacht.

In dit deel worden de belangrijkste verschillen en overeenkomsten geïnventariseerd tussen de last onder bestuursdwang en de onmiddellijke ordebevoegdheden. Bij het onderdeel bestuursdwang gaat het veelal om preventieve en (super)spoedbestuursdwang.

Voor elk punt van onderstaande vergelijking geldt de vraag: maakt het voor de burgemeester en voor burgers uit van welk middel er gebruik wordt gemaakt? In §10.3.1 vergelijk ik de bevoegdheid en het moment waarop de burgemeester tot bestuursdwang of onmiddellijke ordehandhaving kan overgaan; welke verschillen bestaan er in de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voordat hij deze bevoegdheden mag inzetten? In §10.3.2 ga ik in op de vorm van het handelen door aandacht te besteden aan de daadwerkelijke verschijningsvorm en de classificatie daarvan. Vervolgens kijk ik in §10.3.3 naar de uitvoering: wie be-

slist in de praktijk tot bestuursdwang of tot onmiddellijke ordehandhaving en wie voert deze beslissing feitelijk uit? In §10.3.4 vergelijk ik de eisen die gesteld worden aan het nemen van de beslissing en het fysieke optreden. Het laatste punt in §10.3.5 betreft de mogelijkheid van kostenverhaal (hier ga ik eveneens in §10.5 op in). Aan het einde van de vergelijking zijn de resultaten in een tabel samengevat (zie §10.3.6). Resumerend vindt de interne rechtsvergelijking plaats aan de hand van de volgende onderwerpen:

- bevoegdheid en moment van handelen;
- vorm van handelen;
- uitvoering van handelen;
- normering van handelen;
- kosten.

Voor de belangrijkste verschillen in rechtsbescherming verwijs ik naar de paragrafen hiervoor waarin in vogelvlucht de belangrijkste rechtsontwikkelingen van bestuursdwang en onmiddellijke ordehandhaving zijn beschreven (zie §10.2.1 en §10.2.2.2).

### **10.3.1 Bevoegdheid en moment van handelen**

In deze paragraaf wordt de bevoegdheid en het moment vergeleken waarop de burgemeester tot bestuursdwang resp. onmiddellijke ordehandhaving over mag gaan. Wat zijn in beide gevallen de voorwaarden voor de inzet van de betrokken bevoegdheden? Bij beide typen handhaving kijk ik naar grondslag, aanleiding, plaats, normadressant en doel.

#### *10.3.1.1 Grondslag*

##### **Bestuursdwang**

Het legaliteitsbeginsel eist dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bij of krachtens de wet is verleend (artikel 5:4 lid 1 Awb). De wetgever dient zo specifiek mogelijk aan te geven of een bestuursorgaan een herstelsanctie mag opleggen en welke gedragsnormen het hiermee handhaaft; burgers moeten zowel uit de wet kunnen afleiden wat verboden is (de gedragsnorm), als met welke sancties overtreding van het verbod wordt bedreigd (de bevoegdheidsnorm).

De burgemeester komt vandaag de dag een bestuursdwangbevoegdheid toe op basis van ofwel één specifieke wettelijke grondslag (bijv. artikel 13b Opiumwet, artikel 22 Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgeleg-

heden en artikel 34 lid 4 Wet op de publieke gezondheid) ofwel op grond van zijn algemene bestuursdwangbevoegdheid in artikel 125 lid 3 Gem.wet in combinatie met een uitvoeringsbevoegdheid uit een bijzondere wet. Het laatste houdt in dat hij tot het opleggen van een last onder bestuursdwang bevoegd is indien dit strekt tot handhaving van regels die hij uitvoert.

De wetgever is echter bij de uitwerking van uitvoeringsbevoegdheden niet consistent te werk gegaan: Soms bestaat er een expliciete uitvoeringsbevoegdheid, maar vaker wordt op basis van de formulering afgeleid dat de burgemeester bepaalde regels dient uit te voeren. Een uitvoeringsbevoegdheid is bijvoorbeeld te vinden in artikel 30b Wet op de kansspelen of artikel 74 Gezondheids- en welzijnswet voor dieren. Verder is de burgemeester op grond van artikel 174 eerste lid Gem.wet kort gezegd belast met het toezicht op openbare samenkomsten en voor het publiek openstaande gebouwen. Voor zover een verordening een onderwerp regelt dat onder dit toezicht valt, is hij exclusief belast met de uitvoering daarvan (artikel 174 lid 3 Gem.wet). Zie §3.2.3 en §7.3.2.1 .

### **Onmiddellijke ordehandhaving**

Bij dit type handhaving bestaat het overheidsoptreden uit dwingende bestuurs-handelingen: een onmiddellijk ordebevel en/of direct fysiek ingrijpen (het onmiddellijk ordebesluit komt in §10.4 aan bod). Het gaat om preventief en repressief handelen in een situatie waarin sprake is van een concrete ordeverstoring of waarin er concrete aanwijzingen bestaan van een dreiging daartoe. Het doel van onmiddellijke ordehandhaving is het herstel van het gewenste niveau aan orde en rust – er is dus niet sprake van een sanctie (zie ook §10.3.1.5 ).

Een algemene wettelijke grondslag voor het handhaven van de openbare orde is te vinden in artikel 172 lid 1 Gem.wet. Een specifieke uitvoeringsbevoegdheid voor de onmiddellijke handhaving ontbreekt. Dat de burgemeester bij uitsluiting van andere organen hiertoe bevoegd is, blijkt uit de bepalingen zelf waarin de wetgever specifiek de burgemeester noemt (zie onmiddellijke ordebevoegdheden in de artikelen 172 lid 2 en 3, 174 lid 2, 175 Gem.wet en artikel 4 Wet veiligheidsregio's). Op basis van deze dwangbevoegdheden of bevelsbepalingen wordt er door of namens de burgemeester een bevel gegeven en interveniëren de politie en/of de brandweer. Zie §7.3.1 .

De onmiddellijke ordebevoegdheden in kwestie zijn ruim opgezet, vaag geformuleerd en soms misleidend. Uit de wetsartikelen blijkt niet of nauwelijks onder welke omstandigheden de burgemeester zijn bevoegdheden mag inzetten. Zo eist het derde lid van artikel 172 als omstandigheid slechts 'een verstoring van de openbare orde' en het eerste lid van artikel 175 Gem.wet slechts een 'ernstige wanordelijkheid'. Misleidend zijn bovendien de artikelen 172 lid 2 en artikel 174 lid 2 Gem.wet, aangezien bij lezing niet duidelijk is dat het specifiek

om bepalingen gaat die alleen inzetbaar zijn als sprake is van een verstoring van de openbare orde en onmiddellijke ingrijpen is vereist.

Het tweede lid van artikel 172 Gem.wet is ontstaan zodat de burgemeester aan zijn taak – in lid 1 – invulling zou kunnen geven. Met de gekozen bewoordingen wil de wetgever duidelijk maken dat naast een ordeverstoring effect sprake moet zijn van een overtreding van een wettelijk voorschrift. Men komt de burger hier tegemoet door de burgemeester geen vrij in te vullen bevoegdheid te verschaffen. Dat de formulering in het tweede lid van artikel 172 duidt op een onmiddellijkheidsinstrument, blijkt uit haar totstandkomingsgeschiedenis. Hoewel dit lid niet expliciet verwijst naar een bevelsbevoegdheid, maar slechts spreekt van ‘beletten of beëindigen’, blijkt uit niets dat dit slechts mogelijk is door fysiek handelen. Het is daarbij niet logisch om de naleving van een wettelijk voorschrift daadwerkelijk fysiek af te dwingen zonder daarbij eveneens op de norm in kwestie te wijzen. De burgemeester dus kan op basis van artikel 172 lid 2 Gem.wet ook bevelen geven, mits die bevelen geen nieuwe verplichtingen in het leven roepen. Zie §7.2.2 en §8.4.

Artikel 174 lid 2 spreekt van ‘toezicht’ en ‘bevelen met het oog op de bescherming van veiligheid en gezondheid’. De bondig geformuleerde voorloper van artikel 174 Gem.wet verwees naar de ‘handhaving der openbare orde en verordeningen daaromtrent’ op bepaalde voor publieke toegankelijke plaatsen. De bevelsbevoegdheid in het tweede lid werd slechts in doctrine en jurisprudentie aangenomen. Leidend is nog steeds de uitspraak *Sociëteit Gouda* waarin de Afdeling de sluiting van een sociëteit door de burgemeester mogelijk acht in geval van een concrete en actuele (dreigende) ordeverstoring. De wetgever voegde hier later aan toe dat de (dreigende) ordeverstoring betrekking moet hebben op de veiligheid of gezondheid van burgers. De doelcriteria ‘veiligheid en gezondheid’ zijn echter niet goed doordacht. De bescherming van de gezondheid of veiligheid van burgers ligt in ordehandhaving besloten, aangezien sprake is van een verstoring van de openbare orde indien burgers niet langer in vrijheid en *veiligheid* de publieke ruimte kunnen gebruiken overeenkomstig haar bestemming. Zie §5.3.5.2 en §8.7.

### 10.3.1.2 *Aanleiding*

#### **Bestuursdwang: overtreding**

Voor bestuursdwang geldt dat sprake dient te zijn van een overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift (artikel 5:1 lid 1 jo. 5:2 lid 1 onder b jo. 5:4 lid 2 jo. 5:21 Awb). Zie §3.4.1.

In vergelijking met onmiddellijke ordehandhaving moeten we vaststellen dat de burgemeester geen bestuursdwangbevoegdheid toekomt als het gaat om

overtreding van voorschriften uit het Burgerlijk Wetboek of delicten uit het Wetboek van Strafrecht. Er is immers geen bepaling aan te wijzen op grond waarvan hij verantwoordelijk is voor de naleving van deze wettelijke voorschriften. Het is niet mogelijk om een dergelijke grondslag te lezen in het tweede lid van artikel 172 Gem.wet. Zoals in §8.4.2 reeds is uiteengezet, geldt deze bepaling als een instrument ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Voor de inzet hiervan is overtreding van een wettelijk voorschrift niet voldoende – zoals dat bij bestuursdwang wel het geval is – maar staat het (dreigende) ordeverstoringseffect in de openbare ruimte voorop.

### **Reguliere en (super)spoedbestuursdwang**

Een reguliere last onder bestuursdwang en (super)spoedbestuursdwang legt het bestuur van oudsher op in een situatie waarin een overtreding gaande is, de overtreding is beëindigd of de gevolgen daarvan nog voelbaar zijn. Het bestuur kan deze vormen van bestuursdwang eveneens inzetten ter voorkoming van recidive. Onder de derde tranche Awb beschouwde men bestuursdwang ter voorkoming van herhaling als preventief handelen. Bij het voorkomen van herhaling zijn overtredingen uit het verleden nodig en een reële vrees voor dezelfde overtreding in de toekomst onder dezelfde omstandigheden en door dezelfde overtreder. Zie §3.6.2.1, §3.6.4 en §10.3.6.

In een uitzonderingssituatie kan het bestuur gebruik maken van (super)spoedbestuursdwang (artikel 5:31 Awb). Dit houdt in dat men de begunstigingstermijn achterwege laat (lid 1) of zelfs direct overgaat tot fysiek ingrijpen en achteraf pas het besluit bekend maakt (lid 2). De aanleiding om deze bijzondere regeling aan te wenden moet bestaan uit de noodzaak om op korte termijn fysiek in te grijpen waarbij die noodzaak is veroorzaakt door de illegale situatie zelf en niet door talmend bestuurshandelen. In sommige gevallen speelt bij de keuze voor deze bestuursdwangvorm de onbekendheid van de overtreder of de onmogelijkheid van bekendmaking mee. Zie §3.5.

### **Preventieve bestuursdwang**

Preventieve bestuursdwang is mogelijk als het gevaar van een eerste overtreding klaarblijkelijk dreigt (artikel 5:7 Awb). In deze situatie heeft de overtreding strikt genomen nog geen aanvang genomen. Om te voldoen aan het klaarblijkelijkheids criterium moet sprake zijn van een voorbereidingshandeling of een aankondiging van de potentiële overtreder. Het begrip voorbereidingshandeling hanteer ik naar analogie met het strafrecht: het opzettelijk verwerven, vervaardigen, voorhanden hebben e.d. van een voorwerp, een stof, een informatiedrager, een ruimte of een vervoermiddel met het doel het overtreden van wettelijk voorschrift (vgl. artikel 46 lid 1 Sr). Het bestuur kan ook overgaan tot preventieve bestuursdwang in die gevallen waarin reguliere bestuursdwang ter voorkoming

van recidive niet meer mogelijk is (denk bijvoorbeeld aan een te groot tijdsverloop tussen de oude en te verwachten overtreding). Uiteraard geldt hierbij eveneens het klaarlijkheids criterium. Zie §3.6.2.3 .

Doorgaans betreft preventieve bestuursdwang een aanschrijving, maar in uitzonderlijke gevallen is ook preventief fysiek ingrijpen mogelijk. De aanleiding dient in dat geval een acute gevaarzettingsituatie te zijn waarin ernstige schade dreigt of waarin bestuursdwang niet meer of slechts met zeer grote inspanningen mogelijk is (bijvoorbeeld als een illegaal gevaarzettend evenement op het punt staat aanvang te nemen). Als de mogelijke gevolgen van de overtreding niet ernstig zijn, kan het bestuur het begin van de overtreding afwachten en vervolgens het 'lichtere' middel van spoedbestuursdwang inzetten. Op deze wijze ontstaat er minder samenloop tussen de verschillende vormen van bestuursdwang en wordt er recht gedaan aan het verschil in aard tussen de preventieve aanzegging en het preventief effectueren. Zie §3.6.

### **Onmiddellijke ordehandhaving: situatiecriterium**

Voor de inzet van een onmiddellijke ordebevoegdheid is – in tegenstelling tot bij bestuursdwang – slechts de aanwezigheid of dreiging van een overtreding onvoldoende. Er moet sprake zijn van een zodanig dreigende of daadwerkelijke verstoring van de openbare orde dat die kwalificeert als een 'onmiddellijkheids-situatie' (zie ook §7.4.1.6 , §7.4.2.3 en §8.2.1 ). Dit is het geval als de orde in de publieke ruimte wordt verstoord door een concreet en actueel gevaar of door een concrete en actuele aantasting van de rechten van de ander. Het gevaar of de inbreuk op iemands recht moet van enige betekenis zijn om de inzet van de zware onmiddellijke ordebevoegdheden van de burgemeester te rechtvaardigen en gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm. Een onmiddellijkheids-situatie kan zich acuut voordoen of op korte termijn dreigen plaats te vinden. Structurele overlast in de publieke ruimte dient met structurele, democratisch gelegiti-meerde middelen te worden bestreden.

Samengevat dient een onmiddellijkheids-situatie aan de volgende vijf elementen te voldoen. De (dreigende) ordeverstoring moet:

- 1) plaatsvinden in de publieke ruimte;
- 2) bestaan uit gevaar of de aantasting van andermans recht;
- 3) concreet en actueel zijn;
- 4) enige betekenis hebben;
- 5) gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm (wettelijke norm)\*.

\* Het standpunt van de wetgever geldt als uitgangspunt: een ordeverstoring moet gepaard gaan met de schending van een rechtsnorm (rampen uitgezonderd). Dit onderzoek beperkt

zich echter tot situaties waarin een wettelijk voorschrift in het geding is, omdat artikel 5:23 Awb anders niet relevant is.

Er zijn bij onmiddellijke ordehandhaving andere juridische normen in het geding dan bij bestuursdwang. Bij vrijwel alle ordeverstoringen is sprake van overtreding van een voorschrift uit het Wetboek van Strafrecht of overtreding van bijzondere wetgeving zoals de Opiumwet of de Wet wapens en munitie. In sommige gevallen wordt de ordeverstoring veroorzaakt door onrechtmatige hinder of gevaarzetting in de zin van het Burgerlijk Wetboek. Zie §7.4.2 .

Het ontbreekt de burgemeester aan een expliciete grondslag om deze voorschriften te handhaven met een last onder bestuursdwang. Bij onmiddellijke ordehandhaving kunnen normen uit de bovengenoemde wetten wél worden gehandhaafd, ook al is dit niet het doel. Het doel is immers om de openbare orde te herstellen en daarmee voor rust te zorgen, het handhaven van de juridische normen moet men zien als een soort van bijvangst. Het is aan de officier van justitie om te zorgen voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (artikel 13 Pol.wet). Zie §7.3.2.2 .

De aanleiding voor de inzet van een onmiddellijke ordebevoegdheid is meestal dat de burgemeester op een eerder moment maatregelen kan treffen dan bij bestuursdwang. Dit is het geval als er slechts een concrete en actuele ordeverstoring van enige betekenis *dreigt*, terwijl men geen voorbereidingshandeling of een concrete aankondiging kan constateren. Het verschil tussen beide fases is flinterdun en heeft te maken met de bekendheid en concreetheid van de gedragingen die (zullen) plaatsvinden. Hierbij is het niet makkelijk om onder woorden te brengen waar de (dreigende) ordeverstoring en de mate van onrust precies uit bestaat; deze is in elk geval voelbaar aanwezig.

Het volgende voorbeeld illustreert het verschil. Enige tijd voor een voetbalwedstrijd wordt bekend dat hooligans naar de stad zullen vertrekken waar de match wordt gehouden zonder dat er concrete uitlatingen zijn gedaan over het doel van deze reis. De dreiging van een concrete en actuele ordeverstoring van enige betekenis is aannemelijk gezien eerdere ongeregelde heden, de onderlinge verstandhouding tussen de supporters van beide clubs, het afreizen naar de wedstrijd terwijl een stadionverbod is opgelegd of baldadig gedrag tijdens de reis. De burgemeester kan de reischoppers in deze situatie onder meer bevelen terug te keren naar de trein of zich niet te vertonen in de omgeving van het voetbalstadion op basis van artikel 172 lid 3 of 175 Gem.wet (afhankelijk van de grootte van de groep). Hij kan ook horeca-inrichtingen rondom het stadion verbieden alcohol te schenken op grond van artikel 174 lid 2 Gem.wet.

Pas als er duidelijke informatie bestaat over het voornemen van de supporters of als er voorbereidingshandelingen plaatsvinden, is sprake van méér dan een dreiging; het gevaar voor overtreding (openbare geweldpleging, vernieling,



straatschenderij) dreigt klaarblijkelijk zodat in theorie een preventieve last bestuursdwang mogelijk is.

Overige voorbeelden waarin de burgemeester een dreigende ordeverstoring aan mag nemen zonder dat sprake hoeft te zijn van klaarblijkelijk gevaar voor een overtreding, zijn: een plots oprukkende menigte die reageert na een bepaald voorval (dood van een lid van hun gemeenschap, moord op een populaire politicus, een gemeenteraadslid dat zich voor of tegen een zaak heeft uitgesproken, ontmaskering van een pedofiel in de buurt e.d.) of een evenement waarbij aanwijzingen bestaan dat meer personen zullen participeren dan is toegestaan.

### 10.3.1.3 Plaats

#### **Bestuursdwang**

Voor het executeren van een last onder bestuursdwang in welke vorm dan ook, is het niet relevant waar de overtreding zich voordoet. Op basis van artikel 5:27 lid 1 Awb heeft het bestuur toegang tot *elke plaats* voor zover dat redelijkerwijs nodig is ter vervulling van zijn taak. Als het om bestuursdwang gaat, biedt de Awb hiermee dus ook een formele basis om fysiek in te kunnen grijpen in de niet-publieke ruimte (in woningen of bedrijven) en daarmee het huisrecht te schenden. Mocht een bewoner geen toestemming geven, dan is het binnentreden mogelijk door het afgeven van een schriftelijke machtiging in de zin van de AWBi (zie artikel 5:27 lid 2 Awb). Het bestuur kan eveneens een plaats betreden die niet bij de overtreding betrokken is, door middel van een schriftelijke aanzegging minimaal achtenveertig uur van te voren (5:27 lid 3 t/m lid 5 Awb). Zie §3.4.3.1 .

#### **Onmiddellijke ordehandhaving**

De burgemeester kan zijn onmiddellijke ordebevoegdheden in beginsel slechts inzetten in de publieke ruimte. Inbreuk op het grondwettelijk beschermde huisrecht is zonder een specifieke grondslag in een wet in formele zin niet mogelijk.

In geval van brand mag de burgemeester een woning onverwijld in bezit laten nemen met het doel de brand te stuiten op basis van artikel 4 Wet veiligheidsregio's jo artikel 14 Gw jo. artikel 73 Ontheffingswet. Op basis van artikel 62 Wet veiligheidsregio's is o.a. de burgemeester bevoegd om elke plaats te betreden, dus ook woningen, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is en zo nodig met behulp van de sterke arm. Als sprake is van het voorkomen of bestrijden van ernstig en onmiddellijk gevaar dan is hiervoor geen schriftelijke machtiging vereist in de zin van AWBi. Zie §8.6.

De stand van het recht rondom het maken van een inbreuk op het huisrecht en het recht van privacy bij ontruiming is niet helder. Men nam aan dat een dergelijke inbreuk in een noodsituatie (vgl. omstandigheden ten tijde van de

kraak van het pand de Lucky Luijk) op basis van artikel 175 Gem.wet was toegestaan. Het is de vraag of dit wetsartikel afdoende is voor het maken van een gerechtvaardigde beperking. Ingevolge de *McCann*-jurisprudentie moet er bij een ontruiming effectieve rechtsbescherming worden geboden; degene die uit zijn huis wordt gezet dient ingevolge deze jurisprudentie in verband met artikel 8 EVRM de mogelijkheid te hebben om de proportionaliteit van de maatregel te laten toetsen door een onafhankelijke rechtsprekende instantie ('tribunal'). Zie §8.8.2.7.

#### 10.3.1.4 Normadressant

##### **Bestuursdwang**

Het bestuur kan een last onder bestuursdwang slechts opleggen en effectueren ten aanzien van een overtreder. De overtreder is de (rechts)persoon die de bestuursrechtelijke overtreding zelf fysiek pleegde dan wel medepleegde en/of de functioneel dader (zie artikel 5:1 Awb). De wetgever beschouwt als overtreder in eerste instantie diegene die zelf daadwerkelijk in strijd met het recht handelt: de feitelijke overtreder (adressant van de geschonden norm). Bij medeplegen moet sprake zijn van een gelijkwaardige bijdrage aan de overtreding hetgeen blijkt uit een bewuste samenwerking en een gezamenlijke uitvoering. Het functioneel daderschap houdt in dat onder bepaalde omstandigheden een overtreder wordt aangesproken die niet zelf de verboden handeling verrichtte, maar die men verantwoordelijk acht voor het feit dat een ander de overtreding feitelijk beging. Hiervoor is doorslaggevend dat de handeling binnen de beschikkingsmacht van de functionele dader valt – bijvoorbeeld als hij juridisch verantwoordelijk is voor de gedraging – en hij de handeling heeft aanvaard of placht te aanvaarden. Zie §4.5.

Het is niet per se nodig dat de overtreder met naam en toenaam bekend is of dat deze over een bruikbaar adres beschikt. Voor het inwerkingtreden van een bestuursdwangbesluit is slechts constitutief vereist dat het is bekendgemaakt (artikel 3:40 Awb). Het bestuursdwangbesluit moet bekend worden gemaakt aan: de aanvrager, de rechthebbende van een zaak waarop bestuursdwang wordt geëffectueerd of de derdebelanghebbende die zijn zienswijze naar voren heeft gebracht (artikel 3:41 lid 1, 3:43 lid 1 en 5:24 lid 3 Awb). Bekendmaking is op gemeentelijk niveau niet alleen mogelijk door toezending of uitreiking aan de overtreder in persoon, maar bijvoorbeeld ook via een huis-aan-huisblad of door aanplakking ter plekke (3:41 en 3:42 lid 2 Awb). Indien de overtreder niet aan de last voldoet en het bestuur de kosten van het (laten) herstellen van de onrechtmatige situatie wil verhalen, is bekendheid met de overtreder wél een vereiste. Het bestuur kan immers anders de geldschuld niet invorderen. Zie §3.4.2.

De normadressant bij bestuursdwang kan, hoewel ongebruikelijk, ook bestaan uit een groep overtreders. Dit kan op twee manieren. In de eerste plaats is

dit mogelijk doordat elk individu in een groep personen zich schuldig maakt aan een overtreding; de handelingen van elk persoon afzonderlijk leidt tot de constatering dat er een wettelijk voorschrift is overtreden. Daarnaast is het denkbaar dat een groep personen samen een overtreding begaat zodat elk lid van de groep als medepleger wordt gezien. Elke medepleger moet een min of meer gelijkwaardige bijdrage aan de overtreding hebben geleverd als gevolg van een bewuste en nauwe samenwerking. Het is vooralsnog onduidelijk in hoeverre het bestuur in de aanzegging moet motiveren waarom deze persoon als overtreder wordt aangemerkt (dus wat zijn aandeel is geweest). Dit is anders als men de kosten van bestuursdwang wil verhalen. In de jurisprudentie en literatuur wordt aangenomen dat in het geval van meerdere overtreders sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid; hiervoor bestaat echter geen juridische basis (dit kan anders zijn wanneer het herstelsanctiebesluit aan alle overtreders bekend is gemaakt). Zie §4.5.3 .

### **Onmiddellijke ordehandhaving**

Een belangrijk verschil met bestuursdwang is dat aan de normadressant van een onmiddellijk ordebevel geen sanctie wordt opgelegd. Het gaat om een maatregel ter voorkoming van een verstoring van de openbare orde of een maatregel om de openbare orde te herstellen. Zodoende is de reikwijdte van een bevel ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde veel ruimer. Er wordt aangenomen dat de burgemeester zich hierbij namelijk niet hoeft te beperken tot de ordeverstoorder waartegen onmiddellijk optreden noodzakelijk is (tevens overtreder). Hij kan zijn bevelen op grond van artikel 172 lid 2 en 3, artikel 174 lid 2 en artikel 175 Gem.wet richten op een ieder. Een bevel kan gericht zijn op slechts één individu, maar ook op een groep personen zonder dat duidelijk hoeft te zijn wie welke bijdrage levert aan de (dreigende) ordeverstoring. Zie §8.5.2 , §8.7.2 en §8.8.2.1 .

Voor wat betreft de bevelsbevoegdheden in artikel 4 Wet veiligheidsregio's en 175 Gem.wet heeft de wetgever geen onderscheid gemaakt tussen openbare ordeverstoringen en rampsituaties. Het verstrekkende gevolg hiervan is dat de burgemeester deze bevelen tot een ieder mag richten zolang dit in het belang is van het herstellen van de orde in het openbaar en het voorkomen en beperken van gevaar. In deze categorie kan men denken aan de volgende soorten normadressanten: personen die toevallig aanwezig zijn, ramptoeristen, eigenaren of beheerders van een bedrijf of instelling, bewoners of omwonenden, ondergeschikte dan wel gelijkwaardige (bestuurs)organen. Zie §8.6.2 .

Bevelen van de burgemeester aan de politie of de brandweer vinden plaats op basis van zijn gezagsverhouding tot deze uitvoerende diensten. Deze juridische ondergeschiktheidsrelatie is neergelegd in artikel 12 Pol.wet jo. 172 lid 2 Gem.wet en artikel 4 Wet veiligheidsregio's. Zie §5.3.2.2 en §8.3.

### 10.3.1.5 *Doel van handelen*

#### **Bestuursdwang**

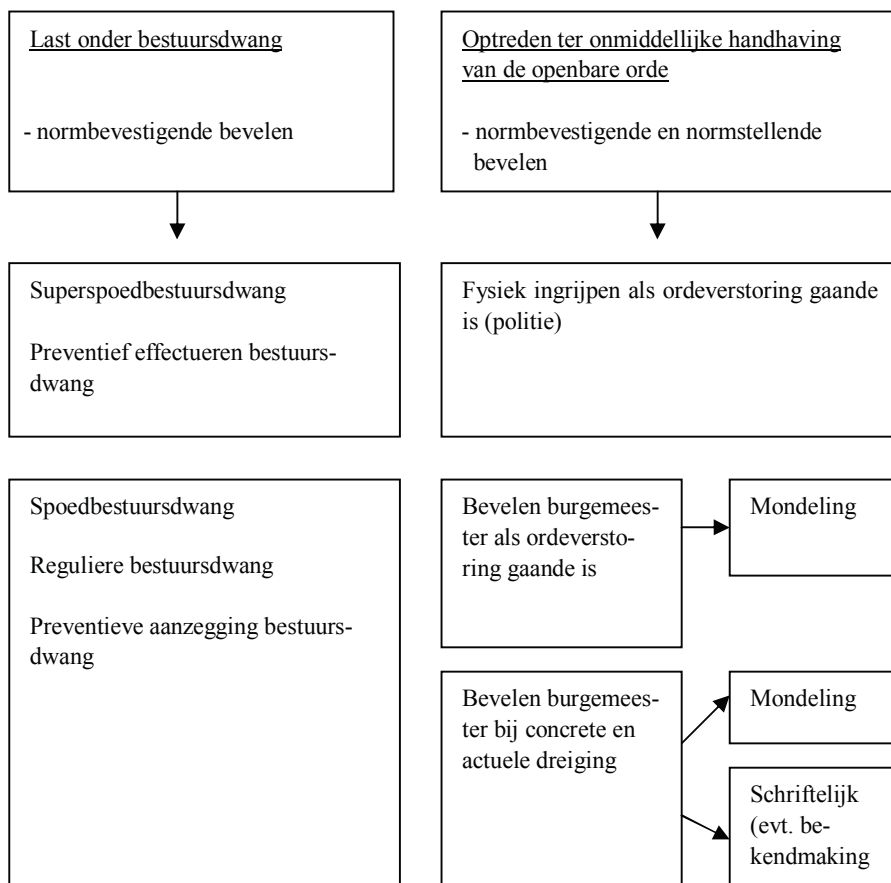
Het opleggen van een last onder bestuursdwang is een herstelsanctie die strekt tot het ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, het voorkomen van recidive of het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding (artikel 5:2 lid 1 onder b). Het doel van het handelen is eerst en vooral het (gedeeltelijk) bewerkstelligen en het herstellen van de rechtmatige situatie; de overtreder dient zich zoveel mogelijk aan zijn wettelijke verplichtingen te houden.

#### **Onmiddellijke ordehandhaving**

De inzet van een onmiddellijke ordebevoegdheid mag nergens anders op gericht zijn dan op het bewaren of het herstellen van de openbare orde. De wetgever denkt hierbij aan *rechts*regels die zorgen voor een bepaald niveau van orde en rust in het openbare leven. Bij vrijwel alle (dreigende) ordeverstoringen is er tegenwoordig sprake van de schending van een wettelijke norm. Het doel van de burgemeester is echter niet het uitpluizen welke ordeverstoorder welke overtreding begaat; het onmiddellijk wegnemen van de (dreigende) ordeversturende effecten staat voorop. Uiteindelijk ontstaat er een situatie overeenkomstig het recht, maar dat hoeft niet direct. Als het nodig is om publiek te weren uit een bepaald gebied, mag de burgemeester bijvoorbeeld dwingend een bepaalde route voorschrijven (waar men wellicht normaliter niet mag lopen). Het oogmerk van de preventieve of reparatoire maatregel mag daarbij in elk geval niet zijn het bestraffen van de ordeverstoorder. Deze eis vloeit voort uit het specialiteitsbeginsel en wordt ook wel aangeduid als het ‘doelcriterium’. Zie §7.4.2 en §8.2.2 .

### **10.3.2 Vorm van handelen**

In deze paragraaf vergelijk ik eerst de feitelijke verschijningsvorm (§10.3.2.1 ) van beide soorten handhaving en vervolgens de classificatie hiervan in de wereld van het recht (§10.3.2.2 ). Kwalificeert men het handelen als een ‘publiek-rechtelijke rechtshandeling’, in het bijzonder als een Awb-besluit of als een ‘feitelijke handeling’? Om het lezen te vergemakkelijken is onderstaande figuur alvast opgenomen.



Figuur 1: Beide handhavingstypen naast elkaar, gerangschikt naar handhaving waar het fysieke component voorop staat en handhaving door middel van een besluit.

### 10.3.2.1 Verschijningsvorm

#### Bestuursdwang

De verschijningsvorm van bestuursdwang hangt af van de keuze van het bestuur voor reguliere, (super)spoed of preventieve bestuursdwang. Zowel bij reguliere als bij de preventieve aanzegging bestuursdwang is sprake van een schriftelijke beslissing met de mogelijkheid tot fysiek optreden indien de (potentiële) overtreder niet aan de last voldoet. De last is niet meer dan een aanmaning om datgene te doen of na te laten waartoe de overtreder op grond van een wettelijk voorschrift al verplicht is; de last verwijst naar een bestaande verplichting en heeft daardoor een normbevestigend karakter ('U dient de serre af te breken want u had deze niet zonder vergunning mogen bouwen').

Bij spoedbestuursdwang ontbreekt de voorafgaande last en een begunstigingstermijn; men kan volstaan met een brief waarin bekend wordt gemaakt dat het bestuur heeft besloten over te gaan tot het uitoefenen van bestuursdwang en welke herstelmaatregelen men treft. Bij het preventief effectueren en bij superpoedbestuursdwang is er geen last die van te voren wordt gegeven, maar gaat het bestuur direct over tot actie. Met deze fysieke daad verwezenlijkt het bestuur zelf de verplichting waar de (potentiële) overtreder aan diende te voldoen. Achteraf wordt de beslissing hiertoe op schrift gesteld en bekendgemaakt. Zie §3.4.2, §3.5 en §3.6.

### **Onmiddellijke ordehandhaving**

Dit type handhaving kent van oudsher twee verschijningsvormen. Er is ofwel sprake van een bevel (of besluit) afgekondigd onder de verantwoordelijkheid van de burgemeester eventueel gevolgd door de fysieke handhaving daarvan, ofwel van fysiek optreden alleen. Het fysieke ingrijpen – al dan niet ter handhaving van een onmiddellijk ordebevel – vindt plaats door de politie of brandweer. Dit kan bijvoorbeeld bestaan uit: het daadwerkelijk verwijderd houden van relschoppers, het beletten of beëindigen van een rel door middel van beetpakken, verwijderen, vasthouden, in beslag nemen of het ontruimen en sluiten van een voor een publiek openstaand gebouw. Zie §8.3.2.

De bevelen die door of namens de burgemeester worden gegeven, kunnen een nieuwe norm in het leven roepen en/of slechts op een bestaande norm wijzen. De eerste mogelijkheid is het meest vergaand en onderscheidt ordehandhaving van optreden door middel van bestuursdwang. Bij een bevel met een normstellend karakter moet de normadressant zich aan een verplichting houden die eerder voor hem niet bestond. De verplichtingen die door middel van deze bevelen worden gecreëerd variëren in zwaarte. Vergelijk bijvoorbeeld het eenvoudige bevel om door te lopen met het bevel om zich van bepaald gebied verwijderd te houden en onmiddellijk terug te keren naar het station.

In veel gevallen wijst de burgemeester of politie bij een onmiddellijk ordebevel bovendien op bestaande normen die niet worden nageleefd. Het volgende bevel illustreert dit: ‘U verstoort de openbare orde door het gooien van voorwerpen en het scanderen van leuzen. U dient zich onmiddellijk te verwijderen van deze plek en terug te keren naar het station.’ Denk echter ook aan het gebod: ‘U dient op te houden met het gooien van voorwerpen.’ Als een ordeverstoorder door middel van een bevel wordt herinnerd aan een bestaande verplichting, heeft het (tevens) een normbevestigend karakter. Zie §7.2.4.

### 10.3.2.2 *Classificatie*

#### **Bestuursdwang**

Deze rechtsfiguur is ontstaan als een vorm van feitelijk handelen en zou dat zonder de gelijkstelling aan een Awb-besluit (of de huidige fictie) nog steeds zijn. In §10.2.1 heb ik de ontwikkeling van bestuursdwang uitgebreid samengevat.

Politie- of bestuursdwang werd in de negentiende eeuw beschouwd als het inherente recht om fysieke dwang uit te oefenen ter uitvoering van raadsverordeningen – en later alle wettelijke regels. Op spoedgevallen na, diende het bestuur vóór het fysieke ingrijpen schriftelijk te waarschuwen. Onder de Wet Arob kwalificeren rechters deze waarschuwing consequent als een beschikking. De wetgever gaat hierin mee en de wettelijke regelingen in de Gemeentewet en de Algemene wet bestuursrecht gaan eveneens uit van een besluit: een publiekrechtelijke rechtshandeling. Tegenwoordig spreken we van een last onder bestuursdwang.

De kritiek op het aanmerken van de schriftelijke bestuursdwangbeslissing als een besluit is dat deze handeling niet op enig rechtsgevolg is gericht; er wordt geen nieuwe verplichting gecreëerd maar slechts gewezen op bestaande normen die nageleefd moeten worden. Ook de overgenomen constructie van Snijders stuit op bezwaren. Zijn redenering is dat het rechtsgevolg bestaat uit de verplichting om fysiek optreden te dulden zodra het bestuur een schriftelijk besluit tot bestuursdwang neemt. Dit rechtsgevolg, het dulden, treedt echter alleen in als ook daadwerkelijk tot effectuering wordt overgegaan. Dat is pas in een situatie waarin de overtreder zelf niet aan de last voldoet. Onder vigore van de derde tranche bepaalde artikel 5:24 lid 1 Awb als tegemoetkoming expliciet dat de schriftelijke beslissing tot bestuursdwang een beschikking is. Deze zin is met inwerkingtreding van de vierde tranche verdwenen waarna de oude kritische geluiden opnieuw de kop opsteken. Inmiddels legt men zich in de doctrine neer bij de fictie omwille van de rechtsbeschermingsvoordelen. Zie §3.2.2 en §3.3.1.1.

#### **Onmiddellijke ordehandhaving:**

Het dwingende fysieke ingrijpen van de politie ter onmiddellijke ordehandhaving onder verantwoordelijkheid van de burgemeester behoort tot de categorie ‘feitelijke handelingen’. Men kan hierbij denken aan het beetpakken of terugdringen van een ordeverstoorder of het fysiek sluiten van een café.

Bij het beoordelen van de bevelen die door of namens de burgemeester worden gegeven, is het type gebod van belang. Volgens de theorie vallen bevelen met een normstellend karakter onder het begrip rechtshandeling; de burge-

meester beoogt het ontstaan van een rechtsgevolg, te weten de plicht voor de ordeverstoorder e.d. om te voldoen aan de norm die met het bevel is gecreëerd. Dat kan variëren van de plicht om door te lopen tot het vertrekken uit een gebied en terug te keren naar het station. Een normstellend bevel op grond van een onmiddellijke ordebevoegdheid in de Gemeentewet dat *mondeling* wordt gegeven – waar de wetgever aan denkt gezien artikel 5:23 Awb – valt echter niet onder het schriftelijkheidsvereiste van het begrip ‘besluit’ in de zin van de Awb gezien.

Er is bij bestuursdwang geconstateerd dat de classificatie niets hoeft te zeggen over de feitelijke verschijningsvorm: volgens de theorie is er sprake van feitelijk handelen, terwijl de wetgever bestuursdwang als een rechtshandeling classificeert. Bij onmiddellijke ordebevelen is een tegengestelde beweging te zien: De wetgever behandelt het optreden ter onmiddellijke ordehandhaving als ware alleen sprake van feitelijk handelen. In dit artikel 5:23 Awb acht men de bestuursdwangregeling bij optreden in dit kader nadrukkelijk niet van toepassing; het opmaken van een schriftelijk besluit zou niet mogelijk of niet gebruikelijk zijn waardoor ook aan de reguliere eisen die bij een Awb-besluit gelden voorbij kan worden gegaan. Deze onmogelijk- of onwenselijkheid koppelt de wetgever aan de aard van de bevoegdheid en de omstandigheden waarin de burgemeester tot zijn beslissing komt. Naast artikel 5:23 Awb vormt de tekst van de relevante ordebevoegdheden in de Gemeentewet een aanwijzing dat de wetgever onmiddellijke ordehandhaving niet wil behandelen als een besluit in de zin van de Awb. De bepalingen verwijzen niet naar de kwalificatie ‘besluit’, maar naar ‘bevelen’ waarbij de bestuursdwang nergens expliciet toepasselijk wordt geacht.

In §10.2.2.2 heb ik ontwikkeling van het optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde uitgebreid samengevat.

### 10.3.3 Uitvoering van handelen

In deze paragraaf besteed ik aandacht aan de relatie tussen de burgemeester en diegene die in de praktijk handelt: de persoon die feitelijk de beslissing neemt en de persoon van de feitelijke uitvoerder. Bij de feitelijke beslisser gaat het om de persoon die beslist om een last onder bestuursdwang op te leggen dan wel de persoon die tot de inzet van een onmiddellijke ordebevoegdheid beslist. De feitelijke uitvoerder is degene die daadwerkelijk bestuursdwang toepast of uitvoering geeft aan een onmiddellijk ordebevel. Als blijkt dat de bevoegdheid van de burgemeester op onrechtmatige of onjuiste wijze is uitgeoefend, is het niet mogelijk een overtreder of ordeverstoorder te vervolgen in verband met artikel 184 Sr. Er is dan immers geen sprake van een bevel of vordering ‘krachtens wettelijk voorschrift’ dan wel een handeling ‘ter uitvoering van enig wettelijk voorschrift’.



### 10.3.3.1 *De feitelijke beslisser*

#### **Bestuursdwang**

De burgemeester beslist tot de inzet van een last onder bestuursdwang ter uitvoering van regels waarvoor hij verantwoordelijk is. Denk bijvoorbeeld aan zijn verantwoordelijkheid voor het uitvoeren van verordeningen die zien op voor publiek openstaande plaatsen en evenementen (artikel 174 lid 1 en 3 Gem.wet). De norm of de verplichting bevindt zich in een APV-bepaling die de burgemeester handhaaft door middel van bestuursdwang. Het is niet mogelijk om de bevoegdheid om hiertoe te beslissen, te delegeren aan ondergeschikte gemeenteambtenaren of politieambtenaren in verband met artikel 10:14 Awb. Deze beslissbevoegdheid mag de burgemeester wel overdragen aan een bestuurscommissie, een deelraad of aan (de voorzitter van) het dagelijks bestuur van een gemeente (zie artikel 125 lid 4 jo. 178 lid 1 Gem.wet).

De burgemeester mag de beslissing tot het opleggen van een last onder bestuursdwang wel mandateren. Tussen de burgemeester en zijn gemeenteambtenaren wordt een ondergeschiktheidsrelatie verondersteld. Ondergeschiktheid houdt in dat de burgemeester zijn werkzaamheden laat uitvoeren waarbij hij aanwijzingen kan geven. Ten aanzien van gemeenteambtenaren beschikt hij over een algemene mandaatbevoegdheid. In de gemeente dienstdoende politieambtenaren mag hij mandateren op basis van artikel 177 lid 1 Gem.wet. Onder het begrip ‘machtigen’ in deze bepaling valt mandaatverlening (ten aanzien van besluiten), het geven van een volmacht en het machtigen tot het uitvoeren van feitelijke handelingen. Een ondergeschiktheidsrelatie tussen de burgemeester en het gemeentelijke brandweerpersoneel is op basis van artikel 4 Wet veiligheidsregio’s aannemelijk, hoewel een concrete bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen ontbreekt. Zie §3.4.4.1 .

#### **Onmiddellijke ordehandhaving**

Tussen de burgemeester en in de gemeente dienstdoende politieambtenaren bestaat een ondergeschiktheidsrelatie die blijkt uit artikel 12 Pol.wet jo. 177 lid 1 Gem.wet. Een dergelijke relatie tussen de burgemeester en het gemeentelijke brandweerpersoneel kan worden aangenomen op basis van zijn gezagsbevoegdheid in artikel 4 Wet veiligheidsregio’s; een concrete bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen ontbreekt echter (vgl. artikel 12 lid 2 Pol.wet). Met het begrip ‘gezag’ doelt de wetgever op de bestuurlijke leiding, aangezien de feitelijke leiding bij de operationele leider van de brandweer berust. De wetgever geeft aan dat de verantwoordelijkheid voor de taakuitvoering van de brandweer anaaloog is aan zijn verantwoordelijkheid voor het optreden van de politie in het kader van de handhaving van de openbare orde en de hulpverlening.

In de relatie burgemeester tot politie geldt dat de laatstgenoemde volgens de wetgever nooit zelf kan beslissen tot de inzet van een onmiddellijke ordebevoegdheid uit de Gemeentewet. Er geldt voor wat betreft deze beslisbevoegdheid een delegatie- en mandaatsverbod opgenomen in artikel 177 lid 2 en 178 lid 2 Gem.wet. Het gaat hier immers om ingrijpende discretionaire bevoegdheden waarvan de aard zich tegen mandaatverlening verzet (artikel 10:3 lid 1 Awb). Zie §8.3.1 .

### *10.3.3.2 De feitelijke uitvoerder*

#### **Bestuursdwang**

Voor de daadwerkelijke naleving van verordeningen die betrekking hebben op de openbare orde, kan de burgemeester de politie of de brandweer inschakelen, een ondergeschikte gemeenteambtenaar of een derde (zoals een gespecialiseerd bedrijf of een aannemer). Alleen de burgemeester beschikt over het politieapparaat om de last onder bestuursdwang feitelijk te effectueren; tussen hen bestaat immers een gezagsverhouding (zie artikel 12 van de Pol.wet). Ten overvloed heeft de wetgever in artikel 177 Gem.wet bepaald dat de burgemeester een in de gemeente dienstdoende politieambtenaar kan machtigen om feitelijke handelingen te verrichten (ter uitvoering van raadsverordeningen).

De overige gemeentelijke bestuursorganen kunnen niet zomaar de politie of brandweer inzetten om de last te effectueren, aangezien er in die relatie geen sprake is van een dergelijke ondergeschiktheidsrelatie. Hiervoor is vereist dat een derde instemt met de opdracht (verg. 10:4 Awb). Het bestuur vraagt om hulp of aanwezigheid van politieambtenaren bij de toepassing van bestuursdwang als het nodig is om met geweld op te treden (of te dreigen). Als een andere overheidsdienaar hiertoe bevoegd is, kan deze ook worden ingeschakeld. Zie §3.4.4.2 .

#### **Onmiddellijke ordehandhaving**

Het mandaatverbod in artikel 177 lid 2 Gem.wet ziet op het nemen van beslissingen, maar niet op het verrichten van ‘andere handelingen’. Dit betekent dat de burgemeester de feitelijke uitvoering van zijn onmiddellijke ordebevelen mag overlaten aan politieambtenaren. Dit past ook volledig binnen de hiërarchische verhouding die er tussen de burgemeester en de politie bestaat (zie artikel 12 Pol.wet jo. 172 lid 2 Gem.wet). Op basis van artikel 4 Wet veiligheidsregio’s heeft hij het gezag over de brandweer.

De burgemeester kan niet zo makkelijk als bij bestuursdwang derden inschakelen ter uitvoering van onmiddellijke ordehandhaving. Uit de hierboven genoemde bepalingen blijkt dat de wetgever er vanuit gaat dat alleen ambtenaren van de politie en de brandweer bij de uitvoering betrokken zijn. Deze hiërarchisch ondergeschikte diensten beschikken daarbij over specifieke wettelijke

grondslagen die zien op exclusieve overheidstaken als het gebruik maken van geweld en het blussen van branden. Als de burgemeester andere overheidsdienaren of particulieren zou willen inhuren voor deze taken, dan is ook een specifieke grondslag noodzakelijk ook met het oog op het gerechtvaardigd beperken van grondrechten. Zie §8.3.2 .

### 10.3.4 Normering handelen

Tot nu is vergeleken het moment waarop beide soorten handhaving gebruikt mogen worden, de vorm en de uitvoering van het handelen. In deze paragraaf ga ik in op de eisen die het recht stelt aan het nemen van een beslissing (§10.3.4.1 ) en het fysieke optreden (§10.3.4.2 ).

#### 10.3.4.1 Eisen aan beslissing

##### **Bestuursdwang**

Bij een gewone bestuursdwangaanzegging gelden de reguliere vereisten uit de Awb voor beschikkingen. Zie §3.4. Dit houdt om te beginnen in dat de burgemeester de overtreder dient te horen voordat hij tot aanzeggen van bestuursdwang beslist in het kader van zijn onderzoeksplicht (artikel 4:8 jo. 3:2 Awb). In sommige gevallen dienen daarnaast de rechthebbende op het gebruik van de zaak en de aanvrager te worden gehoord (artikel 4:7 en 4:8 Awb).

Indien de burgemeester tot een bestuursdwangaanzegging beslist, moet hij de beslissing schriftelijk opmaken. In de brief vermeldt hij in elk geval de volgende gegevens: het wettelijk voorschrift dat wordt of is overtreden, de maatregelen die de overtreder moet nemen, de termijn waarbinnen de situatie hersteld dient te zijn en in hoeverre de kosten van bestuursdwang ten laste van de overtreder zullen komen (artikel 5:9 lid 1, 5:24 lid 1 en lid 2 en 5:25 lid 2 Awb). Als dat nodig is om de gedraging te identificeren, moet de beschikking ook de plaats en het tijdstip aangeven waarop de overtreding is geconstateerd (artikel 5:9 lid 2 Awb). De brief moet vervolgens een deugdelijke motivering bevatten, dat wil zeggen een consistente, concludente en begrijpelijke redenering op grond waarvan het bestuur tot zijn besluit is gekomen. Vooralsnog is onduidelijk in hoeverre het bestuur in de aanzegging moet motiveren waarom deze persoon als overtreder wordt aangemerkt (dus wat zijn aandeel is geweest). Dit is anders als men de kosten van bestuursdwang wil verhalen.

Voor inwerkingtreding van het bestuursdwangbesluit is vereist dat deze beslissing wordt bekendgemaakt aan alle betrokkenen (de overtreder en eventueel de rechthebbende op het gebruik van de zaak en de eventuele aanvrager). Bekendmaking is op gemeentelijk niveau mogelijk door toezending, uitreiking,

een huis-aan-huisblad of door aanplakking op een publicatiebord. Zie in dit verband de artikelen 3:40, 5:24 lid 3 Awb jo. 3:41, 3:42 lid 2 en 3:43 lid 1 Awb.

In overwegende mate zijn bovenstaande vormvereisten eveneens van toepassing als de burgemeester beslist tot een preventieve bestuursdwangaanzegging. Het perspectief hierbij is echter gericht op toekomstig gedrag. Zie §3.6. De brief moet het wettelijk voorschrift bevatten waarvan de burgemeester overtreding verwacht, hij moet het klaarblijkelijke gevaar onderbouwen, de maatregelen omschrijven die de potentiële overtreder moet nemen om de overtreding te voorkomen en vermelden of de kosten verhaald zullen worden als niet aan de preventieve last wordt voldaan. Het geven van een begunstigingstermijn is niet noodzakelijk als het om een nalaten gaat en de toekomstig overtreder geen nadere maatregelen hoeft te treffen. Dit dient duidelijk uit de last naar voren te komen.

In spoedeisende situaties bestaat er ruimte voor een afwijkend regime. Zie §3.5. In een situatie van (gewone) spoed kan de burgemeester bestuursdwang effectueren zonder voorafgaande last (artikel 5:31 lid 1 Awb). Hij kan volstaan met het bekendmaken van de beslissing hiertoe in een brief waarin hij de te nemen herstelmaatregelen noemt en melding maakt van eventueel kostenverhaal. Een begunstigingstermijn blijft in deze situatie achterwege omdat vrijwel direct tot fysiek ingrijpen over wordt gegaan.

In het uitzonderlijke geval van superspoed heeft de burgemeester geen tijd om op het moment van handelen een volwaardig besluit te produceren. De (mondelijke) beslissing laat hij direct uitvoeren en pas ná de bestuursdwangtoepassing stelt hij een besluit op dat hij vervolgens bekend maakt (artikel 5:31 lid 2). In zeer uitzonderlijke situaties kan het bestuur overgaan tot het preventief effectueren van bestuursdwang. Hiervoor gelden dezelfde vormvereisten als bestuursdwang in een situatie van superspoed.

De burgemeester is tot slot verplicht alle algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen bij het nemen van een bestuursdwangbesluit. Zij bepalen derhalve mede de wijze waarop de beslissing tot stand komt en de vorm van de beslissing. Het gaat zowel om geschreven als om ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur (zie onder meer de artikelen 3:2 t/m 3:4 en 3:46 Awb).

### **Onmiddellijke ordehandhaving**

Volgens artikel 5:23 Awb zijn de normen in de Awb die voortvloeien uit het besluitbegrip (schriftelijkheidsvereiste) en uit de bestuursdwangregeling in het bijzonder, niet onverkort van toepassing bij onmiddellijke ordehandhaving. Als de burgemeester gebruik maakt van dit artikel is derhalve sprake van ‘besluitloos’ handelen. Hoewel de wet zwijgt over de vraag wanneer de burgemeester zijn beslissing wel en wanneer hij deze niet schriftelijk moet vastleggen, is de

praktijk weerbarstig. Zie §7.2.4 . In veel gevallen worden de onmiddellijke ordebevelen schriftelijk vastgelegd. Uit de wetsgeschiedenis kan slechts worden afgeleid dat als het opmaken van een besluit mogelijk is, dit een belangrijke aanwijzing is dat het niet om onmiddellijke ordehandhaving gaat. In §10.4 komt de vraag aan bod of de burgemeester zich aan alle vereisten zoals hierboven beschreven bij de bestuursdwangbeslissing moet houden als hij ondanks artikel 5:23 Awb voor een onmiddellijk ordebesluit kiest.

In de situatie dat de burgemeester geen tijd heeft om zijn beslissing op schrift te stellen, ontbreken er voor het onmiddellijk ordebevel wettelijke vormvereisten. Op de totstandkoming en vorm van de beslissing om de orde op onmiddellijke wijze te handhaven zijn daarom de algemene rechtsbeginselen van toepassing en (overige) eisen uit het ongeschreven recht.

Via artikel 3:1 lid 2 jo. afdeling 3.2 Awb zijn de volgende algemene rechtsbeginselen van toepassing, voor zover de aard van dit type handhaving zich niet verzet: het beginsel van zorgvuldige voorbereiding, het verbod van détournement de pouvoir en het beginsel van de behoorlijke en evenredige belangenafweging. Het spreekt naar mijn mening voor zich dat de burgemeester zijn beslissing om onmiddellijk te handhaven niet net zo grondig kan voorbereiden als een regulier bestuursdwangbesluit. Dezelfde beperking geldt voor het komen tot een afgewogen en evenredige beslissing. Er wordt van hem verwacht dat hij snel tot actie overgaat om de orde en rust te herstellen zonder daarbij over een volledig overzicht van alle feiten te beschikken. Binnen de tijd die de burgemeester wel heeft, dient hij desondanks zorgvuldig tot een beslissing te komen en met zoveel mogelijk belangen rekening te houden.

Indien voldaan is aan het situatiecriterium, gelden er vervolgens voor de burgemeester vijf algemene eisen. Zie §8.2.2 . Deze eisen zijn in de jurisprudentie en doctrine ontwikkeld. De ordemaatregel dient:

- I. slechts tot doel te hebben het bewaren of het herstellen van orde en rust;
- II. niet zwaarder zijn dan dat de concrete situatie vereist;
- III. de dreigende verstoring per direct aan te pakken;
- IV. niet langer te duren dan dat er gevaar dreigt voor anderen of dan dat andermans recht in het geding is;
- V. niet af te wijken van wettelijke voorschriften, tenzij sprake is van een noodsituatie ex artikel 175 Gem.wet.

De eerste eis komt erop neer dat de maatregel nergens anders op gericht mag zijn dan op het bewaren of het herstellen van de orde en rust. Dit betekent dat het moet gaan om een preventieve of reparatoire maatregel waarbij het oogmerk van de burgemeester niet mag zijn het bestraffen van de ordeverstoorder. Deze eist vloeit voort uit het specialiteitsbeginsel en wordt ook wel aangeduid als het

‘doelcriterium’ (vgl. het verbod van détournement de pouvoir in artikel 3:3 Awb).

De tweede eis vloeit voort uit het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel en houdt in dat een ordemaatregel niet zwaarder mag zijn dan concrete situatie vereist (ook wel noodzakelijkheids criterium genoemd). Dit wil zeggen dat het bevel niet verder gaat dan noodzakelijk om het doel – herstel van orde en rust – te bewerkstelligen en dat het niet ingrijpender mag zijn dan dat de concrete situatie vereist. Een onmiddellijk ordebevel is immers niet of nauwelijks democratisch gelegitimeerd. Hieruit vloeit voort dat de burgemeester slechts een onmiddellijke ordebevoegdheid mag aanwenden als reguliere middelen – zoals een regeling in de APV – niet voorhanden zijn of niet afdoende werken. Bij de inzet van de onmiddellijke ordebepalingen dient de burgemeester te onderzoeken welke bevoegdheid in aanmerking komt al naar gelang de zwaarte van de situatie: de lichtere bevelsbevoegdheden hebben voorrang boven de zware noodbevelsbevoegdheid.

De derde eis houdt in dat de burgemeester de (dreigende) ordeverstoring per direct moet aanpakken; hij moet zowel onverwijld op de situatie reageren als met de gekozen maatregel de ordeverstoring effecten direct wegnemen. Er ontstaat anders de schijn van willekeur en de indicatie dat hij een ander, regulier middel in had kunnen zetten.

De vierde eis ziet op de tijdsduur van de ordemaatregel en houdt in dat de duur van de maatregel afhankelijk moet zijn van de tijd dat het gevaar of de aantasting van andermans recht aanwezig is. Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat structurele overlast niet bestreden mag worden door gebruik te maken van een onmiddellijke ordemaatregel.

De vijfde en laatste eis komt erop neer dat de maatregelen die op grond van een onmiddellijke ordebevoegdheid worden genomen geen inbreuk mogen maken op grondrechten, tenzij de grondwettelijke beperkingsystematiek dit toestaat. Dit onderzoek ziet niet op dit onderwerp en gaat dientengevolge marginaal in op deze problematiek.

#### *10.3.4.2 Eisen aan fysiek handelen*

### **Bestuursdwang**

Het fysiek effectueren van bestuursdwang kan verschillende vormen hebben. In beginsel mag de burgemeester elke fysieke handeling verrichten om de last ten uitvoer te leggen teneinde de onrechtmatige situatie te herstellen. Bij reguliere bestuursdwang dient de termijn verstreken te zijn waarbinnen de overtreder tot actie had moeten overgaan. Bij bestuursdwang in een situatie van spoed, superspoed of in het uitzonderlijke geval van het preventief fysiek handelen, gaat de burgemeester vrijwel direct over tot fysiek ingrijpen.

Voor het uitoefenen van accessoire bevoegdheden als het betreden van plaatsen, inbeslagneming van goederen en het verzegelen van gebouwen kent de Awb een regeling. Zie §3.4.3. Hiermee vormt de Awb een specifieke wettelijke grondslag voor de burgemeester om inbreuk te maken op grondrechten als het huisrecht, het recht op ongestoord genot van eigendom en het recht op privacy (artikel 10 en 12 Gw en artikel 1 van het 1<sup>e</sup> Protocol van het EVRM).

Ambtenaren door de burgemeester daartoe aangewezen hebben toegang tot elke plaats om bestuursdwang fysiek ten uitvoer te brengen, voor zover redelijkerwijs nodig is (zie artikel 5:27 Awb). Voor het binnentreden in een woning in het kader van bestuursdwang zonder toestemming van de bewoner is een machtiging nodig (zie artikel 2 en 3 van de AWBi). Voor het betreden van plaatsen van derden – bijvoorbeeld om bij de woning van de overtreder te kunnen komen – moet het bestuursorgaan dit de rechthebbende minimaal twee dagen van te voren schriftelijk laten weten. Schade die bij het binnentreden is ontstaan, wordt vergoed.

Om de overtreding te beëindigen of herhaling te voorkomen is de burgemeester bevoegd om gebouwen, terreinen en alles wat zich daarin of daarop bevindt, te verzegelen (artikel 5:28 Awb). Deze feitelijke handeling kan plaatsvinden naast of in plaats van het dichttimmeren van een gebouw en het verwijderen van de inventaris. Het meevoeren en opslaan van goederen is mogelijk op basis van artikel 5:29 Awb voor zover de toepassing van bestuursdwang dit vergt. De burgemeester dient hiervan een proces-verbaal op te maken. Inbeslagneming is een middel om terug te keren naar een rechtmatige situatie. Als de burgemeester gebruik maakt van het recht van retentie, dient hij voldoende zorg te betrachten. De geconfisqueerde zaken moeten bijvoorbeeld beschermd zijn tegen weersinvloeden, ongedierte en andere vormen van beschadiging.

Uit de definitie van bestuursdwang en het bijbehorende wettelijke systeem valt af te leiden, tot slot, dat er eveneens jegens de persoon van de overtreder fysiek kan worden opgetreden. Denk bijvoorbeeld aan het uitzetten van vreemdelingen. Deze handelingen kunnen niet verder gaan dan noodzakelijk is om de onrechtmatige situatie te herstellen. Zie §3.4.3.3.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur die de burgemeester in acht dient te nemen bij fysieke verrichtingen ter uitvoering van bestuursdwang, zijn het zorgvuldigheidsbeginsel, het verbod van détournement de pouvoir, de plicht om alle belangen behoorlijk af te wegen en het evenredigheidsbeginsel.

### **Onmiddellijke ordehandhaving**

Het is de politie die daadwerkelijk optreedt ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde onder leiding van de burgemeester (artikel 2 jo. 12 Pol.wet). Het is aan haar om bevelen door fysieke handelingen uit te voeren en te handhaven of direct tot fysiek ingrijpen over te gaan. De eisen aan dergelijk politiehandelen

vloeien voort uit de Gemeentewet, de Politiewet 1993 jo. de Ambtsinstructie voor de politie uit 1994, algemene rechtsbeginselen en het (overige) ongeschreven recht. Zie §8.3.2.

Het tweede lid van artikel 172 Gem.wet kent de politie expliciet de bevoegdheid toe om op openbare plaatsen fysieke maatregelen te treffen met het doel het beletten en beëindigen van een ordeverstoring (denk aan het afzetten van wegen of het fysiek tegenhouden en verwijderen van personen). De Gemeentewet bevat nauwelijks bepalingen die het handelen van de politie in het kader van dit onderzoek normeren. Bij het noodbevel geldt de eis dat men niet eerder tot maatregelen van geweld overgaat dan nadat een waarschuwing is afgegeven (artikel 175 lid 2 Gem.wet). Deze waarschuwing dient ‘behoorlijk’ te zijn, dat wil zeggen een duidelijke waarschuwing die de normadressant heeft bereikt, en er moet enige tijd zijn verstreken voordat de burgemeester gehoorzaamheid door middel van geweld afdwingt.

Ook in de Politiewet en de Ambtsinstructie voor de politie van 1994 zijn weinig bepalingen te vinden die betrekking hebben op de normering van de fysieke handhaving van de openbare orde. Een politieambtenaar mag in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening na een waarschuwing geweld gebruiken als dit het herstellen van de orde en rust rechtvaardigt en dat doel niet op een andere wijze kan worden bereikt (zie artikel 8 lid 1 Pol.wet en de Ambtsinstructie). En als het noodzakelijk is om onmiddellijk (dreigend) gevaar af te wenden, mag een politieambtenaar overgaan tot de zogenaamde veiligheidsfouillering (artikel 8 lid 3 Pol.wet).

Voor wat betreft de beginselen en het ongeschreven recht die het politiehandelen normeren, kan aangesloten worden bij de maatstaven die voor de burgemeester gelden bij het nemen van een beslissing (zoals hierboven beschreven in §10.3.4.1). Gezien de beginselen van behoorlijk bestuur (zie onder meer artikel 3:1 lid 2 jo. afdeling 3.2 Awb) moeten politieambtenaren zorgvuldig handelen, mogen zij geen misbruik maken van hun bevoegdheid en moeten zij voor zover mogelijk bij het fysieke ingrijpen zoveel mogelijk belangen op evenredige wijze afwegen.

De vijf ongeschreven eisen uit de jurisprudentie en doctrine specifiek gerelateerd aan het handelen van de politie onder verantwoordelijkheid van de burgemeester, houden kort samengevat het volgende in. De fysieke handhaving mag op niets anders zijn gericht dan op het bewaren of het herstellen van de orde en rust (vgl. het verbod van détournement de pouvoir in artikel 3:3 Awb). Ten tweede dient deze te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dit houdt in dat de politie zich dient af te vragen of de fysieke handhaving noodzakelijk om te orde te handhaven en of de risico's en gevolgen daarvan evenredig zijn met het te bereiken doel; het handelen mag niet zwaarder zijn dan de concrete situatie vereist (vgl. het zorgvuldigheids- en evenredigheidsbegin-



sel). Een derde eis is dat de fysieke handhaving de (dreigende) ordeverstoring per direct moet aanpakken. Er dient onverwijld op de situatie gereageerd te worden en daarmee de ordeversturende effecten direct weg te nemen. De vierde eis is dat de duur van fysieke ingrijpen afhankelijk is van de tijd dat het gevaar of de aantasting van andermans recht aanwezig is.

De vijfde en tevens laatste eis houdt in dat de politie de grondrechten en de bijbehorende beperkingssystematiek in acht moet nemen. Bij het fysiek tegenhouden en verwijderen van ordeverstoorders e.d. maakt zij tijdelijk inbreuk op het recht van respect voor het privéleven, waar de bescherming van lichamelijke integriteit onder valt, en het recht van bewegingsvrijheid. Deze inbreuken zijn echter in beginsel gerechtvaardigd aangezien de betreffende verdragsbepalingen doelcriteria bevatten die een beperking mogelijk maken (zie artikel 8 EVRM, artikel 2 Vierde Protocol EVRM en artikel 12 IVBPR).

In vergelijking met bestuursdwang valt op dat de politie ter onmiddellijke ordehandhaving zonder specifieke wettelijke grondslag niet bevoegd is om alle plaatsen te betreden, niet bevoegd is om een huisraad in beslag te nemen en mijns inziens niet bevoegd is om een woning te ontruimen in naam van de burgemeester ter handhaving van de openbare orde.

### 10.3.5 Kosten

#### **Bestuursdwang**

De mogelijkheid tot kostenverhaal vormt een essentieel element van bestuursdwang. De historie van de bestuursdwangfiguur laat zien dat de wetgever het sinds 1851 gerechtvaardigd vindt om de kosten van het ongedaan maken van een onrechtmatige situatie – en de financiële gevolgen daarvan – te verhalen op de overtreder. Het overtreden van een wettelijk voorschrift geeft hiertoe voldoende aanleiding. Bestuursdwang kent een specifieke publiekrechtelijke, wettelijke grondslag en een strakke regeling voor het kostenverhaal (zie artikel 5:25, 5:31c en de geldschuldenregeling in titel 4.4. Awb). Zie Hoofdstuk 4.

Bij de reguliere bestuursdwanguitoefening dreigt het bestuur in eerste instantie met kostenverhaal en krijgt de overtreder de kans om binnen een termijn orde op zaken te stellen. De burger kan op deze manier op kostenefficiënte wijze zelf de omschreven herstelmaatregelen nemen. Pas als de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd, ontstaat de bevoegdheid voor het bestuur om het bestuursdwangbevel te effectueren, dat wil zeggen de last door fysiek handelen ten uitvoer te leggen. Het innen van de kosten hiervan vindt sinds de inwerkingtreding van de vierde tranche plaats via een aparte – bestuursrechtelijke – procedure.

De procedure bij kostenverhaal valt uiteen in drie fases. In de eerste fase beslist het bestuur in de last onder bestuursdwang (de aanzegging) of men over-

gaat tot een last onder bestuursdwang én in hoeverre men de kosten daarvan verhaalt. Het is mogelijk dat het bestuur vooraf een kostenraming maakt.

Er ontstaat pas een geldschuld nadat het bestuur in een kostenbeschikking de hoogte van de verschuldigde kosten heeft vastgesteld (zie de artikelen 4:85 lid 1 onder b, 4:86 lid 1, 5:25 lid 6 en 5:31c Awb). Hiermee vangt de tweede fase aan: de invorderingsfase. Via een specificatie van de gemaakte kosten in een kostenbeschikking maakt het bestuur aan de overtreder kenbaar hoeveel hij daadwerkelijk dient te betalen. In beginsel mogen alle kosten worden doorberekend die zijn gemaakt nadat is geconstateerd dat de overtreder zelf binnen de begunstigingstermijn niet voor herstel van de rechtmatige situatie heeft gezorgd. Het gaat om de kosten van het: voorbereiden van fysieke ingrijpen, het daadwerkelijk (laten) effectueren van de last, de nacontrole, van de schade die is ontstaan doordat noodgedwongen een plaats van een derde betreden moest worden en de kosten van vervoer, opslag, vernietiging of verkoop van de inbeslaggenomen goederen. Als de betalingsplichtige niet binnen de betalingstermijn aan zijn schuld voldoet, is deze in verzuim (artikel 4:87 jo. 4:97 Awb). Pas nadat de aanmaningstermijn is verlopen, is het bestuur bevoegd om tot het innen van de geldschuld over te gaan door middel van een dwangbevel (artikel 4:112 en 4:114 Awb).

In de derde fase wordt het dwangbevel geëxecuteerd. Dit houdt in dat de deurwaarder het dwangbevel betekent aan de overtreder die de last onder bestuursdwang niet uitvoerde. Na het verstrijken van een allerlaatste termijn vindt aantasting plaats van de goederen van de schuldenaar doordat men er beslag op legt. Eventueel gaat de deurwaarder over tot verkoop van de in beslag genomen goederen om uit de opbrengst de schuld te voldoen (artikel 4:116 Awb).

Als het bestuur de kosten daadwerkelijk wil innen, is bekendheid met de overtreder nodig. De overtreder is de (rechts)persoon die de bestuursrechtelijke overtreding zelf fysiek pleegde dan wel medepleegde en/of de functioneel dader. Bij medeplegen moet sprake zijn van een gelijkwaardige bijdrage aan de overtreding hetgeen blijkt uit een bewuste samenwerking en een gezamenlijke uitvoering. Het functioneel daderschap houdt in dat onder bepaalde omstandigheden een overtreder wordt aangesproken die niet zelf de verboden handeling verrichtte, maar die men verantwoordelijk acht voor het feit dat een ander de overtreding feitelijk beging. De functionele dader heeft bewust de overtreding laten gebeuren of is tekort geschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem verwacht mocht worden om de illegale situatie te voorkomen. Bij de bestuursrechtelijke toepassing van dit leerstuk is het van belang om ervoor te zorgen dat daderschap niet alleen afhankelijk wordt van financiële draagkracht en vindbaarheid van de overtreder. Het doel moet te allen tijde zijn: herstel van een rechtmatige situatie.

### **Onmiddellijke ordehandhaving**

Dit type handhaving beschikt voorsnog niet over een exclusieve zelfstandige regeling voor kostenverhaal; het lukt de politiek maar niet om tot een besluit te komen. Op een aantal punten bestaat wel overeenstemming: geen doorberekening bij politiewerkzaamheden ter waarborging van het uitoefenen van beschermde grondrechten, ter strafrechtelijk handhaving van de rechtsorde en ter hulpverlening. Zie §9.2.

Het handhaven van de openbare orde wordt nog altijd beschouwd als een klassieke overheidstaak en een zuiver collectief goed (niet te splitsen in verkoopbare eenheden zodat financiering uit algemene middelen noodzakelijk is). Men neigt ertoe kostenverhaal eerder mogelijk te achten bij niet-onmiddellijke dan bij onmiddellijke ordehandhaving. Bij niet-onmiddellijke politie-inzet kan gedacht worden aan het verlenen van assistentie bij evenementen via verkeersregulering, surveillance en controle van vergunningsvoorschriften en beveiligingswerkzaamheden. Onmiddellijke ordehandhaving associeert de politiek met het daadwerkelijk voorkomen, beheersen en beëindigen van (grootschalige) ordeverstoringen. Het enige argument vóór doorberekening is een beroep op het profijtbeginsel. Dit houdt in dat als burgers of bedrijven onevenredig veel nut of profijt – anders gezegd een specifiek individueel belang – hebben van een overheidsdienst, zij dienen bij te dragen in de kosten daarvan.

Er is wel een verschuiving in het denken zichtbaar; de wetsvoorstellen *Wet bijdrage politiekosten bij publiekevenementen* en *Wet politiekosten evenementen* wijzen erop dat een beroep op het profijtbeginsel terrein wint op het klassieke overheidstaakargument. Het eerste wetsontwerp stelde voor om de kosten door te berekenen van onmiddellijke ordehandhaving specifiek aan organisatoren van voetbalwedstrijden en andere grootschalige evenementen, terwijl het tweede wetsontwerp ziet op het doorberekenen van de kosten van politieactiviteiten in niet-onmiddellijke situaties (zoals beveiliging, verkeersregulering en fouillering). In beide voorstellen wil men afwijken van het uitgangspunt 'geen *paid police*'; particulieren krijgen tot op zekere hoogte zeggenschap over de politie en kopen bepaalde politiezorg in – naar het voorbeeld van Engeland. Het gaat om de rechthebbende van een voor publiek openstaande plaats die het meeste profijt heeft bij een goed verloop van zijn evenement. Dit is ook logisch aangezien hij als eigenaar en/of organisator hiervoor eerst verantwoordelijke is; hij kan personen de toegang ontzeggen als die zich niet aan de gestelde voorwaarden houden of zich met een afwijkend doel op die plaats bevinden.

In een aparte paragraaf, te weten §10.5.3.1, ga ik in op de (on)mogelijkheid van de bestuursdwangregeling (artikel 5:25 Awb) als grondslag voor kostenverhaal.

### 10.3.6 Overzicht vergelijking in tabel

Typen handhaving ----- Vergelij- kingspunten	Onmiddellijke orde- handhaving	Reguliere be- stuursdwang	(Super) Spoedbe- stuursdwang	Preventieve bestuursdwang (aanzeggen en toepassen)
<b>Grondslag bevoegdheid</b>	Art. 172 lid 1 jo.  art. 172 lid 2; art. 172 lid 3; art. 174 lid 2; art. 175; art. 4 Wvr.	- Alg. + uitvoe- ringsbev.  Bijv. art. 125 lid 3 jo. 174 lid 1 Gem.wet  - Direct toegekend  Bijv. art. 13b Opiumwet	← idem	← idem
<b>Aanleiding</b>	Situatiecriterium/ on- middelijkheidssituatie.  Kenmerken (dreigende) ordeverstoring:  1. vindt plaats in de publieke ruimte; 2. bestaat uit gevaar of de aantasting van an- dermans recht; 3. gevaar of aantasting recht is concreet en actueel; 4. heeft enige betekenis; 5. gaat gepaard met de schending van een wettelijke norm.	Een overtreding: gedraging in strijd met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift  - overtreding (of gevolgen) nog gaande; - overtreding (of gevolgen) beëin- digd; - reële vrees voor recidive.	← idem	Klaarblijkelijk gevaar, overtre- ding nog niet aangevangen
<b>Plaats</b>	Alleen in de publieke ruimte (voor publiek toegankelijk)	Alle plaatsen	← idem	← idem
<b>Norm- addressant</b>	Iedereen: ordeverstoor- der, ramptoerist, de aanwezige, onderge- schikte of gelijkwaardig (bestuurs)orgaan	Overtreder(s), in beginsel bekend - feitelijke uit- voerder; - medepleger; - functionele dader.	← idem	← idem

Typen handhaving ----- Vergelijkingspunten	Onmiddellijke ordehandhaving	Reguliere bestuursdwang	(Super) Spoedbestuursdwang	Preventieve bestuursdwang (aanzeggen en toepassen)
<b>Doel</b>	Herstellen van openbare orde en op dat moment gewenste niveau van rust	Herstellen van rechtmatige situatie:  - ongedaan maken of beëindigen van overtreding; - wegnemen of beperken van gevolgen van overtreding; - voorkomen van herhaling van overtreding.	← idem	Ter voorkoming eerste overtreding en bij het preventief aanzeggen ook ter voorkoming van een overtreding die als zodanig beschouwd moet worden (bijv. i.v.m. tijdsverloop)
<b>Vorm</b>	Ordebevel (al dan niet schriftelijk) + fysieke uitvoering ervan, alleen fysiek handelen  Bevel zowel normbevestigend als normstellend m.u.v. artikel 172 lid 2 Gem.wet (alleen normbevestigend)	Schriftelijke last onder bestuursdwang, termijn en evt. fysiek handelen  Bevel slechts normbevestigend, kan nooit nieuwe verplichting in leven roepen	<i>Spoed:</i> Schriftelijke last zonder termijn en meteen fysiek handelen  <i>Superspoed:</i> Fysiek handelen en achteraf opschriftstelling last	<i>Preventieve aanzegging:</i> Schriftelijke last evt. meteen fysiek handelen  <i>Preventieve toepassing:</i> Fysiek handelen en achteraf opschriftstelling last
<b>Classificatie wetgever</b>	Feitelijk handelen en rechtshandelen; tendens om ordebevelen in vorm van besluit te gieten.	Awb-besluit (fictie)	← idem	← idem
<b>Feitelijk beslisser</b>	Burgemeester  Delegatie en mandaat verboden gezien aard van bevoegdheid (art. 177 lid 2 en 178 lid 2 Gem.wet)	Burgemeester of ondergeschikte ambtenaar in mandaat  Delegatieverbod gezien art. 10:14 Awb, uitz. in art. 125 lid 4 jo. 178 lid 1 Gem.wet	← idem	← idem

Typen handhaving ----- Vergelijkingspunten	Onmiddellijke ordehandhaving	Reguliere bestuursdwang	(Super) Spoedbestuursdwang	Preventieve bestuursdwang (aanzeggen en toepassen)
<b>Feitelijk uitvoerder</b>	<p>Politie- of brandweer op grond van mandaat</p> <p>Zie art. 177 lid 2, art. 12 Pol.wet jo. 172 lid 2 Gem.wet en art. 4 Wet veiligheidsregio's</p>	<p>- Politie, brandweer of andere aan burgemeester ondergeschikte ambtenaar;</p> <p>- Een derde.</p>		
<b>Eisen aan beslissing</b>	<p>Zie §10.4</p> <p>Voor zover aard zich niet verzet via art. 3:1 lid 2 jo. afdeling 3.2 Awb: zorgvuldigheidsbeginsel, verbod van détournement de pouvoir, beginsel van behoorlijke en evenredige belangenafweging.</p> <p>Aan maatregel 5 eisen uit jurisprudentie en doctrine:</p> <p>I. doel bewaren of herstellen van orde en rust;</p> <p>II. niet zwaarder zijn dan concrete situatie vereist;</p> <p>III. directe aanpak van dreigende verstoring;</p> <p>IV. niet langer te duren dan er gevaar dreigt of dan dat andermans recht in geding is;</p> <p>V. geen afwijking van wett. voorschriften, tenzij noodsituatie ex art. 175 Gem.wet</p>	Reguliere vereisten uit Awb voor beschikkingen	← idem	← idem

Typen handhaving ----- Vergelij- kingspunten	Onmiddellijke orde- handhaving	Reguliere be- stuursdwang	(Super) spoedbe- stuursdwang	Preventieve bestuursdwang (aanzeggen en toepassen)
<b>Eisen aan fysiek handelen</b>	↑ Idem	Neergelegd in bestuursdwangregeling: art. 5:21 onder b, 5:27 t/m 5:30 Awb  Via art. 3:1 lid 2 jo. afdeling 3.2 Awb: zorgvuldigheidsbeginsel, verbod van détournement de pouvoir, beginsel van behoorlijke en evenredige belangenafweging		
<b>Kostenverhaal</b>	Er ontbreekt momenteel een specifieke wettelijke grondslag (zie ook §10.5)	In beginsel als hoofdregel mogelijk, tenzij niet redelijk	← idem	← idem
<b>Rechtsbescherming</b>	Strafrechter en burgerlijke rechter. Na een <i>ordebesluit</i> ook bestuursrechter bevoegd	Bestuursrechter	← idem	← idem

Tabel 10: Overzicht vergelijking

## 10.4 Betekenis en reikwijdte artikel 5:23 Awb (beantwoording probleemstellingen en deelvraag e)

### 10.4.1 Achtergrond 5:23 Awb

Artikel 5:23 Awb<sup>729</sup> zondert nadrukkelijk de toepasselijkheid van de bestuursdwangafdeling in 5.3.1 Awb uit als het gaat om op optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde. De wetgever wil de burgemeester en de politie in bepaalde situaties faciliteren met het doel een ordeverstoring snel en efficiënt te voorkomen dan wel te beëindigen. Als voorbeeld van de toepasselijkheid van artikel 5:23 Awb denkt de wetgever aan ‘gevallen waarin de burgemeester bevelen geeft ter handhaving van de openbare orde indien deze is verstoord’. Uiteraard is het artikel ook van belang als een ordeverstoring elk moment van start kan gaan; juist bij een concrete en actuele dreiging dienen de burgemeester en de politie op onmiddellijke wijze te kunnen handelen.

In beide situaties acht de wetgever het op schrift stellen van een onmiddellijk ordebevel niet (goed) mogelijk. Onder een onmiddellijk *ordebevel* versta ik een mondelinge opdracht die de burgemeester geeft op basis van de artikelen 172 lid 2 en lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet en die hij achteraf niet op schrift stelt. De geboden vrijstelling voor het schriftelijkheidsvereiste heeft tot gevolg dat het om handelen gaat dat niet als Awb-besluit gekwalificeerd kan worden. Zodoende hoeft men niet onverkort te voldoen aan het merendeel van de eisen die bij reguliere bestuursrechtelijke handhaving wel gelden zoals het horen van de overtreder, het schriftelijk motiveren van de beslissing met vermelding van het overtreden wettelijk voorschrift, het gunnen van een termijn, het bekendmaken, het beslissen op bezwaar en daarmee het openstellen van de mogelijkheid van beroep bij de bestuursrechter.

Voor ‘andere handelingen dan besluiten’ geldt de Awb in beperkte mate (zie artikel 3:1 lid 2 jo. afdeling 3.2 Awb). Voor zover de aard van onmiddellijke ordehandhaving zich niet verzet, blijven burgemeester en politie verplicht om: hun acties zorgvuldig voor te bereiden, hun bevoegdheden niet te gebruiken voor een ander doel dan waarvoor deze zijn verleend en de betrokken belangen naar evenredigheid af te wegen. Uiteraard dienen zij ook de overige algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.

In weerwil van de wens van de wetgever worden bevelen ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde regelmatig op schrift gesteld, variërend van

---

<sup>729</sup> Zie §7.2.4.



een paar dagen tot een paar uren voorafgaand aan een ordeverstoring en een enkele keer achteraf. Eenzelfde trend zagen we bij de last onder bestuursdwang; deze rechtsfiguur is begonnen als het recht om op fysieke wijze voor de naleving van regels te zorgen, mits er van te voren schriftelijk was gewaarschuwd. Men is het handhaven door middel van bestuursdwang meer en meer gaan juridiseren: Als eerste werd de schriftelijke waarschuwing bij reguliere bestuursdwang gelijkgesteld aan een beschikking waarna men vervolgens ook bij spoedbestuursdwang opschriftstelling eiste (al dan niet achteraf). Inmiddels vindt ook het innen van de kosten bij beschikking plaats.

Een onmiddellijk *ordebesluit* is een bevel uitgevaardigd op basis van artikelen 172 lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet, dat een nieuwe verplichting aan burgers oplegt, op enig moment op schrift wordt gesteld en zodoende onder het besluitbegrip valt in de zin van artikel 1:3 Awb. Als gevolg hiervan worden deze ‘onmiddellijke ordebesluiten’ in persoon uitgereikt dan wel zes weken lang bij de gemeente ter inzage gelegd, mogen burgers vooraf hun zienswijzen naar voren brengen, wordt een begunstigingstermijn gegund en/of bevatten de documenten een bezwaarclausule. Ook in de rechtspraak bestaat de tendens om onmiddellijke ordehandhaving te juridiseren. Aldus kwalificeren rechters onmiddellijke ordebevelen als gebrekkig of onrechtmatig omdat: de aangeschrevenen bijvoorbeeld niet (van te voren) zijn gehoord, het ‘besluit’ onvoldoende werd gemotiveerd of het noodbevel niet in persoon is uitgereikt. De formulering in artikel 5:23 Awb verbiedt het bestaan van een onmiddellijk ordebesluit niet.

#### **10.4.2 Drie onmiddellijkheidssituaties**

In deze paragraaf richt ik de aandacht op de betekenis en reikwijdte van artikel 5:23 Awb in relatie tot de geschetste juridisering. Hoe verhoudt deze trend zich tot de oorspronkelijke doelstelling van de wetgever? Voor de burgemeester en zijn politieambtenaren is het van belang dat zij daadkrachtig en snel kunnen handelen. Het belang van de individuele burger daarentegen is dat hij weet wat er van hem wordt verwacht en dat hem adequate rechtsbescherming wordt geboden tegen eventueel onrechtmatig handelen van de burgemeester.

In welke gevallen biedt artikel 5:23 Awb de burgemeester nu nog uitkomst? Bij de keuze voor ofwel een mondeling bevel ofwel een besluit, onderscheid ik drie momenten waarop een bevel gerechtvaardigd ingezet kan worden: acuut (geen tijd), op de dag zelf (weinig tijd) en een aantal dagen voorafgaand (tijd) aan de verwachte ordeverstoring. Als stelregel hanteer ik: hoe meer tijd de burgemeester heeft om tot een beslissing te komen, hoe hoger de eisen zijn die aan zijn handelen gesteld mogen worden (denk aan zorgvuldigheid, motivering,

evenredigheid). In de volgende tabel worden de verschillende situaties schematisch weergegeven.

	<b>Inzet bevel</b>	<b>Dreigende ordeverstoring</b>	<b>Daadwerkelijke ordeverstoring</b>	<b>Vorm</b>	<b>5:23 Awb toepas-selijk?</b>
<b>A</b>	<b>Acuut</b>	Vb. Groep potentiële ordeverstoorders verzamelt zich	Vb. Groep potentiële ordeverstoorders raakt slaags met politie	Mondeling bevel	Ja
<b>B</b>	<b>Op dag zelf</b>	Vb. Er zijn 's ochtends aanwijzingen dat groep potentiële ordeverstoorders zich later op de dag zal verzamelen		Besluit vooraf + uitreiking in persoon	Liever niet
<b>C</b>	<b>Aantal dagen vóór ordeverstoring</b>	Vb. Er zijn paar dagen voor een geplande gebeurtenis aanwijzingen dat groep potentiële ordeverstoorders zich zal verzamelen		Besluit vooraf + uitreiking in persoon	Nee

Tabel 11: Overzicht toepasselijkheid 5:23 Awb

#### 10.4.2.1 *Geen tijd*

Als een bevel acuut ingezet moet worden, gaat het om omstandigheden die plotseling opkomen; anders gezegd om een situatie waar de autoriteiten door overvallen worden. Het kan gaan om een gebeurtenis die in zijn geheel niet was voorzien (bijvoorbeeld rellen als gevolg van de dood van een lid van een gemeenschap), maar ook een situatie waarbij men rekent op een ordeverstoring, alleen niet één in die omvang of van een dergelijk professioneel niveau (bijvoorbeeld de onverwacht grote aantallen slim geïnstrueerde demonstranten bij de Eurotop). De oorzaak van een onverwachte (dreigende) ordeverstoring schuilt vaak in een combinatie van zaken die mislopen: te weinig informatie, gebrekkige informatie, slechte informatievoorziening (te veel schakels in de communica-

tie), onvoldoende mankracht en/of onvoldoende aansturing van leidinggeven- den.

Zowel bij een acute dreiging – de ordeverstoring staat op het punt om aan te vangen – als een ordeverstoring die gaande is, is sprake van een zodanige urgentie dat er direct door of namens de burgemeester gehandeld wordt. Bij een acute dreiging kan gedacht worden aan een groep hooligans die op een evenement verschijnt en voor steeds meer overlast zorgt door hun drankgebruik en luidruchtigheid. Andere voorbeelden zijn jongeren die ontstemd zijn over het verbod van de burgemeester om illegale motorraces te houden en zich in de richting begeven van de plek waar zij gewoonlijk racen of een groep burgers die gezamenlijk optrekt naar het huis van een bekend geworden pedofiel. Zowel in deze gevallen als in situaties dat de orde daadwerkelijk is verstoord, moeten burgemeesters mijns inziens gebruik maken van de marge die de wetgever hen in artikel 5:23 Awb biedt; de bevelen in deze categorie moeten mondeling gegeven worden hetgeen ook bijna niet anders kan.

Een andere vraag is of de beslissing na een acute dreiging of een losgebarsten ordeverstoring niet alsnog op schrift moet worden gesteld. Naar mijn mening moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Artikel 5:23 Awb kent gezien zijn tekst een alles of niets karakter: de bestuursdwangafdeling, met daarin ook de regeling in geval van superspoed, is óf wel óf niet van toepassing. De wetgever heeft de burgemeester bewust de kans willen geven om zich in een beperkt aantal gevallen grotendeels te onttrekken aan de Awb inclusief de regeling van bezwaar en beroep. Deze bepaling is vergelijkbaar met de regeling die ooit onder de Wet Arob gelding had op grond waarvan beschikkingen ter handhaving van de openbare orde in ‘rustigere tijden’ appellabel geacht, maar beschikkingen in ‘buitengewone omstandigheden’ niet. Onder de term ‘buitengewone omstandigheid’ beschouwde men destijds onder meer een (dreigende) noodsituatie in de zin van artikel 175 Gem.wet. Hetzelfde argument geldt vandaag de dag: de uitzonderlijke omstandigheden waaronder de burgemeester zijn (nood)bevel uitvaardigt, rechtvaardigen dat niet aan de eisen hoeft te worden voldaan die in normale omstandigheden aan goed en behoorlijk bestuur gesteld worden.

#### 10.4.2.2 *Weinig tijd*

In deze categorie gaat het om een dreigende ordeverstoring die ontstaat op de dag dat de burgemeester deze ook verwacht. Er is geen sprake van een acute inzet van een bevel omdat hij slechts geïnformeerd wordt over het plan van de hooligans om het evenement te gaan bezoeken, of het plan van de jongeren die rotzooi gaan trappen. Bij betrouwbare informatie is, met andere woorden, wel sprake van een concrete en actuele dreiging, maar staat de ordeverstoring nog

niet op het punt om aan te vangen; tussen het voldoen aan het situatiecriterium en de daadwerkelijke ordeverstoring zit enige tijd, bijvoorbeeld een aantal uren.

Het is aan de burgemeester en de politie om de precieze situatie te wegen en op dat moment tot een optimale keuze te komen. Mijn voorkeur gaat uit naar het volgen van de gedachtegang van de wetgever: als het mogelijk is om een besluit op te maken, doe dit dan ook. Strikt genomen is dan geen sprake van het op onmiddellijke wijze handhaven van de openbare orde, maar van het inzetten van een bevoegdheid op basis van de Gemeentewet in een onmiddellijkheidsituatie.

Afhankelijk van de betrouwbaarheid en de mate van concreetheid van de informatie en de hoeveelheid tijd waar de burgemeester over beschikt, kan het mogelijk zijn om zijn (nood)bevel op schrift te stellen en bekend te maken. Dit kan in de vorm van een aanplakbiljet, een ter plekke uitgedeelde flyer of door bekendmaken van een meer volwaardig besluit. Als de burgemeester geen gebruik maakt van artikel 5:23 Awb, dient zijn onmiddellijk ordebesluit naar mijn mening: beknopt de aanleiding te vermelden, beknopt de overwegingen te geven die hebben geleid tot het (nood)bevel, het verboden gedrag te omschrijven, melding te maken van de consequenties van het overtreden van het bevel en te verwijzen naar een bezwaarclausule. Een belangrijk pluspunt hiervan is dat de burger rechtsbescherming geboden wordt – hoofdzakelijk achteraf – tegen eventueel onrechtmatig handelen van de burgemeester. Het belang van de burger kan liggen in een onrechtmatige inbreuk op zijn grondrechten (bijvoorbeeld door een te ruim omschreven gebiedsontzegging), in de toekenning van een vergoeding voor de schade die hij lijdt als gevolg van het onrechtmatig besluit of bij vrijpraak als hij strafrechtelijk vervolgd zou worden voor niet-naleving van een ambtelijk bevel ex 184 Sr.

Een voordeel waar in mijn ogen meer gewicht aan moet worden toegekend, is dat de burger door de overhandiging van het besluit exact en tijdig weet waar hij aan toe is. Op deze wijze kunnen (potentiële) ordeverstoorders achteraf niet claimen dat ze de inhoud van het bevel niet tot zich hebben kunnen nemen. Daarbij is het niet ondenkbaar deze handeling in sommige gevallen afschrikwekkend werkt omdat de gevolgen van het niet-naleven van het bevel duidelijk worden gecommuniceerd. Tegen deze achtergrond ben ik er geen voorstander van om de politie eerst fysiek in te laten grijpen en de burgemeester vervolgens achteraf het besluit op te laten sturen.

Als er op de dag van de verwachte ordeverstoring serieuze en concrete uitlatingen zijn gedaan of de autoriteiten voorbereidingshandelingen constateren, kan de burgemeester kiezen voor het aanzeggen van een preventieve last onder bestuursdwang in plaats van een onmiddellijk ordebevel. Het benodigde klaarblijkelijke gevaar moet op dat moment aanwezig zijn. Uit de vergelijking blijkt echter dat preventieve bestuursdwang om twee redenen een minder geschikt middel is bij (grootschalige) ordeverstoringen. Het belangrijkste nadeel is dat de

last slechts kan wijzen op een verplichting die op grond van enige wettelijk voorschrift al bestaat en niet een nieuwe verplichting kan creëren bij niet-naleving waarvan men wordt aangehouden. Ten tweede kan het zeer lastig zijn om een groep aan te schrijven, omdat de burgemeester moet weten wie zich aan welke overtreding schuldig heeft gemaakt of zal maken.

In het uiterste geval dat de beschikbare informatie betrouwbaar is, maar gebrekkig is of er te weinig personeel is om het besluit op schrift te stellen en/of bekend te maken, kan gewacht worden tot sprake is van een acute dreiging zodat slechts een mondeling bevel gegeven hoeft te worden.

#### 10.4.2.3 *Tijd*

##### **Toepasselijkheid artikel 5:23 Awb**

In deze categorie bereikt de informatie over plannen van hooligans of een groep ontstemde burgers om rotzooi te gaan trappen, de burgemeester een aantal dagen van te voren. Ook in deze situatie kan er sprake zijn van een concrete en actueel dreigende ordeverstoring.

Het gaat om dezelfde soort situaties als beschreven in de vorige categorie met als enig verschil dat de burgemeester meer tijd heeft om na te denken over hoe te handelen. Dit betekent dat artikel 5:23 Awb in het geheel niet in de weg staat aan het nemen van een besluit in deze situaties. Sterker nog, omwille van redenen van rechtszekerheid – voor zowel burgers als de burgemeester – behoren bevelen die een aantal dagen van te voren worden uitgevaardigd mijns inziens altijd de vorm van een besluit te hebben. Deze bevelen moeten dan ook in beginsel persoonlijk worden toegestuurd of uitgereikt worden en/of op een andere geschikte wijze bekend worden gemaakt.

Van het schriftelijke stuk mag een kwalitatief hoger niveau aan zorgvuldigheid en motivering verwacht worden dan in de vorige categorie; het besluit dient de aanleiding te vermelden, de overwegingen te geven die hebben geleid tot het (nood)bevel, het verboden gedrag te omschrijven, melding te maken van de consequenties van het overtreden van het bevel en te verwijzen naar een bezwaarclausule.

Aan het rechtsbeschermingsargument moet meer waarde worden toegekend dan in de situaties in de voorgaande categorie. In deze categorie wordt de burger door een besluit niet alleen achteraf, maar ook vooraf rechtsbescherming geboden. Stel het wordt een burger ten onrechte verboden om zich op een bepaald evenement te vertonen. Naar aanleiding van de brief, kan hij een bezwaarschrift indienen en proberen een voorlopige voorziening van de bestuursrechter te krijgen.

**Schriftelijk (nood)bevel eerder dan aantal dagen vooraf uitgevaardigd**

Wat nu te denken van de trend in de praktijk om (nood)bevelen op een steeds eerder moment uit te vaardigen? Naar mijn mening is dit een uiterst onwenselijke ontwikkeling, omdat uitholling van de onmiddellijke ordebevoegdheden het gevolg hiervan is. Sommige burgemeesters vergeten in de eerste plaats dat de artikelen 172 lid 2 en lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet alleen aangewend mogen worden bij een concrete en direct waarneembare dreiging. Het is niet de bedoeling dat dergelijke bevoegdheden ingezet worden voor het geval de orde verstoord gaat worden of indien er slechts vage of onbetrouwbare aanwijzingen zijn. De Afdeling heeft in haar *Trance Energy*-uitspraak bepaald dat burgemeesters hierbij mogen afgaan op de algemene inschatting van de politie, die gebaseerd is op haar deskundigheid en ervaring, en haar weging van de risico's (*LJN AT2100, JB 2005, 174*).

Als er aan het situatievereiste is voldaan, dient de burgemeester zich af te vragen of hij over een andere bevoegdheid beschikt (in een bijzondere wet of in de APV) waarmee een soortgelijk resultaat behaald kan worden. Zo ja, dan moet hij vervolgens voor het minst ingrijpende middel kiezen. Dit volgt uit het subsidiariteits- of evenredigheidsbeginsel. In gevallen van structurele overlast zoals bij drugshandel en prostitutie of bij regelmatige ongeregelde heden bij bepaalde evenementen, dient de burgemeester een voorziening in de APV te laten creëren. Alleen in gevallen waarin een bevoegdheid in de APV afwezig is of de uitoefening van overige bevoegdheden niet voor afdoend resultaat kunnen zorgen, is de inzet van een onmiddellijk ordebevel legitiem.

Bij de beoordeling van de vraag of een (bevel) rechtmatig is aangewend, speelt derhalve ook de kwestie hoe snel een democratisch gelegitimeerde voorziening tot stand had kunnen komen. In sommige gemeenten kan dit relatief snel, in andere gemeenten kost dit minimaal twee maanden. Bedenk daarbij dat organisatoren van grote evenementen minimaal drie maanden tot een één jaar van te voren een vergunning aanvragen. In terugkerende situaties waarin veel mensen bijeenkomen – al dan niet in verband met voetballiefhebberij – en het gebruikelijk is om buitensporig veel te drinken of drugs te nemen, kan men de klok gelijkzetten op het ontstaan van ordeverstoringen. De standaard inzet van een (nood)bevel in dergelijke omstandigheden, wijst op onrechtmatig gebruik van deze bevoegdheid; voor voetbalwedstrijden en jaarlijkse evenementen als koninginnenacht, een stads- of dorpsfeest of Oud & Nieuw dient een reguliere voorziening te worden getroffen met een solide democratische basis.

## 10.5 Bestuursdwang (beantwoording deelvragen f en g)

In deze paragraaf richt ik mij op de vraag op welke wijze de last onder bestuursdwang in een onmiddellijkheidssituatie kan worden aangewend. Deze kwestie ziet zowel op de inzet van bestuursdwang als enige vorm van handhaving, als op de mogelijk- en wenselijkheid van het zogenaamde ‘stapelen’ in een dergelijke situatie; het stapelen van bevoegdheden houdt in dat de burgemeester een onmiddellijk ordebevel resp. een onmiddellijk ordebesluit handhaaft met een vorm van bestuursdwang. Mocht daartoe een bestuursdwangbevoegdheid bestaan, dan is vervolgens de vraag of kostenverhaal mogelijk is. Na bespreking van elke optie, ga ik afzonderlijk op het onderwerp kosten in.

### 10.5.1 Handhaven APV met bestuursdwang<sup>730</sup>

Het is denkbaar dat de burgemeester in het geval van een concrete en actuele ordeverstoring een vorm van bestuursdwang inzet *in plaats van* een bevoegdheid in de sfeer van de onmiddellijke ordehandhaving. Uiteraard moet sprake zijn van de (dreigende) schending van een wettelijk voorschrift en dient de burgemeester bevoegd te zijn om ten aanzien van dat voorschrift met bestuursdwang te kunnen optreden.

Zoals eerder uitgelegd heeft het recht zich inmiddels zodanig ontwikkeld dat ordeverstoringen vrijwel altijd gepaard gaan met het overtreden van wettelijke voorschriften. Men kan denken aan strafbare feiten in het Wetboek van Strafrecht of in bijzondere wetten als ook aan schending van voorschriften in de APV (bijvoorbeeld het verbod ‘om bij een evenement de orde te verstoren’ of ‘om op een openbare plaats door uitdagend gedrag aanleiding te geven tot ongeregeligheden’).

De burgemeester is niet bevoegd om met bestuursdwang te zorgen voor de naleving van voorschriften uit het Wetboek van Strafrecht, omdat daartoe noch een specifieke bevoegdheidsgrondslag noch een uitvoeringsbevoegdheid bestaat. Wat voorschriften in de APV betreft, moet een onderscheid worden gemaakt naar bepalingen die zien op openbare plaatsen (de straat, de weg) en bepalingen die zien op het toezicht op openbare samenkomsten en gemakkelikheden en voor publiek openstaande plaatsen. Het verbod om bij een evenement de orde te verstoren is een voorschrift waar de burgemeester exclusief verantwoordelijk voor is ex artikel 174 lid 3 jo. lid 1 Gem.wet. Op basis van zijn uitvoeringstaak

---

<sup>730</sup> Zie §9.3.1 .

komt hem een bestuursdwangbevoegdheid in combinatie met artikel 125 lid 3 Gem.wet.

Als het gaat om de reguliere handhaving van APV-voorschriften die betrekking hebben op openbare plaatsen zoals in artikel 2:1 en 2:50 van de Model-APV, bestaat er concurrentie tussen het college van b en w en de burgemeester. De hoofdregel luidt in dit geval: voor zover de raad of de burgemeester hier niet bij of krachtens de wet mee is belast, is het college van b en w (artikel 160 onder Gem.wet) het bevoegde bestuursorgaan. Ten aanzien van het verbod om op een openbare plaats door uitdagend gedrag aanleiding te geven tot ongeregelde heden is vreemd genoeg niet duidelijk of de burgemeester hier het bevoegde uitvoeringsorgaan is. Een bestuursdwangbevoegdheid voor deze APV-bepaling kan gezien artikel 5:4 lid 1 Awb voor de burgemeester dan ook niet worden aangenomen.

Vastgesteld is dat de burgemeester in elk geval over een bestuursdwangbevoegdheid beschikt in de situatie dat een ordeverstoring gepaard gaat met de schending van een APV-bepaling die op evenementen of voor publiek toegankelijke plaatsen ziet. Hij zou deze bevoegdheid kunnen aanwenden op het moment dat de ordeverstoring gaande is of als de ordeverstoring dreigt plaats te vinden. In het eerste geval is sprake van superspoedbestuursdwang waarbij het terstond herstellen van de onrechtmatige situatie zou kunnen inhouden dat de ME overtreders verwijderd en verwijderd houdt. In het geval van een dreiging, kan gedacht worden aan de preventieve last onder bestuursdwang. Hiervoor dient het gevaar voor een overtreding klaarblijkelijk te zijn hetgeen moet blijken uit voorbereidingshandelingen en/of uit concrete en betrouwbare uitlatingen.

Bij de keuze van de burgemeester voor een vorm van bestuursdwang in plaats van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde, dient hij zich bewust te zijn van de verschillen tussen beide soorten handhaving. Met de last onder bestuursdwang kan de burgemeester alleen afdwingen dat een overtreder zich aan bestaande voorschriften houdt, hij kan hem niet een nieuwe verplichting opleggen. Daarbij moet hij (achteraf) een besluit produceren en die aan de overtreder(s) bekendmaken. Een belangrijk voordeel echter, is dat hij in beginsel de kosten van het fysieke ingrijpen mag verhalen.

#### *10.5.1.1 Kosten*

Steeds vaker creëert de lokale wetgever voorschriften waarin allerlei ordeverstorende gedragingen worden verboden. Het gaat om (in theorie) vooraf kenbare verboden die op een democratisch gelegitimeerde wijze tot stand zijn gekomen. Als sprake is van de (dreigende) schending van deze normen in een onmiddellijkheidssituatie, dan is in het beginsel toegestaan om de toepasselijke voorschriften te handhaven met een herstelsanctie. Wat de last onder bestuursdwang betreft, bevindt de ‘angel’ of ‘pijn’ van de sanctie zich in de mogelijkheid van



kostenverhaal. Zodra het bestuur gedwongen is de naleving van regels af te dwingen via fysiek ingrijpen, is het volstrekt acceptabel dat er een aanspraak ontstaat op vergoeding van de kosten die daarmee gepaard gaan – ook in het geval van superspoedbestuursdwang.

Dit betekent dat de toepassing van bestuursdwang in een onmiddellijkheids-situatie waarbij lokale verboden worden overtreden, in beginsel ‘geschiedt op kosten van de overtreder, tenzij deze kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen’ (artikel 5:25 Awb). Om de kosten daadwerkelijk te innen, moet de identiteit van de overtreder tevens ordeverstoorder wel bekend zijn. Tot nu toe is doorberekening echter niet gebruikelijk onder deze omstandigheden, aangezien het gaat om de kosten van de inzet van politieambtenaren (ME) die worden gemaakt in de uitoefening van een klassieke overheidstaak: het voorkomen, beheersbaar houden en beëindigen van (grootschalige) ordeverstorende gedragingen op met name openbare plaatsen (de straat, de weg). De huidige stand van zaken in de discussie over het doorberekenen van politiekosten zou daarom tot gevolg kunnen hebben dat die kosten redelijkerwijze niet ten laste behoren te komen aan de overtreder tevens ordeverstoorder.

Om deze discussie te omzeilen zou de burgemeester in plaats van bestuursdwang een (preventieve) last onder dwangsom kunnen opleggen aan (potentiële) overtreders. Het gaat in deze gevallen immers niet om de kosten van fysiek ingrijpen die doorberekend worden, maar om het dreigen met het verbeuren van een bepaalde geldsom.

### 10.5.2 Handhaven onmiddellijk ordebevel met bestuursdwang<sup>731</sup>

De burgemeester vindt het noodzakelijk om bij een (dreigende) ordeverstoring een onmiddellijk normstellend bevel uit te vaardigen, bijvoorbeeld het bevel waarmee het ordeverstoorders wordt verboden om zich in een bepaald gebied te begeven. Stel dat hij in deze situatie niet wettelijke voorschriften uit de APV met een vorm van bestuursdwang wil handhaven, maar zijn eigen onmiddellijk ordebevel als dit niet wordt nageleefd. De overtreding bestaat dan uit strijd ‘met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift’ gegeven (artikel 5:1 lid 1 Awb), te weten krachtens de artikelen 172 lid 3, 174 lid 2 of 175 Gem.wet. Door zijn onmiddellijk ordebevel te handhaven met bestuursdwang, ‘stapelt’ hij beide soorten handhaving.

Mijns inziens is het op deze wijze stapelen van beide handhavingvormen rechtens niet toelaatbaar. De hier besproken constructie is allereerst en boven alles niet nodig; op basis van zijn onmiddellijke ordebevoegdheden in artikel

---

<sup>731</sup> Zie §9.3.2.

172 lid 3, 174 lid 2 en 175 Gem.wet is de burgemeester al bevoegd om over te gaan tot fysieke dwang ter naleving van zijn ordebevel. Er kan geen andere reden zijn om toch via deze bestuursdwangvorm voor de naleving van zijn bevel te zorgen, dan om gebruik te maken van de mogelijkheid tot kostenverhaal. Een dergelijke praktijk levert strijd op met het verbod op détournement de pouvoir.

Daarnaast zitten er allerlei haken en ogen aan de hier besproken stapelingsconstructie die te maken hebben met het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel. Het aannemen van een sanctiebevoegdheid ter handhaving van bevelen die nieuwe, tijdelijke verplichtingen scheppen, vereist naar mijn mening een sterke en specifieke wettelijke legitimatie. Het is twijfelachtig of hier sprake van is. Artikel 5:4 lid 1 Awb bepaalt dat een bestuursdwangbevoegdheid bij of krachtens de wet moet zijn verleend. Volgens artikel 125 lid Gem.wet beschikt de burgemeester over een bestuursdwangbevoegdheid als hij verantwoordelijk is voor de uitvoering van regels. Uit het samenstel van de relevante bepalingen in de Gemeentewet valt niet woordelijk op te maken dat hij ter handhaving van een onmiddellijk ordebevel over een bestuursdwangbevoegdheid beschikt. Deze bevoegdheid zou opgesloten kunnen zitten in het systeem van de Gemeentewet door ervan uit te gaan dat de burgemeester een uitvoeringsbevoegdheid toekomt op basis van artikel 172 lid 1 Gem.wet of op basis van de bevoegdheden in de artikelen 172 lid 2 en 3, 174 lid 2, 175 en 176 Gem.wet zelf. Het begrip ‘uitvoering’ wordt evenwel van oudsher geassocieerd met het uitvoeren van *besluiten* en in het bijzonder met het uitvoeren van verordeningen in de vorm van het verlenen van vergunningen en ontheffingen. Bij de bevoegdheden in de sfeer van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde gaat het echter veelal om het uitvoeren van normen door de burgemeester zelf gecreëerd en bij *mondeling bevel* uitgevaardigd.

Uit het rechtszekerheidsbeginsel en lid 2 van artikel 5:4 Awb vloeit voort dat de burger zowel moet kunnen afleiden wat hem verboden is (de gedragsnorm), als met welke sancties hij bij overtreding van het verbod wordt bedreigd (de bevoegdheidsnorm). Het voorschrift dat door een bestuurlijke sanctie wordt gehandhaafd, moet voor de burger voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar zijn. De burgemeester voldoet hier alleen aan als hij duidelijk vooraf mededeelt dat bij niet-naleving van zijn onmiddellijk ordebevel bestuursdwang zal worden toegepast op kosten van de overtreder(s). Aan deze eis kan niet voldaan worden in het geval van grootschalige ordeverstoringen. Zoals ik in de vorige paragraaf heb bepleit, zou de burgemeester in situaties waarin hij acuut moet handelen een onmiddellijk ordebevel moeten uitvaardigen en daarbij gebruik moeten maken van de door de wetgever geboden vrijstelling in artikel 5:23 Awb. Anders gezegd, in omstandigheden waarin sprake is van een acute (grootschalige) ordeverstoring of dreiging daartoe, is het niet wenselijk dat aan de eisen van het

rechtszekerheidsbeginsel wordt voldaan; het belang van de burgemeester om de openbare orde te herstellen dient dan te prevaleren.

### 10.5.2.1 *Kosten*

Hierboven heb ik beargumenteerd waarom het handhaven van een onmiddellijk ordebevel met bestuursdwang mijns inziens niet is gepermitteerd. Logischerwijze acht ik in het verlengde hiervan kostenverhaal ex artikel 5:25 Awb eveneens niet mogelijk. Zoals gezegd, is de burgemeester al bevoegd is om de naleving van dit bevel op fysieke wijze afdwingen op basis van zijn onmiddellijke ordebevoegdheden in de Gemeentewet. De inzet van zijn bestuursdwangbevoegdheid, voor zover deze zou voldoen aan het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel, zou bovenmatig zijn. De enige reden voor de burgemeester om desondanks te gaan stapelen, kan niet anders zijn dan om gebruik te maken van het kostenverhaal. Een dergelijke praktijk levert strijd op met het verbod op détournement de pouvoir.

Ten overvloede kan worden opgemerkt dat gebruikmaking van het kostenverhaal uit de bestuursdwangregeling in strijd zou zijn met artikel 5:23 Awb. De burgemeester zou naar mijn mening immers een onmiddellijk ordebevel alleen moeten uitvaardigen in een situatie van een acute (grootschalige) ordeverstoring of een acute dreiging waarbij de uitzondering in artikel 5:23 Awb opgaat. Hoewel de onwenselijkheid van kostenverhaal niet een specifiek motief vormt bij de totstandkoming van dit artikel, blijft de tekst duidelijk: de *gehele* bestuursdwangafdeling is niet van toepassing bij optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde: Er worden de burger allerlei waarborgen en een regulier niveau aan rechtsbescherming ontnomen om de onmiddellijke ordehandhaving te kunnen faciliteren. Daartegenover staat vervolgens dat ook het kostenverhaal uit de bestuursdwangregeling niet van toepassing is.

## 10.5.3 Handhaven onmiddellijk ordebesluit met bestuursdwang<sup>732</sup>

Stel dat de burgemeester tijd heeft om van zijn onmiddellijk ordebevel dat een verplichting voor ordeverstoorders bevat, een besluit te maken en dat dit besluit met voeten wordt getreden. In deze paragraaf ga ik in op de (on)mogelijkheid van het handhaven van een onmiddellijk ordebesluit met een vorm van bestuursdwang (gewone spoedbestuursdwang of de preventieve last onder bestuursdwang). De overtreding bestaat uit het niet naleven van de schriftelijk neergelegde norm. In deze categorie spelen dezelfde argumenten een rol als bij de onmiddellijke ordebevelen; zij worden echter anders gewogen omdat de bur-

---

<sup>732</sup> Zie §9.3.3 .

gemeester blijkbaar de tijd heeft om meer waarborgen en rechtsbescherming te bieden dan strikt genomen noodzakelijk is.

Het stapelen van bevoegdheden is naar mijn mening ook in deze categorie bovenmatig; op basis van zijn onmiddellijke ordebevoegdheden is de burgemeester al bevoegd om over te gaan tot fysieke dwang. Er bestaan evenwel minder argumenten om te kunnen stellen dat het handhaven van een onmiddellijk ordebesluit met bestuursdwang onrechtmatig is.

Om te beginnen kan een bestuursdwangbevoegdheid opgesloten zitten in het systeem van de Gemeentewet door ervan uit te gaan dat de burgemeester een uitvoeringsbevoegdheid toekomt op basis van artikel 172 lid 1 Gem.wet of op basis van de bevoegdheden in de artikelen 172 lid 2 en 3, 174 lid 2, 175 en 176 Gem.wet zelf. Net als bij het handhaven van een onmiddellijk ordebevel met bestuursdwang, kan de vraag worden gesteld of er voor het aannemen van een sanctiebevoegdheid ter naleving van nieuwe, tijdelijke normen niet een sterkere en specifiekere grondslag is vereist.

Vervolgens verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich niet tegen de hier besproken stapelingsconstructie, mits de potentiële overtreder vooraf op de hoogte wordt gesteld van wat verboden is en welke sanctie er voor hem dreigt bij overtreding van de nieuwe, tijdelijke verplichting. Dit is alleen mogelijk als de burgemeester bij zijn onmiddellijk ordebesluit gelijktijdig mededeelt dat hij zijn besluit handhaaft met spoedbestuursdwang of een preventieve last onder bestuursdwang op kosten van de overtreder(s). Om deze reden acht ik superspoedbestuursdwang, waarbij er eerst fysiek wordt ingegrepen en achteraf een besluit wordt toegestuurd, in deze constructie niet toelaatbaar.

Ten derde staat artikel 5:23 Awb op zichzelf niet in de weg aan het handhaven met bestuursdwang van een onmiddellijk ordebesluit. De wetgever associeert dit artikel met mondelinge bevelen en fysieke maatregelen van burgemeester en politie ter onmiddellijke ordehandhaving en niet met besluiten die in een onmiddellijkheidssituatie worden genomen. Het artikel is bedoeld als tegemoetkoming om het handelen in een onmiddellijkheidssituatie te vergemakkelijken. De burgemeester kan desondanks kiezen om van zijn onmiddellijk ordebevel een besluit te maken.

Tot slot valt op te merken dat de Afdeling het stapelen van een onmiddellijk ordebesluit met bestuursdwang onder het huidige recht één keer heeft toegestaan in de zaak *Fumigation*. Deze summier gemotiveerde uitspraak biedt evenwel naar mijn mening onvoldoende basis om de rechtmatigheid van het stapelen aan te nemen. Strikt genomen ging het in deze zaak om onmiddellijke rampenbestrijding waarbij niet de burgemeester had moeten handelen, maar het college van b en w door alleen superspoedbestuursdwang toe te passen. De Afdeling is daarbij noch ingegaan op de wettelijke basis van de aangenomen bestuurs-

dwangbevoegdheid voor de burgemeester, noch op het subsidiariteitsbeginsel (in de *NS-Vastgoed*-uitspraak wel) noch op allerlei rechtszekerheidsvraagstukken.

### 10.5.3.1 *Kosten*

In de categorie onmiddellijke ordebevelen merkte ik op dat het bovenmatig is om twee handhavingvormen waarmee de burgemeester fysiek kan ingrijpen, op elkaar te stapelen. Dit is evenzeer het geval als het gaat om onmiddellijke ordebesluiten. De burgemeester is al op basis van Gemeentewet bevoegd om met fysieke dwang voor de naleving van zijn ordebesluit te zorgen; het toepassen van bestuursdwang in deze constructie zou geen ander doel kunnen dienen dan om over te gaan tot kostenverhaal. Dit is in strijd met het verbod op détournement de pouvoir.

Eén belangrijke kanttekening moet echter gemaakt worden. Als we bij het handhaven van een onmiddellijk ordebesluit uitgaan van het bestaan van een bestuursdwangbevoegdheid, dan is er één goede reden om toch van deze grondslag gebruik te maken: daarmee ontstaat de mogelijkheid van de (preventieve) last onder dwangsom ex artikel 5:32 Awb. Op deze wijze is geen sprake van een opeenstapeling van mogelijkheden tot fysiek handelen – hetgeen slechts kostenverhaal tot doel kan hebben – maar van de inzet van twee handhavingvormen die elkaar aanvullen.

Een heel ander argument tegen kostenverhaal ex artikel 5:25 Awb na handhaving van een onmiddellijk ordebesluit met bestuursdwang, is de huidige stand van zaken in de discussie over het al dan niet doorberekenen van politiekosten. Uit deze discussie blijkt dat men de activiteiten van de politie bij (grootschalige) ordeverstoringen nog te veel ziet als een klassieke overheidstaak (zie §9.2.2 ); doorberekening van kosten gemaakt bij het voorkomen, beheersbaar houden en beëindigen van rellen, vindt men principieel onjuist en onwenselijk. Ook hier kan vervolgens gewezen worden op het alternatief van de dwangsom. Het afdwingen van de naleving van een onmiddellijk ordebesluit door middel van een (preventieve) last onder dwangsom betreft immers niet het verhalen van de kosten van het fysiek ingrijpen, maar ziet op het dreigen met het verbeuren van een bepaalde geldsom.

### 10.5.4 Slotconclusie

Ondanks overeenkomst in vorm en rechtsontwikkeling zijn de bevoegdheden ter onmiddellijke handhaving van openbare orde en de bestuursdwangbevoegdheid van de burgemeester in de kern te beschouwen als ongelijksoortig. Meer en meer kunnen beide middelen echter afzonderlijk in een onmiddellijkheidssituatie

worden aangewend. Dit heeft om te beginnen te maken met de toename aan wettelijke voorschriften die specifiek ordeverstoring gedrag reguleren. Daarnaast blijkt de last onder bestuursdwang (en de last onder dwangsom) steeds vaker toegepast te kunnen worden in uitzonderlijke omstandigheden, te weten vóórdat schending van het wettelijk voorschrift daadwerkelijk plaatsvindt (preventieve bestuursdwang) en in spoedsituaties. In dit opzicht zou de bestuursdwangfiguur een grondslag kunnen vormen voor het doorberekenen van de politiekosten die met onmiddellijke ordehandhaving zijn gemoeid.

Wat de onmiddellijke ordebevoegdheden betreft, heeft de wetgever met artikel 5:23 Awb een unieke kans gecreëerd: burgemeesters en politieambtenaren mogen ‘besluitloos’ handelen als de openbare orde op onmiddellijke wijze hersteld dient te worden. Juridisering van dit type handhaving brengt desalniettemin belangrijke voordelen met zich mee. De bevoegdheden in kwestie zijn immers ook inzetbaar bij een concrete en actuele dreiging. In dit soort situaties ligt het minder voor de hand om van artikel 5:23 Awb gebruik te maken omdat er enige tijd is om een beslissing op schrift te stellen. Aangezien het handelen van de burgemeester veelal bestaat uit het creëren van nieuwe, weliswaar tijdelijke, normen kan hij – en dus moet hij – in deze categorie situaties zoveel mogelijk rechtszekerheid bieden.

In het algemeen geldt dat als de burgemeester met meerdere handhavingsmiddelen hetzelfde doel kan bereiken, hij op basis van het subsidiariteits- of evenredigheidsbeginsel voor het minst ingrijpende middel moet kiezen; de inzet van een onmiddellijk ordebevel op basis van de Gemeentewet is alleen gerechtvaardigd als er geen andere bevoegdheid voorhanden is (in de APV of in een bijzondere wet) dan wel de uitoefening van bestaande bevoegdheden niet voor een afdoende resultaat zorgt. Voor voorzienbare (grootschalige) ordeverstoringen bij bijvoorbeeld voetbalwedstrijden en jaarlijkse evenementen moet een reguliere voorziening worden getroffen met een solide democratische basis. De standaardinzet van een (nood)bevel op basis van de Gemeentewet wijst op onrechtmatig gebruik van de onmiddellijke ordebevoegdheid.

De last onder bestuursdwang is niet een minder ingrijpend middel dan de bevoegdheden ter onmiddellijke ordehandhaving. Bij beide soorten handhaving kan op fysieke wijze worden ingegrepen; de reikwijdte van de last onder bestuursdwang en het onmiddellijk ordebevel verschillen echter wezenlijk van elkaar. Met bestuursdwang kan de burgemeester alleen bestaande wettelijke normen handhaven en geen nieuwe verplichtingen doen ontstaan. Daar staat tegenover dat na toepassing van bestuursdwang in beginsel de kosten kunnen worden verhaald; dit is na fysiek ingrijpen op basis van een onmiddellijke ordebevoegdheid niet mogelijk.

Het stapelen van onmiddellijke ordehandhaving met bestuursdwang is niet nodig en verdient niet de voorkeur; dit kan in sommige gevallen zelfs onrecht-

matig zijn. Bij het afdwingen van de naleving van een onmiddellijk *ordebesluit*, kan de bestuursdwanggrondslag in één opzicht wel uitkomst bieden; die opent de deur voor de inzet van de last onder dwangsom. Bij een (preventieve) last onder dwangsom gaat het immers niet om het verhalen van de kosten van het fysiek ingrijpen, maar om het dreigen met het verbeuren van een bepaalde geldsom.





# Summary

This thesis refers to the burgomaster's competences to immediately enforce public order pursuant to the Dutch Municipalities Act (Gemeentewet – Gem.wet) and his power to take a decision containing an instruction under the threat of enforcement action. The form and execution of these two competence systems are very similar; in both cases the unwritten restorative measure (bevel) or decision (last) is physically executed.

Decisions containing an instruction under the threat of enforcement action emerged during the 19<sup>th</sup> century in order to execute local by-laws implemented by the municipal council by exercising the right of physical coercion. This legal concept subsequently developed from physical enforcement to enforcement by means of a legal act; the decision to carry out a decision containing an instruction under the threat of enforcement action shall be put down in writing and constitutes an order (besluit) within the meaning of the Dutch General Administrative Law Act (Algemene Wet Bestuursrecht – Awb), which means that the requirements of the Awb are applicable and that citizens as such have access to comprehensive legal protection.

Decisions containing an instruction under the threat of enforcement action are defined as reparatory sanctions. The aim is to bring the illegal situation back in line with the standards required by law. The burgomaster is authorized to impose these sanctions for the enforcement of rules he executes or pursuant to specific powers under the law (see Article 5:4 Awb and Article 125 paragraph 3 in conjunction with Article 174 paragraph 1 and 3 Gem.wet). In case of an actual or alleged infringement the burgomaster notifies the offender of an existing obligation and proceeds to impose the decision, which is a concrete measure to restore the illegal situation. An infringement is an illegal act in breach of regulations under and pursuant to statutory regulations. If the offender does not carry out the decision or does not do so in time, the competent authority is authorized to carry out the decision by exercising physical acts (see Article 5.21 Awb).

In particular circumstances the legislator allows to take recourse to decisions containing an instruction under the threat of enforcement action, that is to say before the infringement of statutory regulations actually takes place (precautionary enforcement action) and in case of situations requiring urgent action. A distinction is made between two types of urgent situations. In case of regular urgent situations the decision shall be submitted stating that immediate physical enforcement will proceed. In case of urgent emergency situations the adminis-

tration may physically intervene directly. In that case the enforcement action shall be carried out immediately and subsequently the order shall be notified. The latter type is also known as supra-urgent enforcement action (*superspoedbestuursdwang*).

The specific competences granted to the burgomaster also allow for immediate enforcement of public order by means of which the police is allowed to exercise physical coercion. Exercising the burgomaster's competences with regard to public order requires the public order to be adversely affected. In the meanwhile, the law has developed in such manner that public order disturbances virtually always involve violation of statutory regulations. In the example mentioned, such violations are for instance criminal offences pursuant to the Dutch Criminal Code or special laws and violations of the prohibitions pursuant to the municipal by-law (APV) 'to adversely affect public order at a public event' or 'of provocative behaviour causing disturbances in public places'. Due to the evolution of APV provisions prohibiting disorderly behaviour, the burgomaster is authorized to exercise decisions containing an instruction under the threat of enforcement action in a growing number of cases.

Over the past decades immediate enforcement of public order by the burgomaster evidently shows a trend toward juridification. Restorative measures to immediately enforce public order are put down in writing nearly by default. For example several days prior to soccer games, demonstrations or public events unwritten emergency restorative measures will be issued in writing. Such unwritten restorative measures thus have become an order within the meaning of the General Administrative Law Act, as is the case with decisions containing an instruction under the threat of enforcement action.

In this thesis I have discussed the immediate public order provisions, i.e. Article 172 paragraph 2 and 3, Article 174 paragraph 2, Article 175 Gem.wet and Article 173 of the former Municipalities Act. The latter has been incorporated in full in Article 4 of the Dutch Security Regions Act (*Wet veiligheidsregio's*). These powers can only be exercised in case of crisis situations demanding immediate action and to restore public order and peace. Crisis situations demanding immediate action require the public order to be adversely affected – or likely to be affected – in a public area and consist of danger or constitute breach of other people's rights. Subsequently, public order disturbances, or threats of public order disturbances have to be concrete, present and significant and involve infringement of a statutory regulation. They may include crisis situations which occur immediately or short term threats of crisis situations. For example, in the last situation several days prior to the public event groups of order disturbers are going to make trouble according to concrete information. Structural public nuisance in public areas caused by drug traffic and prostitution for example, should be combatted with democratically legitimized legal actions.

The first objective of this thesis is to define the burgomaster's alternatives with regard to immediate enforcement of the public order. The second objective is to determine the situations in which decisions containing an instruction under the threat of enforcement actions – and thus decisions containing an instruction under the threat of an *astreinte* – offer additional means to exercise the power to immediately enforce public order. In this respect, the cost side of decisions containing an instruction under the threat of enforcement action is particularly interesting. The third objective is to form a soundly based judgment of the trend regarding the juridification of immediate enforcement of public order, bearing in mind its large impact.

The term juridification refers to the phenomena that burgomasters often put down their immediate restorative measures in writing and occasionally force themselves to try to comply with the requirements of a regular order within the meaning of the General Administrative Law Act. The development of the law in this context is striking in view of Article 5:23 Awb, whereas in this provision the legislator ensures rapid and decisive action in order to enforce public order. Article 5:23 Awb provides:

“This Section [Section 5.3.1 Awb ‘Decisions containing an instruction under the threat of enforcement action’] does not apply to actions regarding the immediate enforcement of public order.”

Under this article the burgomaster and police officers do not have to comply with the requirements of regular decisions containing an instruction under the threat of enforcement action so to speak, for example in case of prevention or termination of riots. Concrete and present threats constitute grounds for prevention, whereas if the public order disturbances have already started there are grounds for termination. According to the legislator it is impossible to put down an immediate unwritten restorative measure in writing in both situations or such situations prevent to properly put down an immediate unwritten restorative measure in writing. Despite the intention of the legislator, unwritten restorative measures to immediately enforce public order are put down in writing regularly, from a few days to a few hours prior to the public order disturbances and occasionally afterwards.

The problem definition of this thesis is: What is the meaning and the scope of Article 5:23 Awb, also in the light of the development of the juridification of restorative measures to immediately enforce public order as with decisions containing an instruction under the threat of enforcement action? The question regarding the relation between the power to immediately enforce public order and the burgomaster's competence regarding the decision containing an instruction under the threat of enforcement action is relevant as well.

The decision containing an instruction under the threat of enforcement action and immediate enforcement of public order have been discussed separately in order to answer the research questions. I have placed both enforcement types in a historical perspective (the decision containing an instruction under the threat of enforcement actions in Chapter 2, immediate enforcement of public order in Chapters 5 and 6), and subsequently the current regulations have been described (the decision containing an instruction under the threat of enforcement action in Chapter 3, immediate enforcement of public order in Chapters 7 and 8). In Chapters 4 and 9 I have analysed the possibilities to charge costs. In Chapter 10 I have stated my findings and the actual comparison of both enforcement types. The internal comparison was based on the following subjects: the competence and timing of the act, the form of the act, the execution of the act, the standardization of the act and the costs. These comparison subjects raise the question regarding the relevance to the burgomaster and the citizens of which instrument to use.

My findings regarding the meaning and scope of Article 5:23 Awb, also in the light of the juridification of restorative measures to immediately enforce public order, may be summarized as follows.

An immediate genuine *restorative measure* (onmiddellijk ordebevel) is an oral restorative measure by the burgomaster pursuant to Articles 172 paragraph 2 and 3, 174 paragraph 2 and 175 Gem.wet and which he does not put down in writing afterwards. The offered exemption regarding the requirement that the order is put down in writing, means that the act cannot be qualified as an administrative order within the meaning of the General Administrative Law Act. This means that full compliance is not required with the majority of the procedural requirements that do apply for regular administrative enforcement, such as examination of the offender, the statement of reasons regarding the decision in writing stating the violated statutory regulation, to afford a time limit, the notification, the decision on the objections and as a result the possibility of appeal to the administrative court. An immediate *written measure* (onmiddellijk ordebesluit) to restore public order is a restorative measure issued pursuant to the same competences, imposing new obligations on citizens, put down in writing in due time and which is therefore an order within the meaning of Article 1:3 Awb. In the latter case the burgomaster has to comply with the regular requirements.

The question in which situations Article 5:23 Awb offers the burgomaster a solution, must be assessed based on the following concerns. For the burgomaster and the police officers it is important that they can act rapidly and decisively. Individual citizens, however, need to know what is expected from them and if proper legal protection is offered against any unlawful act by the burgomaster.

A written or unwritten measure to immediately restore or enforce public order may be exercised in three moments in time: immediately (1), on the same day (2) and several days prior to (3) the expected disturbance of the order. The amount of time the burgomaster has at his disposal will increase the requirements applicable to his acts (for example due care, statement of reasons, proportionality).

If an unwritten restorative measure has to be exercised immediately (1), circumstances should exist which arise suddenly; or, to put it differently, a situation exists that takes the authorities by surprise. It may be an event that was not anticipated at all, yet also a situation where public order disturbances have been anticipated, but on the wrong scale or the professional level of which was anticipated wrongly.

Immediate threat – public order disturbances are about to commence – and ongoing public order disturbances constitute urgent situations and a basis for direct action by or on behalf of the burgomaster. It is my opinion that in both situations the burgomaster has to use the margin which the legislator has provided in Article 5:23 Awb; the unwritten restorative measures in this category have to be issued orally, which is virtually the only possibility. The decision following an immediate threat or an eruption of public order disturbance should not be put down in writing afterwards. Based on the text, Article 5:23 Awb has an “all or nothing” character: the enforcement action section, including the regulation regarding supra-urgent cases, is or is not applicable. The legislator intentionally has enabled the burgomaster to largely avoid compliance with the Awb in a limited number of cases, including the regulations regarding objection and appeal. The exceptional circumstances justify the non-compliance with the requirements which under normal circumstances would apply to a sound and proper administration.

The next category (2) constitutes threats of public order disturbance occurring on the moment when anticipated by the burgomaster based on reliable information. There is as such a concrete and present threat, but the public order disturbance has not actually started yet. In this situation it is possible to issue and notify an unwritten (emergency) restorative measure in writing, for example by way of a poster, distributing flyers on site or notification of a more official decision

If the burgomaster decides not to apply Article 5:23 Awb, he should, in my opinion, briefly state the reasons as well as the considerations which led to the unwritten (emergency) restorative measure, describe the prohibited behaviour, notify the implications of disregarding the restorative measure and refer to an objection provision. This implies that legal protection against any unlawful acts of the burgomaster – although mostly *ex post* – is offered to citizens, which is a major asset. The citizen’s interest may be the breach of his fundamental rights,

the compensation of damages incurred due to the unlawful decision or in case he is acquitted if he would have been prosecuted for the non-compliance with an official unwritten restorative measure.

By notifying the order, citizens know exactly and in time what to expect, which constitutes a more significant advantage. This means that (potential) order disturbers cannot claim afterwards that they have not been given the opportunity to read the contents of the restorative measure. It is conceivable that such acts may in some cases have deterrent effects, due to the clear statement of the consequences in case the restorative measure is disregarded. Against this background I am not in favour of physical action by the police whereby the burgomaster sends the order afterwards.

In the last category the information regarding intentions of hooligans or a group of concerned citizens to make trouble is at the disposal of the burgomaster a few days in advance (3). A concrete and present potential public order disturbance may exist in this situation as well. It should be noted that, exercising an immediate unwritten restorative measure is only legitimate if the APV does not provide for a competence or if other competences do not lead to decisive results. For regular public order disturbances, in the event of a soccer game or at New Year's Eve, municipal councils should issue bylaws with a solid democratic basis. The standard exercise of unwritten (emergency) restorative measures in such circumstances by the burgomaster is an indication of unlawful use of these competences.

The situations which fall in this category seem to be similar to the situations in category 2. The only difference being that the burgomaster has more time to consider his actions. This implies that Article 5:23 Awb does not preclude in any way taking orders in such situations. Moreover, for reasons of legal certainty – for citizens as well as for the burgomaster – to my opinion, unwritten restorative measures issued several days in advance should be exercised as if it were orders. In principle, these restorative measures should therefore be sent or handed over personally and/or published in any other suitable way.

The quality level of due care and the statement of reasons should be higher with regard to the written document in this category; the order should state the reasons, the considerations which led to the unwritten (emergency) restorative measure, describe the prohibited behaviour, state the impact of disregarding the unwritten restorative measure and refer to an objection provision.

The argument with regard to legal protection should be accorded more importance than in situations in category 2. This category offers citizens legal protection prior to and after an order is taken. Suppose a citizen is unduly prohibited to appear at a certain event. Following the letter, he may lodge an objection and try to have the administrative court grant him a provisional remedy.

To conclude, I shall briefly set out my findings with regard to the question how competences to immediately enforce public order relate to the burgomaster's power to take a decision containing an instruction under the threat of enforcement action.

When the burgomaster chooses to take a decision containing an instruction under the threat of enforcement action instead of using his competence to immediately enforce public order, he should be aware of the differences between the two types of enforcement. The decision containing an instruction under the threat of enforcement action only grants the burgomaster the power to force the offender to comply with existing regulations. He cannot impose new obligations. In the latter case, he has to make an order (afterwards) and notify the offender(s). However, an important advantage is that the costs of the physical acts shall be borne by the offender. With regard to the crisis situation demanding immediate action I have examined several enforcement alternatives: solely exercising the decision containing an instruction under the threat of enforcement action and two combinations of immediate enforcement of public order together with a decision containing an instruction under the threat of enforcement action.

The first option is based on the situation that the burgomaster exercises a form of a decision containing an instruction under the threat of enforcement action *instead of* his power to immediately enforce public order. Obviously, statutory regulations should have been (allegedly) infringed and with regard to those regulations the burgomaster has to be competent to exercise the decision containing an instruction under the threat of enforcement action.

It is established that the burgomaster has been granted the competence to take the decision containing an instruction under the threat of enforcement action in case of public order disturbances in combination with infringement of APV regulations which lay down rules with regard to events or public areas. The burgomaster can theoretically exercise this competence when the public order disturbance takes place or threatens to take place. Order disturbances that are taking place could imply supra-urgent enforcement action, in which immediate restoration of the illegal situation would imply that the riot squad removes the offenders and keeps them away from the situation. In case of threats of public order disturbances precautionary decisions containing an instruction under the threat of enforcement actions could be considered. The threat of violations should be manifestly demonstrated by preparatory acts and/or concrete and reliable statements.

In case of a decision containing an instruction under the threat of enforcement action the main rule is that in principle the costs for exercising the decision shall be borne by the offender, unless it would not be reasonable for these costs or part of these costs to be borne by him (Article 5:25 Awb). In case of exercising the competence in the event of a crisis situation demanding immediate ac-

tion, it seems possible in principle to charge the costs to the public order disturber who is the offender as well. Charging the costs is not common practice in situations like this, because it involves costs for deploying police officers (the riot squad) which are incurred in exercising a classical duty governed by public law, i.e. to prevent, manage and terminate (massive) disorderly behaviour particularly in public places (street or road). In addition, the present situation on the discussion on whether or not charging police costs is that the government considers this kind of activities classical duties governed by public law and therefore charging costs is in principle deemed inappropriate. In my opinion, charging this type of enforcement costs cannot be based on the decision containing an instruction under the threat of enforcement action because it is too general and complicated for that purpose. Only a specific autonomous basis in formal law would constitute a lawful basis for charging costs the police incurs for preventing, managing and terminating riots.

In one respect the decision containing an instruction under the threat of enforcement action offers a solution in case of a crisis situation demanding immediate action: it opens the possibility to exercise the decision containing an instruction under the threat of an *astreinte*. After all, in case of a (precautionary) decision containing an instruction under the threat of an *astreinte* the aim is not to charge costs incurred for physical actions, yet to threaten with forfeiture of a certain amount of money.

The second option I have researched is the possibility to combine the two types of enforcement (to pile them so to speak). I have made a distinction between an immediate unwritten restorative measure and an immediate written measure to restore public order. Suppose the burgomaster has deemed it necessary to issue such an unwritten restorative measure – or a written restorative measure – due to public order disturbances or threats of public order disturbances, and he has aimed to enforce a rule which he has imposed by an unwritten restorative measure or by order instead of enforce statutory regulations under the APV exercising a decision containing an instruction under the threat of enforcement action. Henceforth, an infringement of provisions of statutory regulations (see Article 5:1 Awb) constitutes the violation.

In my opinion a decision containing an instruction under the threat of enforcement action is not suitable to enforce an *unwritten restorative measure* to immediately enforce public order. The discussed construction is before and above all not necessary; the burgomaster is already authorized to exercise physical coercion in order to enforce his unwritten restorative measure based on Articles 172 paragraph 3, 174 paragraph 2 and 175 Gem.wet. There can be no other reason to enforce his unwritten restorative measure through this form of enforcement action than the possibility of charging costs. This practice constitutes misuse of powers.



The discussed piling construction has many obstacles concerning the principles of legality and legal certainty. Assuming sanctioning powers to enforce unwritten restorative measures imposing new, temporary obligations demands a strong and specific legal basis. It is questionable if this is the case. The set of relevant provisions of the Municipalities Act does not explicitly provide for powers granted to the burgomaster to take decisions containing an instruction under the threat of enforcement action to enforce an immediate unwritten restorative measure. This competence could follow from the system of the Municipalities Act by assuming that the burgomaster is entitled to exercise his competence based on the relevant articles of that Act. The term ‘exercise’ has traditionally been associated with exercising *orders* and in particular with exercising by-laws by granting permits and exemptions. Whereas the competences to immediately enforce public order generally concerns exercising rules created by the burgomaster himself and issued by *oral restorative measures*.

For citizens it is important that the prohibited conduct (rule of conduct) and the sanctions on violating the prohibited conduct (rule of competence) are sufficiently precise, foreseeable and certain. The burgomaster only complies with this if he clearly notifies in advance that he will apply his power to take a decision containing an instruction under the threat of enforcement action against infringements of his immediate unwritten restorative measure and that the offender(s) shall owe the relevant costs incurred. This requirement cannot be complied with in case of large public order disturbances. As I have argued in the former paragraph, the burgomaster should issue an immediate unwritten restorative measure and use the exemption offered in Article 5:23 Awb if immediate action is required. To put it differently, in case of immediate (large) public order disturbances or threat of public order disturbances it is inappropriate to comply with the principle of legal certainty; the burgomaster’s interest to restore public order should prevail in such case.

Because I consider it unlawful to enforce an immediate unwritten restorative measure under the decision containing an instruction under the threat of enforcement action, there is in my view no justification for charging costs pursuant to Article 5:25 Awb.

The situation becomes more complex if a written restorative measure – an *order* – is enforced under a decision containing an instruction under the threat of enforcement action. The burgomaster apparently has sufficient time to provide more safeguards and legal protection than is strictly required. The arguments regarding immediate unwritten restorative measures are relevant as well. However, those are not equally important.

Again I would like to point out that piling competences is excessive; the burgomaster’s immediate public order competence already has been granting him power to exercise physical coercion. However, the statement that enforce-

ment of an immediate written measure to restore public order under a decision containing an instruction under the threat of enforcement action is unlawful cannot be fully supported.

As stated before, the power to take a decision containing an instruction under the threat of enforcement action could follow from the system of the Municipalities Act by assuming that the burgomaster is entitled to exercise powers. The same question applies to the enforcement of an immediate unwritten restorative measure under a decision containing an instruction under the threat of enforcement action: Does assuming sanctioning powers in order to enforce new, temporary rules demands a stronger and more specific legal basis? However, the principle of legal certainty is not contrary to the discussed piling construction because of its temporary nature, provided that the potential offender is notified in advance of the prohibited conduct and the sanctions on violating new, temporary obligations. Enforcement types can only be piled if the burgomaster simultaneously notifies that he shall issue the immediate written measure to restore public order and that he shall enforce the order under supra-urgent enforcement action or a precautionary decision containing an instruction under the threat of enforcement action and that the costs shall be borne by the offender(s). I therefore consider the supra-urgent enforcement action, which involves physical acts prior to sending an order, not permissible in this construction.

Article 5:23 Awb is not per se contrary to enforcement of an immediate written measure to restore public order under a decision containing an instruction under the threat of enforcement action. The legislator associates this article with oral restorative measures and physical measures by the burgomaster and the police to immediately enforce public order and not with orders that need to be taken in crisis situations demanding immediate action. The aim of this article is to accommodate and facilitate acts in such crisis situations. Nevertheless, the burgomaster may convert his immediate unwritten restorative measure into an order.

Finally, it must also be observed that the Dutch Administrative Jurisdiction Division (the highest general administrative court in the Netherlands) has decided under current law in one case, i.e. the *Fumigation* judgment, that combining an immediate written measure to restore public order with a decision containing an instruction under the threat of enforcement action was allowed. The considerations of the judgment were given only in summary form and therefore cannot constitute sufficient basis to regard piling as legitimate. This case strictly concerned immediate disaster relief in which the board of burgomaster and elders ought to have acted by applying supra-urgent enforcement action, instead of the burgomaster. The Administrative Jurisdiction Division did neither consider the legal basis of the adopted power to take a decision containing an instruction under the threat of enforcement action of the burgomaster nor the

principle of subsidiarity (which it did in the *NS-Vastgoed* judgment) and legal certainty questions.

Regarding charging police costs, I find that decisions containing an instruction under the threat of enforcement action can neither constitute sufficient basis for this piling construction. Because the burgomaster is already authorized to exercise physical coercion to enforce public order based on the provisions in the Municipalities Act, there can be no other reason to apply his power to take a decision containing an instruction under the threat of enforcement action than to charge costs. This practice constitutes misuse of powers. Furthermore, the present situation on the discussion on whether or not charging police costs is that preventing, managing and terminating riots are mainly considered classical duties governed by public law.

Nevertheless, it should be noted that if we assume that the power to take a decision containing an instruction under the threat of enforcement action exists for enforcement of an immediate written measure to restore public order, the reason to use such enforcement action provided for in the law in spite of this, is the possibility to use the (precautionary) decision containing an instruction under the threat of an *astreinte* pursuant to Article 5:32 Awb. Thus, the alternative options to act physically are not piled – whereas the object of piling can only be to charge costs – but two enforcement types are executed in a complementary way.

The following conclusions can be made. Despite the similarity regarding forms and legal developments the competences to immediately enforce public order and the burgomaster's power to take a decision containing an instruction under the threat of enforcement action basically are of a disparate nature. Both actions can, however, be increasingly exercised separately in crisis situations demanding immediate action, firstly due to the rise of statutory regulations specifically regulating disorderly behaviour. Secondly, it appears that the decision containing an instruction under the threat of enforcement action (and the decision containing an instruction under the threat of an *astreinte*) can be increasingly applied in exceptional circumstances, i.e. prior to the actual infringement of the statutory regulation (precautionary decision containing an instruction under the threat of enforcement action), and in emergency situations. In this respect the concept regarding the decision containing an instruction under the threat of enforcement action may constitute a basis for charging police costs incurred for immediate enforcement of public order. However, the nature of the decision containing an instruction under the threat of enforcement action is too general. In my opinion, only a specific autonomous basis in formal law would constitute a lawful basis for charging costs the police incurs for preventing, managing and terminating riots.

With regard to the public order competences the legislator has created a unique opportunity by introducing Article 5:23 Awb: burgomasters and police officers are allowed to act without an order if the public order demands to be restored immediately. Nevertheless, juridification of this enforcement type implies specific significant benefits. The relevant competences may also be exercised in case of concrete and present threats. Because such situations offer sufficient time to put down the decision in writing, Article 5:23 Awb should not be applied. Because acts of the burgomaster often constitute new, albeit temporary, rules, he may – and therefore should – guarantee as much legal certainty as possible in such situations.

As a general rule, the burgomaster must opt for the least intrusive measure based on the principles of subsidiarity and legality in case the same results can be accomplished with different enforcement measures; exercising an immediate unwritten restorative measure pursuant to the Municipalities Act is justified only if no other competence is provided for (pursuant to the APV or a special law) or if other competences do not lead to decisive results. The standard exercise of unwritten (emergency) restorative measures pursuant to the Municipalities Act is an indication of unlawful use of immediate public order competences.

The decision containing an instruction under the threat of enforcement action is not per se less intrusive than the competence to immediately enforce public order. Both enforcement measures provide for physical enforcement; however, the scopes of the decision containing an instruction under the threat of enforcement action and the immediate unwritten restorative measure are substantially different. The decision containing an instruction under the threat of enforcement action grants the burgomaster the competence to enforce existing statutory regulations. It does not constitute a basis for creating new obligations. However, after taking the decision containing an instruction under the threat of enforcement action in principle costs may be charged, which is not possible after physical acts under an immediate public order competence.

Combining immediate public order enforcement with a decision containing an instruction under the threat of enforcement action is not required and not preferable. In some cases this could even be unlawful. A decision containing an instruction under the threat of enforcement action could offer a legal basis under the law in case of enforcement of an immediate written measure to restore public order, because it opens the possibility to exercise a decision containing an instruction under the threat of an *astreinte*, as it does not involve combining competences to exercise physical acts.

# Jurisprudentielijst

## Europees Hof voor de Rechten van de mens

EHRM 6 juni 2000, *JB* 2000, 266 (Oliveira versus Nederland).  
EHRM 4 juni 2002, *AB* 2003, 19 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *AB* 2002, 407 m.nt. Sew.  
EHRM 13 mei 2008, nr. 19009/04 (McCann v United Kingdom).

## Hoge Raad

HR 3 juni 1859, *W.* 2070.  
HR 16 juni 1884, *W.* 5064.  
HR 22 oktober 1894, *W.* 1894, 6574.  
HR 17 februari 1896, *W.* 1896, 6769.  
HR 30 maart 1896, *Gst.* 2330, *W.* 6790.  
HR 18 mei 1896, *W.* 6810.  
HR 9 januari 1905, *W.* 8171.  
HR 25 januari 1909, *Gst.* 3002-8 (1909).  
HR 23 januari 1911, *Gst.* 3112 (1911), p. 2-3.  
HR 17 juni 1912, *W.* 1912, 9357.  
HR 10 maart 1913, *W.* 1913, 9475.  
HR 3 februari 1928, *NJ* 1928, 700 (Dalfsen).  
HR 11 maart 1929, *NJ* 1929, p. 895 m. nt. v. D. (Rhedense nachtbraker-arrest).  
HR 4 december 1933, *W.* 1933, 12717.  
HR 6 februari 1939, *ARB* p. 914-918 (Rotterdamse speelautomaten).  
HR 31 januari 1950, *NJ* 1950, 669 (Broodjeswinkel-arrest).  
HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137.  
HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 138.  
HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 378 (Ijzerdraad-arrest).  
HR 18 april 1961, *NJ* 1961, 273 m.nt. B.V.A.R. (Bidprentjes).  
HR 24 oktober 1961, *NJ* 1962, 86 m. nt. B.V.A.R., *AA* 1962-1963, p. 118 e.v. m. nt. W.F.P. (Zeijense nachtbraker).  
HR 19 januari 1962, *NJ* 1962, 107 m.nt. B.V.A.R. (processieverbod Geertruidenberg).  
HR 16 november 1963, *NJ* 1964, 205 (Kloosterling-arrest).  
HR 29 november 1966, *NJ* 1967, 58 m.nt. v. E.  
HR 28 april 1967 *NJ* 1967, 220.  
HR 24 januari 1969, *NJ* 1969, 316 m.nt. HD.  
HR 20 juni 1969, *NJ* 1969, 347 (posteren politie).  
HR 18 januari 1972, *NJ* 1972, 193 m.nt. W.F.P., *AA* 1973, m.nt. Jeukens, p. 104-114 (Huilfkar of Neon lichtreclame).  
HR 26 juni 1973, *NJ* 1973, 384 (Molotovcocktail).  
HR 9 november 1974, *NJ* 1974, 91 (*Limmen-Houtkoop*).  
HR 22 februari 1977, *NJ* 1977, 288 m. nt. Th.W.v.V. (Rode vlag).  
HR 25 november 1977, *AA* 1976 (6), p. 361-371, m.nt. Jeukens.  
HR 8 april 1980, *NJ* 1980, 330, *AB* 1980, 446 en *AA* 1981, p. 29-33.  
HR 3 april 1981, *NJ* 1981, 504 m. nt. (Amsterdamse kakkerlakken I of Faraomieren I).  
HR 21 januari 1983, *NJ* 1983, 252 m.nt. JAB (Lucky Luijk).  
HR 13 november 1984, *AB* 1985, 361 m.nt. FHvdB (campinghouder Domburg).

HR 11 juni 1985, *NJ* 1986, 41 m.nt. van 't Hart.  
 HR 1 mei 1987, *AB* 1987, 504 m.nt. FHvdB.  
 HR 15 december 1987, *NJ* 1988, 708.  
 HR 16 juni 1989, *NJ* 1990, 214 m.nt. Scheltema (Helmondse paardenstal).  
 HR 11 december 1990, *NJ* 1991, 423 en *Gst.* 6924 (1991), nr. 4 m.nt. Hennekens.  
 HR 17 november 1992, *NJ* 1993, 292 (Nunchakuwapen).  
 HR 11 december 1992, *AB* 1993, 301 m.nt. G.A. van der Veen (Vlissingse Brandweerkosten of Rize K.).  
 HR 10 oktober 1995, *NJ* 1996, 356, *LJN* ZD0198.  
 HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 514, *Gst.* 7047 (1997), nr. 6 m.nt. Hennekens.  
 HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 514.  
 HR 11 oktober 1996, *AB* 1997, 123 m.nt. ThGD (Onderverzekerde inboedel Amsterdam).  
 HR 11 april 1997, *NJ* 1998, 240 m.nt. MS (Kioskontruiming Middelburg).  
 HR 19 januari 2001, *AB* 2002, 382 m.nt. PvB.  
 HR 24 september 2002, *LJN* AE2126, *NJ* 2003, 80 m.n.t. YB.  
 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 360, *AB* 2005, 59 m.nt. G.A. van der Veen, *Gst.* 7185 (2003), nr. 83 m.nt. J.M.H.F. Teunissen (Premiefraude-arrest).  
 HR 18 mei 2004, *LJN* AO2599.  
 HR 9 juli 2004, *AB* 2005, 23 m.nt. GAvdV, *LJN* AO7721.  
 HR 12 oktober 2004, *NJ* 2004, 662, *LJN* AP4260.  
 HR 30 januari 2007, *AB* 2007, 131 m.nt. Brouwer & Schilder, *LJN* AZ2104 (Dranghekken Amerikaanse ambassade).  
 HR 29 januari 2008, *LJN* BB4108.  
 HR 11 maart 2008, *AB* 2008, 163 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *NJ* 2008, 208, *LJN* BB4096.  
 HR 5 september 2008, *LJN* BD3714.  
 HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 213 m.nt. P.A.M. Mevis, *LJN* BJ 1254.  
 HR 22 december 2009, *LJN* BK3356.  
 HR 8 april 2011, *LJN* BP3059.  
 HR 8 juli 2011, *AB* 2012/2, m.nt. G.A. van der veen, *LJN* BQ 4372.  
 HR 28 oktober 2011, *LJN* BQ9880.

### Gerechtshoven

Hof Amsterdam 27 november 1891, *W.* 6163.  
 Hof Amsterdam 26 oktober 1979, *NJ* 1980, 357.  
 Hof Amsterdam 4 mei 1990, *AB* 1991, 30.  
 Hof Amsterdam 6 januari 2005, *NJF* 2005, 97 (Woonwagennontruiming Wester-Koggenland).  
 Hof Amsterdam 27 februari 2006, *LJN* AV6541.  
 Hof Amsterdam 2 november 2006, *NJF* 2007, 18, *LJN* AZ1393.  
 Hof Arnhem 7 maart 2006, *LJN* AW2033.  
 Hof 's-Gravenhage 29 april 1953, *NJ* 1953, 392 (Zierikzee-arrest).  
 Hof 's-Gravenhage 16 oktober 1974, *NJ* 1975, 302.  
 Hof 's-Gravenhage 15 juli 1982, *Gst.* 6734 (1982) m.nt. F. H. van der Burg.  
 Hof 's-Gravenhage 15 november 2004, *NBSTRAF* 2005, 68.  
 Hof 's-Gravenhage 21 maart 2006 *AB* 2006, 396 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* AV6352.  
 Hof 's-Gravenhage 8 november 2010, *LJN* BO3682.  
 Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2000, *NJ* 2001, 129.  
 Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2005, *NJF* 2005, 429.  
 Hof 's-Hertogenbosch 21 november 2006, *NJF* 2007, 36, *LJN* AZ2837.  
 Hof Leeuwarden 2 maart 2005, *LJN* AS9709.

### Rechtbanken

Rb. Alkmaar (vzr.) 18 september 2003, *NJF* 2003, 41.  
 Rb. Alkmaar 25 september 2003, *LJN* AM3259.

- Rb. Alkmaar 12 januari 2004, *LJN* AO1598.  
Rb. Alkmaar (vzr.) 15 juli 2008, *LJN* BD9134.  
Rb. Almelo 25 januari 2006, *Gst.* 7250 (2006), m.nt. M.A.D.W. de Jong, *LJN* AV0612.  
Rb. Almelo 22 maart 2006, *NJF* 2006, 407.  
Rb. Almelo (vzr.) 30 maart 2007, *LJN* BA2013 (geluidshinder door brassbands).  
Rb. Almelo 7 augustus 2009, *LJN* BJ5292.  
Rb. Amsterdam (pres.) 2 januari 1992, *KG* 1992, 50.  
Rb. Amsterdam 19 januari 1996, *RAwb* 1996, 51, *Gst.* 7027 (1996), p. 139, *JB* 1996, 49 (Landvreugd).  
Rb. Amsterdam 28 januari 1997, *JB* 1997, 61 m.nt. R.J.N.S.  
Rb. Amsterdam (pol.r.) 3 juni 2002, *LJN* AE4749, *NBSTRAF* 2002, 259.  
Rb. Amsterdam 7 december 2005, *NBSTRAF* 2006, 30.  
Rb. Amsterdam 10 mei 2007, *LJN* BA5123.  
Rb. Amsterdam 18 november 2008, *LJN* BH4354.  
Rb. Amsterdam 13 januari 2009, *JG* 2009, 0040 m.nt. LDR, *LJN* BH5041.  
Rb. Amsterdam (vzr.) 18 februari 2011, *LJN* BP5057.  
Rb. Arnhem 10 december 2002, *LJN* AF2030.  
Rb. Arnhem (vzr.) 17 december 2003, *LJN* AO1121.  
Rb. Arnhem (vzr.) 10 november 2008, *LJN* BG7045.  
Rb. Assen (pres.) 17 oktober 1996, *JB* 1996, 252 m.nt. R.J.N.S.  
Rb. Assen 23 november 2005, *LJN* AV1566.  
Rb. Assen (vzr.) 1 augustus 2008, *LJN* BE9041.  
Rb. Assen (vzr.) 24 december 2008, *LJN* BG8454.  
Rb. Assen 20 september 2010, *AB* 2011, 8 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.  
Rb. Breda (pres.) 13 juli 1984, *KG* 1984, 218, *AB* (vredesaktiekamp vliegbasis Woensdrecht).  
Rb. Breda (pres.) 26 april 1995, *JB* 1995, 168 m.nt. Schlössels.  
Rb. Breda 13 mei 2005, *LJN* AT5870.  
Rb. Breda (vzr.) 24 september 2007, *LJN* BB5122.  
Rb. Breda op 21 april 2011, *JM* 2011, 75 m.nt. Kortmann en Onrust, *LJN* BQ2058.  
Rb. 's-Gravenhage 5 september 1910, *W.* 9044.  
Rb. 's-Gravenhage (pres.) 4 december 1981, *KG* 1982, 5.  
Rb. 's-Gravenhage (pres.) 27 april 1994, *Gst.* 6993 (1994), nr. 6 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.  
Rb. 's-Gravenhage 31 maart 1998, *Gst.* 7082 (1998), nr. 6 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.  
Rb. 's-Gravenhage 4 april 2001, *LJN* AB0890.  
Rb. 's-Gravenhage 19 april 2001, *LJN* AB1399.  
Rb. 's-Gravenhage 19 februari 2004, *NBSTRAF* 2004, 139.  
Rb. 's-Gravenhage 6 september 2007, *LJN* BB4510.  
Rb. 's-Gravenhage 18 februari 2008, *LJN* BD8250.  
Rb. 's-Gravenhage 11 februari 2009, *LJN* BI8799.  
Rb. 's-Gravenhage 15 juni 2009, *LJN* BJ2015.  
Rb. 's-Gravenhage 9 februari 2011, *LJN* BP7281.  
Rb. Groningen 21 mei 1943, *NJ* 1943, 724.  
Rb. Groningen 22 januari 2003, *NJ* 2003, 169, *LJN* AF3138.  
Rb. Groningen 19 oktober 2007, *LJN* BC3477.  
Rb. Haarlem 13 juli 1933, *W.* 1933, 12641.  
Rb. Haarlem (vzr.) 6 september 2004, *LJN* AQ9848.  
Rb. Haarlem 9 november 2005, *NJF* 2006, 61.  
Rb. Haarlem (vzr.) 19 juli 2007, *LJN* BB0984.  
Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 14 oktober 2004, *LJN* AR3886.  
Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 27 oktober 2009, *LJN* BK1271 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.  
Rb. 's-Hertogenbosch 5 februari 2010, *LJN* BL4384.  
Rb. 's-Hertogenbosch 6 mei 2010, *LJN* BM7611.  
Rb. 's-Hertogenbosch, 5 augustus 2010, *AB* 2010, 304, m.nt. Brouwer en Schilder, *LJN* BN3313.  
Rb. Leeuwarden (vzr.) 14 oktober 2005, *LJN* AU4361.  
Rb. Leeuwarden (vzr.) 19 oktober 2005, *LJN* AU5033 (ontruimingsbevel Opsterland).

- Rb. Leeuwarden (vzr.) 24 juli 2008, *LJN* BD8618.  
Rb. Leeuwarden 22 september 2008, *LJN* BF2263.  
Rb. Leeuwarden 6 januari 2010, *AB* 2010, 164 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* BL9949.  
Rb. Leeuwarden (vzr.) 1 december 2011, *LJN* BU6560.  
Rb. Maastricht (pres.) 22 september 1994, *JB* 1994, 297.  
Rb. Maastricht 29 juni 2000, *LJN* AA6748.  
Rb. Maastricht 5 februari 2001, *JB* 2001, 84, m.nt. C.L.G.F.H.A., *LJN* AB0049.  
Rb. Maastricht 10 november 2003, *LJN* AN7839.  
Rb. Maastricht 19 juli 2004, *JB* 2004, 334 m.nt. Overkleef-Verburg.  
Rb. Maastricht (vzr.) 8 september 2005, *LJN* AU2723.  
Rb. Maastricht 4 mei 2006, *LJN* AW8040 (noodverordening Schinveld).  
Rb. Maastricht 6 oktober 2006, *LJN* AZ0037.  
Rb. Maastricht 2 februari 2007, *LJN* AZ8042.  
Rb. Middelburg (pres.) 4 maart 1953, *NJ* 1953, 197.  
Rb. Middelburg 13 augustus 2008, *LJN* BE0057.  
Rb. Middelburg 4 juni 2009, *LJN* BI6351.  
Rb. Roermond 18 april 1995, *JB* 1995, 135 m.nt. R. Schlössels.  
Rb. Roermond 29 juni 2005, *LJN* AT8549.  
Rb. Roermond 7 juli 2010 (vzr.), *LJN* BN0961.  
Rb. Rotterdam (pres.) 29 april 1999, *JB* 1999, 159.  
Rb. Rotterdam 16 november 1999, *LJN* AA5041, *JB* 1999, 312  
Rb. Rotterdam (vzr.) 6 september 2002, *JB* 2002, 382 m.nt. Brouwer en Schilder, *AB* 2002, 408 m.nt. Sew.  
Rb. Rotterdam 22 oktober 2002, *NBSTRAF* 2002, 295.  
Rb. Rotterdam 23 februari 2005, *LJN* AS8317.  
Rb. Rotterdam 23 februari 2005, *LJN* AS8320.  
Rb. Rotterdam 18 januari 2006, *NJF* 2006, 219.  
Rb. Rotterdam 18 januari 2006, *NJF* 2006, 399.  
Rb. Rotterdam 9 augustus 2006, *LJN* AY6360.  
Rb. Rotterdam 6 juni 2007, *AB* 2007, 226 m.nt. F.C.M.A. Michiels.  
Rb. Rotterdam 21 december 2007, *LJN* BC0822, *AB* 2008, 200 (ff-kappe-bevel Rotterdam).  
Rb. Rotterdam 7 mei 2008, *LJN* BD4100.  
Rb. Rotterdam 18 maart 2009, *LJN* BI2835.  
Rb. Rotterdam 18 maart 2009, *LJN* BI2836.  
Rb. Rotterdam 1 juli 2009, *LJN* BJ3267.  
Rb. Rotterdam 27 januari 2010, *LJN* BL7403.  
Rb. Rotterdam 16 maart 2010, *LJN* BQ0402.  
Rb. Utrecht (pres.) 3 november 2000, *LJN* AA8189.  
Rb. Utrecht (vzr.) 18 januari 2002, *LJN* AD9079.  
Rb. Utrecht 15 april 2004, *LJN* AO8953 (Trance Energy).  
Rb. Utrecht (vzr.) 13 juli 2005, *LJN* AT9336.  
Rb. Utrecht 11 december 2007, *LJN* BC2578.  
Rb. Utrecht 25 mei 2010 (vzr.), *AB* 2010, 174 m.nt. F.C.M.A. Michiels.  
Rb. Zutphen 27 augustus 2002, *JB* 2002, 290 m.nt. C.L.G.F.H.A.  
Rb. Zutphen 25 augustus 2004, *LJN* AQ8910.  
Rb. Zutphen 20 september 2006, *NJF* 2006, 634, *LJN* AY8853.  
Rb. Zwolle (pres.) 18 juli 1986, *KG* 1986, 396.  
Rb. Zwolle 16 december 1998 (*PRG* 1999, 5210).  
Rb. Zwolle 31 maart 2000, *LJN* AA8348.  
Rb. Zwolle 3 juli 2002, *PRG* 2003, 6044 (Bedorven inboedel Almere).  
Rb. Zwolle (pol.r.) 17 maart 2008, *LJN* BC7237.  
Rb. Zwolle-Lelystad (pol.r.) 17 maart 2008 *AB* 2008, 257 m.nt. J.G. Brouwer, *LJN* BC7237.



**Kantongerecht**

Ktg. Delft 2 november 1995, *Gst.* 7024 (1996), p. 41-43.

**Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State**

ABRvS 24 februari 1995, *AB* 1995, 527 m.nt. FM.

ABRvS 31 juli 1995, *AB* 1997, 16 m.nt. GJ (Verontreinigd bluswater Woudrichem).

ABRvS 28 augustus 1995, *AB* 1996, 204, *Gst.* 1995 (7019), nr. 5, *JB* 1995, 331 (Gesloten verklaring Venlo).

ABRvS 14 mei 1996, *RAwb* 1996, 108 m.nt. M.A.D.W. de Jong (oneigenlijk gebruik noodbevel).

ABRvS 7 oktober 1996, nr. H01.95.0366, *Gst.* 7050 (1997), no. 5 m.nt. Hennekens.

ABRvS 21 november 1996, *AB* 1997, 18 m.nt. FM.

ABRvS 9 december 1996, *AB* 1998, 70 m.nt. PvB.

ABRvS 19 december 1996 *AB* 1997, 79 m.nt. FM (Landvreugd).

ABRvS 29 april 1997, *JM* 1997, 8 m.nt. Schuilting.

ABRvS 4 september 1997, *JB* 1997, 251 m.nt. R.J.G.H.S.

ABRvS 16 oktober 1998, *Gst.* 7107 (1999), nr. 8 m.nt J.M.H.F. Teunissen.

ABRvS 22 december 1998, *AB* 1999, 398 m.nt. dG.

ABRvS 24 december 1998, *Gst.* 7093 (1999), nr. 3 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

ABRvS 24 december 1998, *AB* 1999, 115, m.nt. FM (festival Nederweert live).

ABRvS 11 maart 1999, *Gst.* 7098 (1999), nr. 3 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

ABRvS 21 mei 1999, zaaknr. F03.99.0132, *JOM* 2006, 277, *Men R* 1999, 97 m.nt. Uylenburg.

ABRvS 1 juni 1999, *Gst.* 7106 (1999), jurispr.nr 2, m.nt. HH, p. 523-526 (Asbestloods Alphen aan de Rijn).

ABRvS 13 juli 1999, *JB* 1999, 222.

ABRvS 14 maart 2000, *JOM* 2006, 362, nr. 199901120/1.

ABRvS 16 mei 2000, *AB* 2000, 334 m.nt. A.B. Blomberg.

ABRvS 6 juni 2000, *AB* 2000, 327 m.nt. LD, *Gst.* 7124 (2000), nr. 3, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

ABRvS 1 augustus 2000, 475, *AB* 2000, 475 m.nt. FM.

ABRvS 15 september 2000, *LJN* AA7331.

ABRvS 26 oktober 2000, *JB* 2000, 347.

ABRvS 9 januari 2001, *AB* 2001, 207 m.nt. F.R. Vermeer.

ABRvS 16 januari 2001, *LJN* AB0119.

ABRvS 13 maart 2001, *JB* 2001, 95 m.nt. C.L.F.G.H.A.

ABRvS 24 april 2001, *AB* 2002, 70 m.nt. F.R. Vermeer (Fumigation).

ABRvS 29 mei 2001, *AB* 2001, 266 m.nt. Sew.

ABRvS 8 augustus 2001, *LJN* AB3332.

ABRvS 26 september 2001, *AB* 2002, 67 m.nt. F.R. Vermeer.

ABRvS 24 oktober 2001, *AB* 2002, 147 m.nt. FM.

ABRvS 7 november 2001, *LJN* AE0082.

ABRvS 7 november 2001, *LJN* AD5810, *AB* 2002, 177 m.nt. GJ.

ABRvS 14 november 2001, *JB* 2002, 3.

ABRvS 6 maart 2002, *AB* 2003, 227 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

ABRvS 22 mei 2002, *AB* 2002, 368 (Asbestbrand Hoorn).

ABRvS 5 juni 2002, *Gst.* 7172 (2002), nr. 10 m.nt. A.H.M. Dölle.

ABRvS 19 juni 2002, *JB* 2002, 206, *LJN* AE4310.

ABRvS 19 juni 2002, *AB* 2002, 388 m.nt. FM, *JB* 2002, 206 m.nt. MP (uitvaren Sandrien).

ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2003, 78 m.nt. F.R. Vermeer (Stichting Patio).

ABRvS 11 september 2002, *AB* 2003, 106 m.nt. dG.

ABRvS 24 december 2002, *JOM* 2008, 500.

ABRvS 16 juli 2003, *LJN* AH 9858, *JOM* 2008, 348.

ABRvS 6 augustus 2003, *AB* 2004, 30 m.nt. F.R. Vermeer.

ABRvS 3 september 2003, *LJN* AI1766.

- ABRvS 8 oktober 2003, *JM* 2004, 16.  
ABRvS 24 december 2003, *AB* 2005, 95 m.nt. Brouwer & Schilder.  
ABRvS 4 februari 2004, *AB* 2004, 217 m.nt. ABB (Radioactieve buizen).  
ABRvS 18 februari 2004, *LJN* AO3948 (Herstelwerkzaamheden Rotterdam I).  
ABRvS 24 maart 2004, *AB* 2004, 218 m.nt. A.B. Blomberg.  
ABRvS 12 mei 2004, *JB* 2004, 251 m.nt. Overkleeft-Verburg.  
ABRvS 9 juni 2004, *JB* 2004, 263 m.nt. J.L.W. Broeksteeg, *AB* 2005, 331 m.nt. J.G. Brouwer, *LJN* AP1137.  
ABRvS 7 juli 2004, *LJN* AP8138.  
ABRvS 18 augustus 2004, *LJN* AQ6986.  
ABRvS 1 september 2004, *LJN* AQ8718.  
ABRvS 1 september 2004, *LJN* AQ8716.  
ABRvS 27 oktober 2004, *JOM* 2006, 1187.  
ABRvS 17 november 2004, *AB* 2005, 410, *JB* 2005, 18, *LJN* AR5816 (ontuiming brandgevaarlijk schip).  
ABRvS 12 januari 2005, *JB* 2005, 68, *Gst.* 7230 (2005), nr. 87 (varkensstallen Oostburg).  
ABRvS 26 januari 2005, *LJN* AS3905.  
ABRvS 9 februari 2005, *AB* 2005, 226 m.nt. R.S. Wertheim (Amsterdamse fiets).  
ABRvS 4 mei 2005, *LJN* AT5097, *JB* 2005, 174 m.nt. J.L.W. Broeksteeg (Trance Energy).  
ABRvS 11 mei 2005, *JB* 2005, 203 m.nt. Albers.  
ABRvS 1 juni 2005, *LJN* AT6561, *JB* 2005, 211 m.nt. F.A.M.S.  
ABRvS 1 juni 2005, *LJN* AT6556.  
ABRvS 1 juni 2005, *AB* 2005, 247 m.nt. FM, *JOM* 2006, 1280.  
ABRvS 1 juni 2005 *JM* 2005, 79.  
ABRvS 29 juni 2005, *AB* 2005, 248 m.nt. FM.  
ABRvS 21 september 2005, *AB* 2005, 393, *LJN* AU2988 en *AA* 2006, p. 52 (Weggesleepte auto Utrecht).  
ABRvS 1 november 2005, nr. 200808444/1, *JV* 2006, 9.  
ABRvS 16 november 2005, *AB* 2005, 438 m.nt. FM, *LJN* AU 6240.  
ABRvS 23 november 2005, *LJN* AU6672.  
ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 240 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* AU9388 (houseparty Ghosthouse).  
ABRvS 18 januari 2006, *LJN* AU9832.  
ABRvS 18 januari 2006, *LJN* AU9783.  
ABRvS 18 januari 2006, *AB* 2006, 265 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* AU9834.  
ABRvS 25 januari 2006, *AB* 2006, 229 m.nt. F.C.M.A. Michiels.  
ABRvS 1 maart 2006, *JB* 2006, 116 m.nt. F.A.M.S., *LJN* AV2938.  
ABRvS 15 maart 2006, *LJN* AV5081.  
ABRvS 15 maart 2006, *AB* 2006, 266 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* AV5077.  
ABRvS 29 maart 2006, *LJN* AV7520.  
ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006, 392 m.nt. F.R. Vermeer.  
ABRvS 3 mei 2006, *AB* 2006, 264 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* AW7362.  
ABRvS 24 mei 2006, *LJN* AX4387, *JB* 2006, 216 m.nt. Albers (Megarave Reunion).  
ABRvS 21 juni 2006, *LJN* AX9064.  
ABRvS 5 juli 2006, *LJN* AY0354.  
ABRvS 12 juli 2006, *LJN* AY3698.  
ABRvS 9 augustus 2006, *LJN* AY5898, *AB* 2006, 413 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder (wedstrijd Heracles-PSV).  
ABRvS 18 oktober 2006, *AB* 2007, 19, m.nt. F.R. Vermeer.  
ABRvS 25 oktober 2006, *JM* 2006, 124 m.nt. Zigenhorn.  
ABRvS 1 november 2006, *LJN* AZ1257.  
ABRvS 1 november 2006 *AB* 2007, 47 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* AZ1290 (Ontuiming Utrecht).  
ABRvS 31 januari 2007, *Gst.* 7218 (2007), nr. 119.  
ABRvS 7 februari 2007, nr. 200606192/1.  
ABRvS 7 februari 2007, *JBselect* 2009, 5 m.nt. Theunissen, *LJN* AZ7977.  
ABRvS 14 februari 2007, *LJN* AZ8442.

- ABRvS 14 februari 2007, *AB* 2007, 135 m.nt. F.R. Vermeer (New Yangste Kiang).  
ABRvS 21 februari 2007, *AB* 2007, 108 m.nt. Michiels, *JB* 2007, 119 m.nt. Albers, *JOM* 2007, 164, *LJN* AZ9023.  
ABRvS 21 maart 2007, *AB* 2007, 197 m.nt. A. Tollenaar.  
ABRvS 28 maart 2007, *Gst.* (2007), nr. 118 m.nt. Teunissen.  
ABRvS 11 april 2007, *LJN* BA2669, *JB* 2007, 103, *AB* 2007, 222 m.nt. Vermeer (woningontzuiming Best).  
ABRvS 11 april 2007, *LJN* BA2649.  
ABRvS 2 mei 2007, *JOM* 2007, 725, *LJN* BA4188.  
ABRvS 4 juli 2007, *AB* 2007, 315 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BA8728.  
ABRvS 25 juli 2007, *LJN* BB0369.  
ABRvS 1 augustus 2007, *AB* 2008, 27 m.nt. J.G. Brouwer en F.R. Vermeer, *LJN* BB0791.  
ABRvS 5 september 2007, *LJN* BB2946.  
ABRvS 17 oktober 2007, *JOM* 2007, 835.  
ABRvS 24 oktober 2007, *AB* 2008, 74 m.nt. F.R. Vermeer (Amersfoortse fiets).  
ABRvS 28 november 2007, *LJN* BB8909, nr. 200702426/1.  
ABRvS 6 februari 2008, *AB* 2008, 173 m.nt. F.R. Vermeer (Groningse fiets).  
ABRvS 5 maart 2008, *LJN* BC5797.  
ABRvS 27 mei 2008, nr. 200802686/1.  
ABRvS 27 mei 2008, *LJN* BD3186, nr. 200802569/1.  
ABRvS 4 juni 2008, *LJN* BD3098.  
ABRvS 25 juni 2008, *LJN* BD5389.  
ABRvS 25 juni 2008, *JB* 2008, 180.  
ABRvS 13 augustus 2008, *LJN* BD9927.  
ABRvS 13 augustus 2008, *AB* 2008, 370 m.nt. F.R. Vermeer.  
ABRvS 20 augustus 2008, *AB* 2008, 290 m.nt. F.C.M.A. Michiels.  
ABRvS 14 januari 2009, *JB* 2009, 56, m.nt. M.A.D.W. de Jong, *JG* 2009, 0028 m.nt. LDR (noodbevel Westland).  
ABRvS 25 februari 2009, *LJN* BH3983.  
ABRvS 18 maart 2009, *AB* 2010, 63 m.nt. L.J.A. Damen.  
ABRvS 8 april 2009, *AB* 2009, 291 m.nt. Michiels, *JG* 2009/0042 m.nt. LDR.  
ABRvS 9 juli 2009, nr. 200904090/1/V3.  
ABRvS 29 juli 2009, *AB* 2010, 64 m.nt. L.J.A. Damen.  
ABRvS 26 augustus 2009, *LJN* BJ6077.  
ABRvS 16 september 2009, *AB* 2010, 7 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BJ7784.  
ABRvS 30 september 2009, *AB* 2009, 348 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* BJ8926.  
ABRvS 14 oktober 2009, *JOM* 2009, 927.  
ABRvS 18 november 2009, *JB* 2010, 7, *LJN* BK3610.  
ABRvS 25 november 2009, *JG* 2010/0083 m.nt. LDR (asbestbrand Vroomshoop).  
ABRvS 16 december 2009, *Gst.* 7331 (2010), nr. 13, *LJN* BK6758.  
ABRvS 16 december 2009, *AB* 2010, 178 m.nt. L.J.A. Damen.  
ABRvS 13 januari 2010, *LJN* BK9021.  
ABRvS 17 februari 2010, *JG* 2010/0019 m.nt. LDR, *LJN* BL4128.  
ABRvS 17 februari 2010, *JG* 2010/0019 m.nt. LDR, *LJN* BL4127.  
ABRvS 17 maart 2010, *Gst.* 7339 (2010), jurisprnr. 71 m.nt. J.M.H.F. Teunissen, *LJN* BL7766.  
ABRvS 21 april 2010, *JG* 2010/0038 m.nt. LDR.  
ABRvS 12 mei 2010, *AB* 2010, 270 m.nt. L.J.A. Damen, *LJN* BM4174 (Nijmeegse fiets).  
ABRvS 26 mei 2010, *AB* 2011, 291 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* BM5615.  
ABRvS 30 juni 2010, *LJN* BM9677.  
ABRvS 28 juli 2010, 301, *AB* 2010, 301 m.nt. L.J.A. Damen, *LJN* BN2637.  
ABRvS 4 augustus 2010, *JOM* 2010, 177.  
ABRvS 13 oktober 2010, *JB* 2010, 255 m.nt. Albers, *LJN* BO0260.  
ABRvS 13 oktober 2010, *AB* 2010, 330 m.nt. F.R. Vermeer.  
ABRvS 13 oktober 2010, *AB* 2010, 321 m.nt. A.B. Blomberg.

ABRvS 27 oktober 2010, *LJN* BO1836.  
 ABRvS 10 november 2010, *Gst.* 2011, nr. 19 m.nt. L.J.J. Rogier, *LJN* BO3470.  
 ABRvS 8 december 2010, *JB* 2011, 28.  
 ABRvS 8 december 2010, *AB* 2011, 125 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BO6641.  
 ABRvS 15 december 2010, *AB* 2011, 237, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *LJN* BO7344.  
 ABRvS 20 april 2011, *LJN* BQ1905.  
 ABRvS 27 april 2011, *AB* 2011, 177 m.nt. T.E.P.A. Lam, *LJN* BQ2667.  
 ABRvS 25 mei 2011, *AB* 2011, 226 m.nt. A.B. Blomberg, *LJN* BQ5928.  
 ABRvS 6 juli 2011, nr. 201010735/1/H1.  
 ABRvS 14 september 2011, *Gst.* 7361 (2011), 111 m.nt. J.M.H.F. Teunissen, *LJN* BS8863.  
 ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011, 307 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BT6683.  
 ABRvS 21 december 2011, nr. 201103651/1/h2, *LJN* BU8881 (Kidsstop).  
 ABRvS 11 januari 2012, *AB* 2012, 86 m.nt. F.R. Vermeer.

### **Voorzitter Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State**

Vz. ABRvS 29 augustus 1989, *Gst.* 6901 (1990), nr. 6 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.  
 Vz. ABRvS 14 september 1989, *Gst.* 6903 (1990), nr. 6 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.  
 Vz. ABRvS 6 september 1994, *AB* 1995, 316 m.nt. FM.  
 Vz. ABRvS 9 januari 1996, *AB* 1996, 202 m.nt. Michiels.  
 Vz. ABRvS 1 november 1996, *AB* 1997, 173 m.nt. G.J.  
 Vz. ABRvS 1 februari 1999, *JM* 1999, 82, *AB* 1999, 302 m.nt. FM, *LJN* AA8396.  
 Vz. ABRvS 13 november 2002, *Men R* 2003, 31.  
 Vz. ABRvS 1 mei 2003, *MR* 2003, 28, zaaknr.: 200301495/1.  
 Vz. ABRvS 30 maart 2005, *AB* 2005, 176 m.nt. TN, *JOM* 2006, 1267.  
 Vz. ABRvS 18 april 2007, *JM* 2007, 79 m.nt. Welschen.  
 Vz. ABRvS 4 oktober 2007, *LJN* BB5230.  
 Vz. ABRvS 14 april 2008, *LJN* BD0231.  
 Vz. ABRvS 7 juni 2010, *JOM* 2010, 696.

### **Afdeling rechtspraak van de Raad van State**

ARRvS 9 december 1977, *AB* 1978, 194.  
 ARRvS 14 juni 1979, *AB* 1980, 158 m.nt. Nicloai.  
 ARRvS 17 augustus 1982, *AB* 1983, 80 m.nt. P.J. Boon (inhuuldiging Beatrix).  
 ARRvS 23 augustus 1984, *AB* 1984, 17 m.nt. JHvdV (Delftse kakkerlakken).  
 ARRvS 7 september 1984, *tB/S* III, 317a m.nt. M.C.B (Valkenburgse kroketten).  
 ARRvS 1 februari 1985, *AB* 1985, 587 m.nt. PJJvB (Natuurgebied Swalmen).  
 ARRvS 19 april 1985, *AB* 1985, 353 m.nt. JHvdV (campinghouder Veere).  
 ARRvS 7 juni 1985, *AB* 1986, 48 m.nt. PvB (Amsterdamse kakkerlakken of Faraomieren II).  
 ARRvS 26 juli 1985, *AB* 1985, 543.  
 ARRvS 27 september 1985, *AB* 1986, 527.  
 ARRvS 22 november 1985, *AB* 1986, 157 m.nt. HH, *tB/S* III, 3851 m.nt. Bokma (voetbalverbod Deventer).  
 ARRvS 6 januari 1986, *AB* 1986, 565.  
 ARRvS 28 november 1986, *AB* 1987, 264.  
 ARRvS 2 februari 1989, *AB* 1989, 154 m.nt. JHvdV (Karabulut).  
 ARRvS 22 juni 1989, *tB/S* 1989, nt. 96 m.a. FM.  
 ARRvS 17 augustus 1989, *Gst.* 6890 (1989), nr. 6 m. nt. B.  
 ARRvS 21 september 1989, *AB* 1990, 444, m.nt. JHvdV.  
 ARRvS 27 augustus 1991, *AB* 1992, 313.  
 ARRvS 17 december 1991, *AB* 1992, 550 m.nt. JHvdV (balletje-balletje).  
 ARRvS 20 februari 1992, *AB* 1992, 359 m.nt. RMvM (voetbalwedstrijd Eindhoven).  
 ARRvS 30 december 1993, *AB* 1994, 242 m.nt. RMvM.

**Voorzitter Afdeling rechtspraak van de Raad van State**

- Vz. ARRvS 25 augustus 1976, *BR* 1976, p. 708-709.  
Vz. ARRvS 3 januari 1977, *Gst.* 6441 (1977), p. 64.  
Vz. ARRvS 2 februari 1978, *Gst.* 6507 (1978), p. 234-235.  
Vz. ARRvS 11 maart 1980, *AB* 1980, 449 m.nt. v.d.V, *tB/S*, nr. 177, p. 949 (Houtopstand Berghem).  
Vz. ARRvS 27 april 1984, *AB* 1985, 95 m.nt. J.H. van der Veen (Zandvoortse speelautomaten).  
Vz. ARRvS 15 juni 1984, *AB* 1985, 96 m.nt. JHvdV (Sociëteit Gouda).  
Vz. ARRvS 15 augustus 1984, *AB* 1985, 21 m.nt. Van der Ham.  
Vz. ARRvS 25 november 1985, *AB* 1986, 248.  
Vz. ARRvS 7 oktober 1986, *AB* 1987, 377 m.nt. JHvdV.  
Vz. ARRvS 27 november 1986, *AB* 1987, 365.  
Vz. ARRvS 22 september 1987, *AB* 1988, 249 (demonstratie CP Den Haag).  
Vz. ARRvS 9 februari 1989, *KG* 1989, 173 (AMAC-tulpenrally).  
Vz. ARRvS 1 juni 1989, *AB* 1989, 499 m.nt. A.E. Schilder (demonstratie CD Rotterdam).  
Vz. ARRvS 31 juli 1989, *AB* 1990, 315 m.nt. JHvdV.  
Vz. ARRvS 31 mei 1990, *AB* 1990, 482 m.nt. JHvdV, *Gst.* 6911, 4 m.nt. HH (kabelverbranding Venlo).  
Vz. ARRvS 6 december 1991, *AB* 1992, 472.  
Vz. ARRvS 26 augustus 1992, *AB* 1993, 104.  
Vz. ARRvS 15 december 1993, *AB* 1984, 330 m.nt. JHvdV.

**College van Beroep voor het bedrijfsleven**

- CBB 17 januari 2008, *AB* 2008, 383 m.nt. Michiels.  
CBB 7 april 2006, *LJN* AX3286.  
CBB 6 juni 2007, *LJN* BA8636.  
CBB 16 april 2009, *JB* 2009, 157 m.nt. Albers.  
CBB 17 april 2009, *AB* 2009, 227 m.nt. Michiels.  
CBB 27 oktober 2009, *AB* 2009, 394 m.nt. F.C.M.A. Michiels, *LJN* BK1424.  
CBB 21 april 2011, *AB* 2011, 191 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BQ3305.  
CBB 27 juni 2011, *AB* 2011, 269 m.nt. F.R. Vermeer, *LJN* BR5410.

**Voorzitter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven**

- Vz. CBB 9 juli 2007, *LJN* BB0923.

**Nationale ombudsman**

- NO 19 november 1987, *AB* 1988, 435 m.nt. Dulek-Schermers (noodbevel bezoek van de paus).  
NO 25 april 1995, *AB* 1995, 330.  
NO 15 oktober 1996, *AB* 1997, 20 m.nt. PJS.



# Geraadpleegde literatuur

## **Adang 2009**

Adang, O. (red.), 'Van oud naar Nieuw', Apeldoorn: Politieacademie 2009.

## **Addink & Sluijs 1994**

Addink, G.H. en Sluijs, M.J., 'Het vijfde hoofdstuk van de Awb: handhaving in materieel perspectief', *NJB* 1994, 1201-1207.

## **Agelink 1982**

Agelink, W., 'De Afdeling Rechtspraak en de noodverordeningsbevoegdheid', *TvO* 1982, p. 258-259.

## **Bakker 1967**

Bakker, J.J.R., 'De bevoegdheden van de politie in verband met de handhaving der openbare orde', *NJB* 1967, p. 1161-1167.

## **Banning 1958**

Banning, J.P.D. van, *De politiewetgeving en de positie van de burgemeester*, 's-Gravenhage: VUGA-Boekerij 1958.

## **Barkhuysen & Den Ouden & Polak 2010**

Barkhuysen, T, Den Ouden, W. en Polak, J.E.M. (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

## **Beleidsnota Sancties in perspectief 2000**

Directie Preventie, Jeugd en Sancties, Ministerie van Justitie, *Sancties in perspectief*, Den Haag: Sdu februari 2000.

## **Van Bemmelen 1962**

Bemmelen, van, J.M., 'De politiebevoegdheid', *NJB* 1962, p. 849-858.

## **Van Bemmelen 1966**

- Bemmelen, van, J.M., 'Handhaving van de openbare orde', *NJB* 1966, p. 661-671.

- Bemmelen, van, J.M., 'De methode Koppejan en de "Lawless"-case', *NJB* 1966, p. 701-709.

## **Ten Berge 1994**

Ten Berge, J.B.M. e.a., *T&C Provincie-, Gemeente- en Waterschapswet*, Deventer: Kluwer 1994, p. 386.

**Van den Bergh 1878**

Bergh, van den, W., *De strijd tegen prostitutie in Nederland*, 's-Gravenhage: S. van Velzen Jr. 1878.

**Bierbooms 1994**

Bierbooms, P.F.A., 'Overheid en het privaatrechtelijk kostenverhaal: Rijksweg 12 en de afslag naar Vlissingen', *WPNR* 1994, p. 885-888.

**Bierbooms 1997**

Bierbooms, P.F.A., *Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid* (diss. EU Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997.

**Blomberg 2000**

Blomberg, A.B., *Integrale handhaving van milieurecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

**Blomberg 2005**

Blomberg, A.B., 'De gevolgen van de vierde tranche Awb voor de handhavingspraktijk', *BR* 2005, p. 845-854.

**Blomberg & Michiels 1997**

Blomberg, A.B. en Michiels, F.C.M.A., *Handhaven met effect*, 's-Gravenhage: VUGA 1997.

**Boek 1995**

Boek, J.L.M., *Organisatie, functie en bevoegdheden van politie in Nederland* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.

**Boek 1996**

Boek, J., 'De eigen wanorde: selectie op uiterlijk bij openbare orde verstoringen', *NJCM-Bulletin* 1996.

**Bonder 1993**

Bonder, M.C., *Het verhaal van brandweerkosten*, Vereniging van Nederlandse Gemeenten 's-Gravenhage: 1993.

**Bool 1930**

Bool, J., *De Gemeentewet*, Tjeenk Willink, Zwolle 1930.

**Borman 1998**

Borman, T.C., 'Derde tranche Algemene wet bestuursrecht', *AA* 1998 (47), p. 185-195.

**Brainich von Brainich Felth 1993**

Brainich von Brainich Felth, E.T., *Staatsnoodrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993.



**Brainich von Brainich Felth 2007**

Brainich von Brainich Felth, E.T., 'Het wetsontwerp Wet veiligheidsregio's', *Gst.* 7284 (2007), p. 587-594.

**Van den Brandhof 1924**

Brandhof, van den, N.W., *Het recht van Politiedwang* (diss. Rijksuniversiteit Leiden), Leiden: Van Nifterik 1924.

**Brederveld 2005**

Brederveld, E., *Gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2005.

**Brederveld & Schroot & Wijma 1990**

Brederveld, E., Schroot, J.C., Wijma, N., *Begrip van de Nederlandse gemeente*, Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1990.

**Bröring 2005**

Bröring, H.E., *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.

**Bröring & De Valk 2011**

Bröring, H.E., en Valk, de, S.N., 'Uitdijende aansprakelijkheid in het bestuursrecht: bestuurders de klos?', *NJB* 2011, 520, p. 620-624.

**Brouns 1984**

Brouns, P.J.H.M., 'Een drugsoverlastbepaling in de Groningse APV', *NJB* 1984, p. 299-302.

**Brouwer & Meijer van Meijbeek 1990**

Brouwer, F.F.W. en Meijer van Meijbeek, F.A.C., 'Regeling bestuursdwang sterk verbeterd', *NG: Magazine* 14 december 1990, nr. 50 p. 18-20.

**Brouwer 2006**

Brouwer, J.G., *Van nachtbrakers tot terroristen – over persoonsgericht verstoren* (oratie Rijksuniversiteit Groningen), 2006.

**Brouwer & Ruigrok 2010**

Brouwer, J.G. en Ruigrok, L.D., 'Oudejaarsrellen in de zomer. Over onruststokers en een dwangsom', *AA* sep. 2010, p. 579-583.

**Brouwer & Schilder 1997**

Brouwer, J.G., en Schilder, A.E., 'Beperking bewegingsvrijheid ter handhaving van de openbare orde', *NJCM-Bulletin* 1997, nr. 4, p. 421-436.

**Brouwer & Schilder 2001**

Brouwer, J.G. en Schilder, A.E., in: Muller, E.R., & Stolker, C.J.J.M. (red.), *Ramp en recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 259-275.

**Brouwer & Schilder 2002**

Brouwer, J.G. en Schilder, A.E. in: Lurks, M.L. e.a., *De grootst gemene deler*, Deventer: Kluwer 2002.

**Brouwer & Schilder 2007**

Brouwer, J.G., en Schilder, A.E., 'Gebiedsontzeggingen in het systeem van het openbare-orderecht', *JBplus* 2007, p. 154-167.

**Brouwer & Schilder 2010**

Brouwer, J.G., en Schilder, A.E., 'Naar een voetbalverordening', *NJB* 2010, nr. 24, p. 1533-1535.

**Brouwer & Schilder 2011**

Brouwer, J.G., en Schilder, A.E., 'Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast', *TvCR* 2011, p. 195-201 (afl. 2).

**Brouwer & Vols 2010**

Brouwer, J.G., en Vols, M., 'Autonome verordeningen en artikel 10 Grondwet', *Gst.* 2010, 79.

**Brouwer & Wolfert 2011**

Brouwer, J.G., en Wolfert, S.M., 'Openbare orde verstorende twaalfminners', *AA* 2011, p. 267-273.

**Bruinsma & Bernasco 2004**

Bruinsma, G.J.N., en Bernasco, W. (eindred.), *De stad en sociale onveiligheid : een state-of-the-art van wetenschappelijke kennis in Nederland*, Leiden: Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving 2004.

**Van der Burg 1961**

Burg, van der, F.R., *Preventieve justitie en plaatselijke politie* (diss. Utrecht), 1961.

**Burger 1976**

Burger, B., Nieuwenhuizen, A.J., Rasterhoff, L., Schroot, J.C., Sikkes, J.H., *Schets van het Nederlandse gemeenterecht*, 's-Gravenhage: VUGA-Boekerij 1976.

**Burkens 1971**

Burkens, M.C.B., *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 1971.

**Burkens 1970**

Burkens, M.C., 'Nood breekt wet – maar ook een noodwet?', *TvO* 1970, p. 325-327.

**Burkens 1982**

Burkens, M.C., 'De noodverordeningbevoegdheid van de burgemeester', *TvO* 1982, p. 623-627.

**Buruma 1993**

Buruma, Y., *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1993.

**Van Buuren 1976**

Buuren, P.J.J. van, 'Politiedwang als sanctie, rechtsbescherming en de valkuil van de administratieve beschikking', *NJB* 1976, p. 896-908.

**Van Buuren 1990**

Buuren, van, P.J.J., 'Disharmonie in dwangbevoegdheden in en rond het wetsvoorstel Gemeentewet, *RegelMaat* 1990, p. 15-16.

**Van Buuren & Borman 2001**

Buuren, van, P.J.J. en Borman, T.C. (red.), *T&C Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer, 2001.

**Van Buuren & Borman 2003**

Buuren, van, P.J.J. en Borman, T.C. (red.), *T&C Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer, 2003, 4<sup>e</sup> druk.

**Van Buuren & Jurgens & Michiels 2005**

Buuren, P.J.J. van, Jurgens, G.T.J.M., Michiels, F.C.M.A., *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2005.

**Van Buuren & Jurgens & Michiels 2011**

Buuren, P.J.J. van, Jurgens, G.T.J.M., Michiels, F.C.M.A., *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2011.

**Van Buuren & Michiels 1989**

Buuren, P.J.J. van, Michiels, F.C.M.A., *Bestuursdwang*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

**Cammelbeeck 1996**

Cammelbeeck, T.D., 'Het staatsnoodrecht herzien: het onvoorzienbare gesystematiseerd', *AA* 1996, p. 762-768.

**Capel 1975**

Capel, M.H.G., 'Mag de burgemeester het houden van een openbare vergadering verhinderen? *Reikwijdte van artikel 219 Gemeentewet*', *TvO* 1975, p. 72-74.

**Cleiren & Nijboer 2008**

Cleiren, C.P.M., en Nijboer, J.F. (red.), *Strafrecht - Tekst en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2008.

**Couwenberg e.a. 2008**

Couwenberg, O., e.a., *Economie en recht*, Groningen/Amsterdam: Noordhoff Uitgevers bv 2008.

**Crince le Roy 1963**

Crince le Roy, R., *De burgemeester en de handhaving van de openbare orde in buitengewone omstandigheden*, Arnhem: Vuga 1963.

**Crince le Roy 1975**

Crince le Roy, R., Reactie op 'Mag de burgemeester het houden van een openbare vergadering verhinderen? Reikwijdte van artikel 219 Gemeentewet', *TvO* 1975, p. 117.

**Damen 1976**

Damen, L.J.A., 'Afsluiting van gas-, water- en electriciteitstoevoer als dwangmiddel', *TvO* 1976 (20), p. 418-420.

**Damen 1982**

Damen, L.J.A., 'Noodverordening bij rellen rond Lucky Luijk gaat verder dan ooit tevoren', *Folia Civitatis*, 16 oktober 1982, p. 5.

**Damen 1982**

Damen, L.J.A., 'Verantwoordingsplicht burgemeester bij handhaving openbare orde I en II', *TvO* 1982, p. 531-535 en 561-569.

**Damen 1983**

Damen, L., 'De noodmaatregelen in Amsterdam gezien vanuit een staatsrechtelijk perspectief', *NJB* 1983, p. 34-44.

**Damen & De Lange 1983**

Damen, L., en Lange, R. de, 'Ontruiming ter handhaving van de openbare orde?', *NJB* 1983, p. 497-502.

**Damen e.a. 2005**

Damen, L.J.A., e.a., *Bestuursrecht (dl 1)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

**Damen e.a. 2009**

Damen, L.J.A., e.a., *Bestuursrecht (dl 1)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009.

**Damsteegt 1979**

- Damsteegt, T., 'Gemeente en politiedwang (I)', *TvO* 1979, p. 90-93.

- Damsteegt, T., 'Gemeenten en politiedwang (III)', *TvO* 1979-9, p. 133-137.

**Dassen 1977**

Dassen, J.M.H., 'De rechtsbescherming tegen politiedwang krachtens Arob', *NJB* 1977-44, p. 1094.

**Dölle 2000**

Dölle, A.H.M., *Mandaat en delegatie*, Deventer: Tjeenk Willink 2000.

**Dölle & Elzinga & Engels 2004**

Dölle, A.H.M., Elzinga, D.J. en Engels, J.W.M., *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004.

**Drewes & Enschede 1973**

Drewes, H.M.A. en Enschede, Ch. J., *De strafbare poging in het commune strafrecht*, Amsterdam: University Press Amsterdam 1973.

**Du Perron 2000**

Du Perron, C.E., 'Bestuursrechtelijke geldschulden', *NJB* 2000-24, p. 1178-1184.

**Duchateau 1981**

Duchateau, N., 'Politiedwang en de wet Arob', *Bondsblad* 1981-2, p. 9-11.

**Van der Duin 1983**

Duin, W. van der, 'No toestand I en II', *Gst.* 6740 en 6741 (1983), p. 69-73 en 93-96.

**Duivenvoorden 2000**

Duivenvoorden, E., *Een voet tussen de deur – Geschiedenis van de kraakbeweging 1964-1999*, Amsterdam: de Arbeiderspers 2000.

**Duk 1973**

Duk, W., *Tanden van het recht* (oratie UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1973.

**Van Eck 1967**

Eck, van, D., 'De bevoegdheden van de politie in verband met de handhaving der openbare orde', *TvP* 1967, p. 225-228.

**Van Eijk 1974**

Eijk, C.J. van, 'Politiedwang of "politieangst"?', *TvO* 1974 (1250), p. 245-246.

**Elenbaas 1902**

Elenbaas, J.N., *Handboek voor de beoefening van het Nederlandsche administratieve recht (...)*, Middelburg: Altorffer 1902.

**Elenbaas 1926**

Elenbaas, J.N., *Handboek voor de beoefening van het Nederlandsche administratieve recht*, deel I, Alphen aan de Rijn: N. Samson 1926.

**Elenbaas 1932**

Elenbaas *Handboek voor de beoefening van het Nederlandsche administratieve recht*, deel I, Alphen aan de Rijn: N. Samson 1932.

**Elzinga 1995**

Elzinga, D.J., Rest, van, P.H.S., en Valk, de, J., *Het Nederlandse politierecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

**Elzinga 2003**

Elzinga, D.J., 'Op recht bekeken – Mandaatregeling voor burgemeester deugt niet', *Gst.* 7190 (2003), nr. 135.

**Eysten 1912**

Eysten, J., *Enkele opmerkingen over art. 357 Wetboek van Strafrecht, in verband met de verhouding tusschen het burgerlijke en het militair gezag*, Utrecht: P. den Boer 1912.

**Figee 1994**

Figee, E., 'Aangescherpte bestuursdwang verstevigt relatie met de burger', *NG: Magazine* 1994-4, p. 20-22.

**Fijnaut 2007**

Fijnaut, C., *De geschiedenis van de Nederlandse politie*, Amsterdam: Boom 2007.

**Fleers 1981**

Fleers, G.J., 'De openbare orde, de politie en het vasthouden', *Bestuursforum* 1981, p. 325-328.

**Francken 1851**

Francken, W., *De gemeentewet met de daarover, vooral in de Tweede Kamer der Staten-Generaal, gewisselde stukken en gehoudene beraadslagingen*, Thieme: Nijmegen 1851.

**Goorden 1985**

Goorden, C.P.J., 'Bestuursdwang door de burgemeester', *Gst.* 6795 (1985), p. 213-216.

**Goorden 1997**

Goorden, C.P.J., *Algemeen bestuursrecht compact*, 's-Gravenhage: VUGA 1997.

**Govaers 2000**

Govaers, E.J., *Info gemeentelijk bestuursrecht: wegwijzer voor de algemeen juridische praktijk*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 2000.

**Govaers 2005**

Govaers, E.J., 'Over belangen, besluiten en feitelijk handelen in het verkeersrecht', *VR* 2005-5, p. 141-143.

**De Haan & Drupsteen & Fernhout**

Haan, de, P., Drupsteen, Th.G., Fernhout, R., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 1978.

**Van Haaren 1967**

Haaren, van, L., 'De bevoegdheid der politie in het bijzonder bij de uitoefening van haar preventieve taak', *APB* 1967, p. 171-177.

**Van Haaren 1969**

Haaren, van, L., 'Preventieve bevoegdheden', *APB* 1969, p. 32-34.

**Hagen 1983**

Hagen, A.J., 'Artikel 28 Politiewet', *TvO* 1983, p. 334-335.

**Hamburger 1990**

Hamburger, C.J., 'Een vinger achter het dijkverbod', *TvO* 1990, p. 32-36.

**Ham-Wagner 1976**

Ham-Wagner, W., 'Geen reis naar Den Haag voor een boer uit Pingjum (Beschouwingen over het juridisch karakter van politiedwang)', *BR* 1976, p. 478-481.

**Hartlief 1995**

Hartlief, T., 'Rode draad 'Sport en Recht': Verhaal van politiekosten', *AA* 1995, p. 102-112.

**Hartmann 2004**

Hartmann, A.R. en Rogier, L.J.J., 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel vierde tranche Awb', *NJB* 2004-36, p. 1877-1882.

**Hazewinkel-Suringa 1991**

Hazewinkel-Suringa, D. en Remmelink, J., *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1991.

**Van Hees 2000**

Hees, van, J., Laurijssens, I., 'Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht, Vierde tranche', *AA* 2000 (49), p. 150-159.

**Heijboer 1983**

Heijboer, H.J., 'Baldadigheid – straatschenderij – vandalisme; Is er kruid tegen gewassen?', *TvP* 1983, p. 472-475.

**Helder & Rensen 2000**

Helder, E., Rensen, T., 'De Awb en feitelijke handelingen: een reactie op Verstedden', *NTB* 1996-7, p. 224-225;

**Helmstrijd 1974**

Helmstrijd, F.A., 'Niet alleen staatsnoodrecht, maar ook provincie- en gemeentenoodrecht?', *Gst.* 6304 en 6305 (1974), p. 175-176 en 183-184.

**Helsoot & Muller & Berghuijs 2007**

Helsoot, I., Muller, E.R., Berghuijs, J.D., *Brandweer: studies over organisatie, functioneren en omgeving*, Deventer: Kluwer 2007.

**Hennekens 1984**

Hennekens, H. Ph.J.A.M., 'Politiebevelen en burgervrijheden', *NJB* 1984, p. 321-326.

**Hennekens 1985**

Hennekens, H.Ph.J.A.M., 'De handhaving van de openbare orde in de gemeente' in *Handelingen 1985 der Nederlandse Juristen-Vereeniging deel 1, tweede stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

**Hennekens 1986**

Hennekens, H.Ph.J.A.M., 'De burgemeester in de ontwerp-Gemeentewet', *TvO* 1986 jrg. 12 nr. 10, p. 196-200.

**Hennekens 1990**

Hennekens, H.Ph.J.A.M., *Handhaving van de openbare orde*, 's-Gravenhage: VUGA 1990.

**Hennekens 1996**

Hennekens, H.Ph.J.A.M., *De Gemeentewet en haar toepassing*, losbl. uitg., Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, december 1996.

**Hennekens 1998**

Hennekens, H.Ph.J.A.M., 'Evenementen op de openbare weg', *Gst.* 7076 (1998), p. 281-288.

**Hennekens 2000**

Hennekens, H.Ph.J.A.M., 'Prostitutie: voorwerp van gemeentelijke zorg', *Gst.* 7124 (2000), nr. 1.

**Heringa 1982**

Heringa, A.W., 'Preventief recht', *NJB* 1982, p. 707.

**Hindriks 1978**

Hindriks, H., 'Administratieve rechtspraak: ook voor politiedwang?', *Hartmans tijdschrift voor studerende in het openbaar bestuur* 1978, p. 241-248.

**Holzhauser & Teyl 1995**

Holzhauser, R.W. en Teyl, R., *Inleiding rechtseconomie*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

**Hugenholtz & Heemskerk 2006**

Hugenholtz, W. en Heemskerk, W.H., *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie bv 2006, p. 241-242.



**De Hullu 1993**

Hullu, de, J., Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid (oratie KU Brabant), Arnhem: Gouda Quint 1993.

**De Hullu 2006**

Hullu, de, J., *Materieel strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2006.

**IJnzonides 1938**

IJnzonides, H.I., *Het recht van vergadering*, Zwolle: Drukkerij L.R.V. 1938.

**Janssen 1988**

Janssen, H.E.R.J., 'Bestuursdwang in de nieuwe Gemeentewet: wie is competent?', *TvO* 1988, p. 96-99.

**De Jong 2000**

Jong, de, M.A.D.W., *Orde in beweging* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

**De Jong 2007**

Jong, de, M.A.D.W., *De Gemeentewet en haar toepassing*, losbl. uitg., Alphen aan de Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 2007.

**De Jong & Kummeling & Burkens 1994**

Jong, M.A.D.W. de, Kummeling, H.R.B.M., Burkens, M.C., *Het gebruik van gemeentelijke noodbevoegdheden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

**De Jong & Michiels 2004**

Jong, de, M.A.D.W., Michiels, F.C.M.A., *Bevoegdheden van de burgemeester*, Universiteit Utrecht, Instituut voor Staats- en bestuursrecht, 2004.

**Jurgens 2008**

Jurgens, G.T.J.M., 'Verwachting: FF Kappe met nieuwe openbare orde instrumenten?', *NTB* 2008, p. 339-340.

**Jurgens 2010**

Jurgens, G.T.J.M., 'Ontruiming van kraakpanden: de burgemeestersbevoegdheid die geen burgemeestersbevoegdheid is', *NTB* 2010, 44.

**Jurgens & Michiels 2005**

Jurgens, G.T.J.M., Michiels, F.C.M.A., 'Weg met de last onder bestuursdwang', *NJB* 2005-21, p. 1092-1093.

**Kaal & Korf 2003**

Kaal, H. en Korf, D.J., 'Overlast door drugsverslaafden. Een analyse van dijkverboden in Amsterdam', *Tijdschrift voor Criminologie* 2003, p. 153-165.

**Van Kinschot 1980**

Kinschot, van, H.F. (voorzitter), *Werkgroep herziening Gemeentewet: Eindrapport van 20 oktober 1980*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1980.

**Knijp 1984**

Knijp, G.J., 'De politie als zaakwaarnemer', *Algemeen Politieblad* 1984-8, p. 184-186.

**Knijp 1985**

Knijp, G.J., 'Doorberekening van politiekosten op privaatrechtelijke grondslag', *Tijdschrift voor de politie* 1985, p. 24-32.

**Knoester 1996**

Knoester, J., 'Privaatrechtelijk kostenverhaal door de brandweer en de politie', *Het tijdschrift voor de politie*, vol. 58 (1996), afl. 12, p. 24-28.

**Konijnenbelt 1981**

Konijnenbelt, W., 'De rollen verdeeld', *Bestuurswetenschappen* 1981, p. 231-243.

**Konijnenbelt 2003**

Konijnenbelt, W., 'Een last onder bestuursdwang', *Gst.* 7188 (2003), p. 388.

**Kooiman & Kan 1931**

Kooiman, D., en Kan, J.B., *Parlementaire geschiedenis van de wet van 31 januari 1931 (ST. Bl. No. 41) tot herziening van de Gemeentewet*, Alphen aan de Rijn: Samsom 1931.

**Koopman 1998**

Koopman, J., *De democratische inbedding van de regionale politie*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 37-38.

**Kortmann 1983**

Kortmann, C.A.J.M., 'Het einde van 219 en 220 gemeentewet?', *De Nederlandse Gemeente*, 3 juni 1983, nr. 22, p. 343.

**Kortmann 1998**

Kortmann, C.A.J.M., 'Weg met het Awb-besluit', *RM Themis* 1998-6, p. 190-191.

**Kortmann 2011**

Kortmann, C.N.J., 'Bestuursrechtelijke geldschulden, weer wat overheidsprivaatrecht in de Awb?', *NTb* 2011, afl. 3, p. 51-61.

**Van der Laan 1982**

Laan, J.H. van der, 'Vasthouden: een aanhoudend probleem', *DD* 1982, p. 400-411.

**Langelaar 1974**

Langelaar, K., 'Opmerkingen en mededelingen', *NJB* 1974-1, p. 20-24.

**Van Leeuwen 1985**

Leeuwen, van, F.J.F., "De Wognumse noodverordening", *Gst.* 6800 (1985), p. 309-313.

**Lisser 1983**

Lisser, E. Ch., 'Beschouwingen over de artt. 219 en 220 van de gemeentewet I en II', *Gst.* 6737, p. 1-7 en *Gst.* 6738 (1983), p. 21-28.

**Litooij 2003**

Litooij, A., 'Langdurige gebiedsontzeggingen: nieuw instrument tegen drugsoverlast', *Gst.* 7181 (2003).

**Loeb & Olivier & Troostwijk 1990**

Loeb, R.W.L., Olivier B.K., Troostwijk H., *De wet AROB toegepast*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990, p. 76 en 77.

**Van Loenen 1914**

Loenen, van, J.W.A.C., *De Gemeentewet en hare toepassing, deel II*, Alphen: N. Samsom 1914.

**Van Loenen 1934**

Loenen, van, J.W.A.C., *Gemeentewet en hare toepassing, deel II*, Alphen: N. Samsom 1934.

**Lubach 1994**

Lubach, D.A., 'Bestuur en privaatrecht', *NTB* 1994, p. 52.

**Van Maanen 2004**

Maanen, van, N.F., 'O&M – artikel 175: noodbevel', *NJB* 2004, p. 70-71.

**Van Maarseveen 1981**

Maarseveen, H. van, 'Denken over politiewetgeving', *NJB* 1981, p. 1065-1074.

**Ter Meer 1984**

Meer, ter, H., 'Relatie politie-berger', *Algemeen Politieblad* 1984, nr. 5, p. 113-115.

**Meijer 1987**

Meijer, A., 'De burgemeester in (nood)toestand', *NJB* 1987, p. 237-242.

**Melai & Groenhuijsen 2011**

Melai, A.L., Groenhuijsen, M.S., *Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2011.

**Van der Meulen 1991**

Meulen, van der, B.M.J., 'De normering van het feitelijk handelen der overheid', *NTB* 1991-9, p. 267-278

**Van der Meulen 1993**

Meulen, van der, B.M.J., *Ordehandhaving: actoren, instrumenten en waarborgen*, Deventer: Kluwer 1993.

**Van der Meulen 2000**

Meulen, van der, B.M.J., 'De vierde tranche - Relevantie voor het mededingingsrecht van aanhangige en voorgestelde wijzigingen in de Algemene wet bestuursrecht', *SEW* 2000-12, p. 439-444.

**Meuwissen 1968**

Meuwissen, H.M., *De Europese conventie en het Nederlandse recht*, Leiden: A.W. Sijthof 1968.

**Michiels 1987**

- Michiels, F.C.M.A., 'Bestuursdwang in de gemeenten (I)', *Gst.* 1987 nr. 6832, p. 150-151.
- Michiels, F.C.M.A., 'Bestuursdwang in de gemeenten (slot)', *Gst.*, 1987, p. 176-178.

**Michiels 2006**

Michiels, F.C.M.A., *Houdbaar handhavingsrecht* (oratie Universiteit van Tilburg), Deventer: Kluwer 2006.

**Michiels 2009**

Michiels, F.C.M.A., 'Doorberekening van controlekosten: nieuw beleid noodzakelijk', *NTB* 2009, 35 (online via Kluwer Navigator).

**Michiels & Naeyé & Blomberg & Boek 1997**

Michiels, F.C.M.A., Naeyé, J., Blomberg, A.B. en Boek, J.L.M., *Artikelsgewijs commentaar Politiewet 1993*, 's-Gravenhage: VUGA 1997.

**Michiels & De Waard 2007**

Michiels, F.C.M.A., en De Waard, B.W.N., *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers: 2007.

**Muller e.a. 2008**

Muller, E.R., e.a., *Bestuur, recht en veiligheid: bestuursrechtelijke bevoegdheden voor openbare ordehandhaving en terrorismebestrijding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008

**Muller & De Roos 2006**

Muller, E.R. en De Roos, Th.A. (red.), *T&C Openbare orde en veiligheid*, Deventer: Kluwer 2006.

**Muller & Stolker 2001**

Muller, E.R., Stolker, C.J.J.M. (red), *Ramp en recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

**Van der Neut 1999**

Neut, van der, J.L., *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint 1999.

**Noyon & Langemeijer & Rummelink 2010**

Noyon, T.J., Langemeijer, G.E., Rummelink, J., *Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**Van Ommeren 1996**

Ommeren, F.J., van, *De verplichting verankerd* (diss. UU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

**Oostdam & Littooi 1999**

Oostdam, C.M.M., en Littooi, A., 'Artikel 174a Gemeentewet in de praktijk - Dweilen helpt als je de kraan dicht draait', *Gst.* 7093 (1999), p. 117-124.

**Oppenheim 1906**

Oppenheim, J., *Het Nederlandsch gemeenterecht*, deel II, derde herziene druk, Haarlem: De erven F. Bohn 1906.

**Oud 2003**

Oud, P.J., *Handboek voor het Nederlands gemeenterecht* (dl 1), Zwolle: Tjeenk Willink 1956.

**Van Oudenaarden 2003**

Oudenaarden, van, J.M., 'De verplichtingen van de gemeente bij de gerechtelijke ontzuiming', *Executief* 2003-6, p. 88-91.

**Panholzer 1975**

Panholzer, F., *De rechterlijke bevelen tot handhaving der openbare orde*, Amsterdam: uitgeverij Van Tilburg 1975 (scriptie Universiteit van Amsterdam).

**Pels Rijcken 1887**

Pels Rijcken, F.E., *Artikel 180 der Gemeentewet* (diss. Rijksuniversiteit Leiden), Leiden: P. Somerwil 1887.

**Perrick 1982**

Perrick, F., *Politie in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

**PG AWB III**

Daalder, E.J., Groot, de, G.R.J.D. en Breugel, van, J.M.E.V., *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht; Derde tranche*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1998.

**Van de Poel & Teunissen 1981**

Poel, J.W.E. van de, Teunissen, J.M.H.F., 'Preventief politieoptreden', *Gst.* 6688 (1981), p. 491-493.

**Polak 1983**

Polak, J.E.M., "'Gemeenten en bestuursdwang" en de rechtstaat', *Bestuurswetenschappen* 1983-4, p. 263-270.

**Polak Daniels 1876**

Polak Daniels, G., *Eenige opmerkingen over art. 180 der Gemeentewet* (diss. Hoogeschool Leiden), Leiden: P. Somerwil 1876.

**Prins 1911**

Prins, M.I., *Staatsnoodrecht*, Amsterdam: Erven Martin G. Cohen 1911.

**Prins 1956**

Prins, W.F., 'Noodstaatsrecht (II)', *RM Themis* 1956, p. 330.

**Prins & Van Wijk 1954**

Prins, W.F. en Wijk, H.D. van, *Politiedwang: prae-adviezen*, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1954.

**Rapport van het Beraad**

Rapport van het Beraad inzake het politiebudget, *Budget in beraad*, 's-Gravenhage, februari 1988.

**Rapport Het grootschalig politieoptreden na 1980**

Rapport van de studieconferentie over de Mobiele Eenheden van rijks- en gemeentepolitie en de bijstandseenheden van het Wapen der Koninklijke Marechaussee, *Het grootschalig politieoptreden na 1980*, januari 1981.

**Rapport Maat houden**

Sluimers, D.M., *Maat houden*, MDW-werkgroep Doorberekening handhavingskosten, 's-Gravenhage: 1996

**Rapport Meer gemeente minder staat**

Werkgroep Herziening Gemeentewet, *Eindrapport van 20 oktober 1980*; Wiardi Beckman Stichting, *Meer gemeente minder staat: de herziening van de Gemeentewet*, 1983.

**Van Riet 1995**

Riet, F. van, *T'uwen dienst – De geschiedenis van de politie in Nederland vanaf de Middeleeuwen tot de Tweede Wereldoorlog*, Schiedam: Scriptum Books 1995.

**Ruigrok 2010**

Ruigrok, L.D., 'De dwangsom in nieuw perspectief - Over het voorkomen van ordeverstoringen', *Gst.* 7341 (2010), p. 434-442.

**Rutten-Roos 1986**

Rutten-Roos, A., 'Je was er bij, dus je bent er bij – aansprakelijkheid bij geweld in groepsverband', *NJB* 1986, p. 305-310.

**Schalken 1990**

Schalken, T.M., 'Het grijze domein van de politie', *NJB* 1990, p. 805-811.

**Scheltema 2005**

Scheltema, M.W., *Publiekrechtelijke geldschulden*, Deventer: Kluwer 2005.

**Schipper 1976**

Schipper, G.M. de, 'Politiedwang een probleemgebied', *TvO* 1976-6, p. 116-118.

**Schipper 1986**

Schipper, G.M. de, 'Bestuursdwang, gevorderd door een derde-belanghebbende: bevoegdheden afdeling rechtspraak ontoereikend', *NJB* 1986, p. 737-741.

**Schipper 1987**

Schipper, G.M. de, 'Een omwonende dwingt bestuursdwang af: de camera als vorm van bewijsvoering', *NJB* 1987, p. 1286-1287.

**Schlössels 1998**

Schlössels, R.J.N., *Het specialiteitsbeginsel – Over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Universiteit Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

**Schlössels 2008**

Schlössels, R.J.N., Kroniek 'Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2008, p. 100-101.

**Schneiders 1986**

Schneiders, B., 'Doorberekening kosten politie nog onduidelijk', *De Nederlandse gemeente* 1986, p. 851-852.

**Schroot & Van Vliet & Wijma 1979**

Schroot, J.C., Van Vliet, M., Wijma, N., *Begrip van de Nederlandse gemeente*, deel III, 1979: Samson Uitgeverij Alphen aan den Rijn.

**Schulten 1989**

Schulten, C.M., en Schoenmaker, B., *Oranje op de bres: Vorstenhuis en leger in de Nederlandse geschiedenis*, Amsterdam: de Bataafse Leeuw 1989.

**Sikkes 1958**

Sikkes, P. en Zadel, A., *Beknopt leerboek voor het gemeenterecht*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom n.v. 1958.

**Sluysmans 2001**

Sluysmans, J.A.M.A., 'De wet Victor kritische beschouwd', *Gst.* 7144 (2001), p. 337-343.

**Smeets 1966**

Smeets, J.H., "'Openbare orde", terminologie en betekenis', *NJB* 1966, p. 725-728.

**Smidt 1891**

Smidt, J.W., *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht (I en II)*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.

**Smidt 1892**

Smidt, J.W., *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht (III)*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1892.

**Smit 1988**

Smit, G., 'Levert zaakwaarneming geld op?', *Het tijdschrift voor de politie* 1988, p. 78-82.

**Snijders 1979**

Snijders, H.A.W., 'De naleving van voorwaarden in het bestuursrecht en de bestuursdwang' in: Geest, van, H.J.A.M., Leede, de, L.J.M. en Ringeling, A.B., *Regel en praktijk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979.

**Snijders 1981**

Snijders, H.A.W., 'Politiedwang, beschikkingsbegrip en de competentieverdeling tussen AROB en gewone rechter', *TvO* 1981 (2), p. 34-39.

**Snijders 1982**

Snijders, H.A.W., *Gemeenten en bestuursdwang* (diss. Nijmegen KUN), 's-Gravenhage: VUGA 1982.

**Steenbeek & Stroink 1988**

Steenbeek, J.G., en Stroink, F.A.M., *Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*, 's-Gravenhage: VUGA 1988.



**Stellinga 1976**

Stellinga, J.R., 'Kan het afsluiten van gas-, water- en electriciteitstoevoer politiedwang zijn?', *TvO* 1976 (22), p. 461.

**Strijards 1982**

Strijards, G.A.M., 'De vrijheid van de fysieke persoonlijkheid' in: A.K. Koekoek, W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns, *Grondrechten: commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet (de Jeukensbundel)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982.

**Suyver 1976**

Suyver, J.J.H., *De zeggenschap over het politieorgaan naar Nederlands recht*, Arnhem: Gouda Quint 1976.

**Suyver 1977**

Suyver, J.J.H., 'Artikel 28 Politiewet en de bevoegdheden van politieambtenaren bij de handhaving van de openbare orde', *NJB* 1977, p. 798-801.

**Suyver 1985**

Suyver, J.J.H., 'Naar een codificatie van ordebevoegdheden' in *Handelingen 1985 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1, tweede stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

**Van Swaaij 1997**

Swaaij, van, J.H.M., 'Kostenverhaal door de overheid', *NTBR* 1997-7, p. 166-172.

**Teunissen 1981**

Teunissen, J.M.H.F., 'Serie herziening gemeentewet (IV): Uitgebalanceerde regeling van de politiedwang', *De Nederlandse gemeente* 1981, p. 327-330.

**Teunissen 1986**

Teunissen, J.M.H.F., 'Van politiedwang naar bestuursdwang', *TvO* 1986, p. 200-204.

**Tielen 2006**

Tielen, H., *Huurschulden en huisuitzettingen in Zuid-Holland Noord*, GGD Hollands Midden, december 2006, publicatienr. 06040.

**Bij de Vaate 2010**

Vaate, bij de, D.M.A., 'Wie hennep teelt, zal...oogsten?', *Gst.* 7340 (2010), nr. 80.

**Vasterman 2004**

Vasterman, P., *Mediahype* (diss. Uva), Amsterdam: Uitgeverij Aksant 2004.

**Van Veen 1982**

Veen, van, Th. W., 'Vasthouden en aanhouden', *DD* 1982, p. 69-71.

**Van der Veen 1994**

Veen, van der, G.A., 'Extra spoedeisende bestuursdwang en de derde tranche: de bestuursrechter weer gepasseerd?', *NTB* 1994/9, p. 271-272.

**Van der Veen 1997**

Veen, van der, G.A., *Openbare zaken* (diss. UU), Utrecht: Instituut voor Staats- en bestuursrecht Universiteit Utrecht 1997.

**Verheij & Lubberdink 1996**

Verheij, N., en Lubberdink, H.G., *Algemene wet bestuursrecht: Derde tranche*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

**Vermeer 2010**

Vermeer, F.R., *Gedogen door bestuursorganen*, Deventer: Kluwer 2010.

**Vermeulen 2005**

Vermeulen, H., 'De geldschuldenregeling in de vierde tranche Awb voor het belastingrecht', *WFR* 2005 (nr. 6607), p. 39-47.

**Versteden 1996**

Versteden, C.J.N., 'De Awb en feitelijke handelingen', *NTB* 1996-5, p. 175-176.

**Verweij 1997**

Verweij, J.H., *De bestuurlijke dwangsom*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

**Van der Vlies 2001**

Vlies, van der, I.C., *Algemene begrippen: hoofdstuk 1 en 2 Awb*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

**Volmuller 1966**

Volmuller, H.W.J., *Het oudste beroep: geschiedenis van de prostitutie in Nederland*, Utrecht: Oosthoek N.V. 1966.

**Vorstman 1929**

Vorstman, J.A., *De politietaak*, Purmerend: J. Muusses 1929.

**De Vries 1846**

Vries, de, G., *Wetgevende magt der plaatselijke besturen*, Haarlem: A.C. Kruseman 1846.

**Wedzinga 1992**

Wedzinga, W., *Openlijke geweldpleging*, Arnhem: Gouda Quint BV 1992.

**Weerkamp 1976**

Weerkamp, J.W., 'De Wet Arob en de aankondiging van politiedwang', *Bondsblad* 1976 (3655), p. 905-907.

**Werkgroep verhaal politiekosten**

Werkgroep verhaal politiekosten, *Doorberekenen politiekosten*, 's-Gravenhage Vereniging van Nederlandse Gemeenten: november 1985.

**Van Wijk 1968**

Wijk, van, H.D., *Hoofdstukken van het administratieve recht*, 's-Gravenhage: Wolters-Noordhoff & VUGA-Boekerij 1968.

**Van Wijk & Konijnenbelt 1979**

Wijk, H.D. van en Konijnenbelt, W., *Hoofdstukken van administratief recht*, 's-Gravenhage: Vuga bv 1979.

**Van Wijk & Konijnenbelt 1988**

Wijk, H.D. van en Konijnenbelt, W., *Hoofdstukken van administratief recht*, Culemborg: Lemma, 1988.

**Van Wijk & Konijnenbelt 1994**

Wijk, H.D. van en Konijnenbelt, W., *Hoofdstukken van administratief recht*, Culemborg: Lemma, 1994.

**Van Wijk & Konijnenbelt 1999**

Wijk, van, H.D., en Konijnenbelt, W., *Hoofdstukken van administratief recht*, Culemborg: Lemma 1999.

**Van Wijk & Konijnenbelt & Van Male 2008**

Wijk, van, H.D., Konijnenbelt, W., Van Male, R.M., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008.

**Van Wijk & Konijnenbelt & Van Male 2011**

Wijk, van, H.D., Konijnenbelt, W., Van Male, R.M., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011.

**Wouters & Kroeske 2007**

Wouters, M., Korf, D.J., Kroeske, S., *Harde aanpak, hete zomer*, Amsterdam: Rozenberg publishers 2007.

**Van Zanten 1978**

- Zanten, P. van, 'Ongedierte-bestrijding via politiedwang zonder kostenverhaal? (I)', *Gst.* 6527 (1978), p. 465-466.

- Zanten, P. van, 'Ongedierte-bestrijding via politiedwang zonder kostenverhaal? (II slot)', *Gst.* 6528 (1978), p. 453-454.

**Van Zanten 1980**

Zanten, P. van, 'Kostenverhaal politiedwang kakkerlakkenbestrijding', *Gst.* 6633 (1980).

**Van Zanten 1981**

- Zanten, P. van, 'Naar een nieuwe Gemeentewet (VII)', *Gst.* 6655 (1981), p. 187-188.
- Zanten, P. van, 'Kostenverhaal bij politiedwang (Hoge Raad oordeelt anders dan de Afdeling rechtspraak)', *Gst.* 6675 (1981), p. 363-364.

**Zijlstra 1998**

Zijlstra, S.E., 'Herzie de Gemeentewet (opnieuw)!', *Gst.* 7084 (1998), p. 517-524.

# Afkortingenlijst

AA	Ars aequi
AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
A-G	advocaat-generaal
APB	Algemeen politieblad
APV	Algemene plaatselijke verordening
ARRvS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BJu	Boom Juridische uitgevers
BR	Bouwrecht
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
COT	Crisis Onderzoek Team
DD	Delikt en delinkwent
Dt	Derde tranche
e.a.	en anderen
e.d.	en dergelijke
e.v.	en volgende
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens
Gem.wet.	Gemeentewet
Gst.	Gemeentestem
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
JB	Jurisprudentie bestuursrecht
JBplus	Jurisprudentie bestuursrecht plus
JG	Jurisprudentie voor Gemeenten
JM	Jurisprudentie milieurecht
JOM	Jurisprudentie omgevingsrecht
JV	Jurisprudentie vreemdelingenrecht
KB	koninklijk besluit
KG	Kort geding
Ktg.	kantongerecht
KNVB	Koninklijke Nederlandse Voetbalbond
KUN	Katholieke Universiteit Nijmegen
LJN	Landelijke jurisprudentienummer
m.n.	met name
m.nt.	met noot van
ME	mobiele eenheid

MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
NB	nota bene
NJ	Nederlandse jurisprudentie
NJB	Nederlands juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NJF	Nederlandse jurisprudentie feitenrechtspraak
NO	Nationale ombudsman
NTB	Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht
NTBR	Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht
NV	Nota naar aanleiding van het verslag
o.a.	onder andere
OM	openbaar ministerie
OO&V	Openbare orde & Veiligheid
p.	pagina
P-G	procureur-generaal
Pol.r.	politierechter
Pol.wet	Politiewet
Rb.	rechtbank
RID	Regionale inlichtingendienst
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Sv	Wetboek van Strafvordering
T&C	Tekst & Commentaar
tB/S	ten Berge/Stroink (adm. rechtspraak overheidsbeschikkingen)
TvO	Tijdschrift voor overheidsadministratie (vanaf 1975: openbaar bestuur)
TvP	Het tijdschrift voor de politie
UU	Universiteit Utrecht
UvA	Universiteit van Amsterdam
VAR	Vereniging voor bestuursrecht
vgl.	vergelijk
VNG	Vereniging Nederlandse Gemeenten
VR	Verkeersrecht
Vt	Vierde tranche
Vz.	voorzitter
Vzr.	voorzieningenrechter
W.	Weekblad van het regt
Wabo	Wet algemene bepaling omgevingsrecht
Wav	Wet arbeid vreemdelingen
WBBBG	Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijke gezag
Wet Arob	Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen
Wet Bab	Wet beroep administratieve beschikkingen
WFR	Weekblad voor fiscaal recht
Wom	Wet openbare manifestaties
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening

# Trefwoordenregister

- Algemene voorschriften van politie, 120, 140, 141, 155
- Artikel 5:23 Awb, 6, 202, 208, 268, 320, 329, 331, 380
- Beletten, 24, 27, 73, 267
- Bestuursdwang
  - aanzeggen, 35, 48, 53, 101, 341, 367
  - bevoegdheid, 13, 21, 31, 40, 55, 60, 207, 320, 322, 343, 352, 387
  - definitie, 11, 15, 19, 29, 37, 42, 44, 73, 207, 341, 363
  - effectueren, 36, 55, 56, 64, 341, 366
  - kosten, 14, 23, 32, 49, 93, 307, 319, 373, 389, 391, 393
  - op mensen, 6, 60, 371, 388
  - preventieve, 2, 15, 24, 72, 354
  - spoed en superspoed, 3, 13, 21, 30, 46, 64, 354, 362, 368
  - toepassen (zie verder effectueren), 35
- Brand, 63, 67, 96, 102, 112, 113, 115, 126, 128, 136, 146, 150, 157, 170, 210, 216, 220, 255, 259, 263, 266, 275, 278, 288, 295, 300, 304, 316, 332, 344, 357, 362, 365
- Burgemeester
  - bevoegdheid openbare orde, 164, 169, 203, 204, 218, 221, 226, 232, 248, 254, 319, 322, 345, 352, 356, 388
- Dwangsom, 42, 51, 72, 73, 81, 84, 319, 334, 339, 389, 393
- Evenredigheid, 50, 211, 314, 371, 373, 380, 382, 386, 394
- Geldschuldenregeling, 49, 97, 108, 373, 438
- Gewone en buitengewone bevoegdheden, 154, 169, 175, 217, 228, 346
- Juridisering, 3, 212, 321, 348, 381
- Klaarblijkelijkheidscriterium, 26, 27, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 90, 91, 354, 355
- Legaliteitsbeginsel, 14, 40, 41, 74, 328, 343, 344, 351
- Lucky Luijk, 160
- Machtiging, 56, 62, 167, 186, 234, 263, 266, 278, 300, 357, 371
- Mandaat en delegatie, 51, 61, 263, 299
- Noodbevel, 3, 114, 130, 142, 167, 170, 285
- Onmiddellijk ordebesluit, 5, 213, 321, 330, 381, 384, 391
- Onmiddellijk ordebevel, 264, 320, 326, 348, 380, 382, 389
- Onmiddellijke handhaving van de openbare orde, 3, 202, 205, 209
  - algemene eisen, 254
  - onderscheid, 217, 228
  - openbare, 232
  - orde, 248
- Onmiddellijkheidssituatie, 226, 248, 254, 345, 355, 381, 384
- Overtreder, 23, 33, 102, 319, 323, 358
- Politiedwang, 11, 20
- Proportionaliteit, 98, 108, 238, 262, 275, 296, 305, 358, 372

Rampen, 137, 152, 217, 230, 254, 277, 286, 293, 333

Recidivecriterium, 73, 84, 88

Situatiecriterium zie bij Onmiddellijkheidssituatie, 255

Staatsnoodrecht, 172, 174, 175, 199, 423, 427

Subsidiariteit, 257, 275, 299, 332, 370, 372, 393

Voor het publiek openstaande gebouwen, 41, 122, 145, 234, 239, 279, 352

Voor publiek toegankelijk, 232, 240, 254

Vrijheidsontneming en vrijheidsbeperking, 186, 188

Wet Arob, 19, 28, 153, 172, 173, 175, 195, 199, 321, 342, 348, 349, 363, 383, 424, 425, 438

Wet openbare manifestaties, 236, 241, 281, 322, 326

Wet veiligheidsregio's, 7, 63, 113, 127, 157, 201, 216, 253, 263, 275, 278, 288, 293, 299, 300, 301, 331, 344, 352, 357, 359, 365, 421



# Dankwoord

Zelf ben ik zo'n oppervlakkig type dat bij proefschriften altijd als eerste het dankwoord leest. Daar is niets mis mee.

Mijn dank gaat allereerst uit naar mijn promotores Jan Brouwer en Frank Vermeer. Deze heren hebben hun verantwoordelijkheden als begeleider zeer serieus genomen, vanaf het eerste ingeleverde stuk tot en met de stellingen. Zij zorgden voor regelmatige afspraken, hadden keer op keer de stukken gelezen en kwamen altijd met zinnig commentaar. Dat zij mij soms het leven zuur maakten, is inmiddels verwaarloosbaar; dit mooie proefschrift is af!

De leescommissie is mede op mijn verzoek samengesteld. Ik dank Jon Schilder, Leo Damen en Lex Michiels voor hun scherpzinnige – soms hilarische – commentaar. Vereerd ben ik met hun goedkeuring.

Ten derde wil ik mijn paranimfen bedanken: Kai Lindenberg en Marjan Siekmans-Koopmann (het pinguinduo L & K). Zij hebben de afgelopen jaren lichter gemaakt door hun humor, relativiseringsvermogen, levenswijsheid en loyaliteit. Lang leve het roken!

Ik bedank uiteraard ook mijn overige collega's voor hun begrip en steun. Ik heb het over personen op de sectie Achterklap, Roddel en Wissewasjes (ARW) werken en hebben gewerkt: Peter, Vincent, Viola, Adriaan, Michel, Petra, Marchien, Anneke, Berend, Caroline, Christine en Louise. In het bijzonder noem ik alle huidige en voorgaande student-assistenten die de sociale bijeenkomsten van de sectie bijzonder aangenaam maken.

Ten vijfde bedank ik alle goede collega's van buiten de sectie en mijn vrienden (overlap is mogelijk). Dank voor jullie interesse, medeleven, lieve mails en voor alle lunches, borrels en etentjes! En sorry voor het eindeloos niet-afspreken of het verzetten van afspraken!

Vervolgens bedank ik die mensen in mijn leven die ik als familie mag beschouwen. Jullie zijn er op de belangrijke momenten: Igor, Anne, Agnes, Gert & Eric, Hanneke & Kees, Leonie & Tristan, Philippe & Gaby. Dikke zoenen ook voor Bas, Bob & Marlijn & Elena en Marijn.

Tot slot, zoals mijn paranimf zo mooi verwoordde in zijn dankwoord, is promoveren vooral weder-echtelijke dwang. Oneindig veel dank ben ik verschuldigd aan mijn 'man' Frederic. Lieverd, jij hebt op deze manier toch een doctorstitel behaald! Dank ook voor onze fantastische zoon (en onze overige toekomstige argonauten). Jaason – mocht je dit lezen als je later groot bent: door jou heb ik dit boek afgemaakt, omdat jij mij zo gelukkig maakt.