

De straffende burgemeester: een gevaar voor het strafrecht?²

DD 2017/9

1. Inleiding

De gedachte dat misdaad uitsluitend dient te worden bestreden door middel van de inzet van het strafrecht is reeds lange tijd verlaten. Er was sprake van overbelast geraakt strafrecht en een hiermee gepaard gaand handhavingstekort.³ Van het bestuursrecht wordt ook een bijdrage verwacht en de gedachte is dat het bestuur een eigen verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van de (preventieve) handhaving.⁴ In de criminologie wordt deze ontwikkeling aangeduid als responsabilisering: om criminaliteitsrisico's te weren worden ook niet-strafrechtelijke actoren betrokken bij de bestrijding van criminaliteit, zoals de lokale overheid.⁵ De meest zichtbare bestuurlijke actor is de burgemeester. Deze burgemeester krijgt volgens sommigen steeds meer de rol van 'veiligheidsbaas'⁶ en heeft oude en nieuwe instrumenten voorhanden om 'de bijl aan de wortels van de georganiseerde misdaad' te zetten.⁷ Dit wordt de bestuurlijke aanpak van georganiseerde misdaad genoemd.⁸ Op grond van deze aanpak wordt het bestuursrecht preventief ingezet om te voorkomen dat de georganiseerde misdaad door de overheid wordt bevorderd. De Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob) is het meest bekende voorbeeld van deze aanpak.⁹ Deze wet biedt bestuursorganen de mogelijkheid om beschikkingen – waaronder vergunningen – te weigeren of in te trekken, indien sprake is van een ernstig gevaar van misbruik van de vergunning. Over het algemeen wordt aangenomen dat de weigering of intrekking van een vergunning op grond van deze wet door bijvoorbeeld de burgemeester, niet is aan te merken als een *criminal charge*. De bedoelde weigering of intrekking is dus geen voorbeeld van 'bestuursstrafrecht' maar is veeleer een bestuurlijke maatregel. Uit vaste rechtspraak van de Afdeling blijkt dat de weigering of intrekking van een vergunning op grond van de Wet Bibob geen bestraffende sanctie is en het doel ervan erin is gelegen te voorkomen dat het openbaar bestuur misdaad bevordert.¹⁰ De burgemeester die toepassing geeft aan de Wet Bibob is dan geen straffende burgemeester.

1 Universitair docent straf(proces)recht, Universiteit Utrecht.

2 Citeerwijze: B. van der Vorm, 'De straffende burgemeester: een gevaar voor het strafrecht?', DD 2017/9.

3 C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014. Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht?', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (Preadviezen VAR 2014), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 13-14; F.C.M.A. Michiels, 'Het handhavingstekort en de bestuurlijke boete', in: H. de Doelder, M.E. Meijer & D. Otto (red.), *De bestuurlijke boete in perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1999, p. 63-75.

4 L.J.J. Rogier, 'Bestraffende sancties in de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 521. Zie ook L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

5 D. Garland, 'The limits of the sovereign State', *British Journal of Criminology* 1996, p. 445-471.

6 H.J.B. Sackers, 'De burgemeester als veiligheidsbaas', *JV* 2010a, p. 86-99. Anders: L.J.J. Rogier, 'Nieuwe bevoegdheden van de burgemeester. Sancties, bevelen en andere maatregelen', *NTB* 2010, p. 309-314.

7 R. Prins, *De bestuurlijke bijl aan de wortels van georganiseerde criminaliteit*, te raadplegen via www.bestuurskunde.nl/2016/05/06/bestuurlijke-bijl-aan-wortels-georganiseerde-criminaliteit/.

8 De bestuurlijke aanpak is niet uitsluitend gericht op de georganiseerde misdaad. Zo kan ook worden gewezen op de bestuurlijke aanpak van het jihadisme. Zie hierover B. van der Vorm, 'De bestuurlijke aanpak van het jihadisme. De intrekking van het Nederlanderschap in het belang van de nationale veiligheid als (preventieve) verbanning', *PROCES* 2016a, p. 17-28.

9 Zie uitgebreid over deze wet B. van der Vorm, *Ernstig gevaar. Een juridisch-empirisch onderzoek naar aard, doel en toepassing van de Wet Bibob* (diss. Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016b.

10 Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 juni 2014, *Gst.* 2014/102, m.nt. B. van der Vorm.

De bestuurlijke aanpak van de georganiseerde misdaad wordt vooral gekenmerkt als een preventieve aanpak. Het is evenwel mogelijk dat het bestuursrecht repressief wordt ingezet om misdaad aan te pakken. Een repressieve aanpak betekent niet noodzakelijkerwijs dat deze ook bestraffend van aard is. Het opleggen van een last onder dwangsom is repressief – omdat wordt gereageerd op een overtreding – maar het is geen bestraffende sanctie. Deze sanctie is gericht op herstel en daarom wordt de last onder dwangsom aangemerkt als een herstelsanctie. De oplegging van een bestuurlijke boete wordt wel aangemerkt als een bestraffende sanctie. Niet ieder repressief reageren op een overtreding door het bestuursorgaan is dus aan te merken als bestuursstrafrecht'. Dit gegeven is van belang om voor ogen te houden, indien de aandacht wordt gevestigd op de rol van de burgemeester in de rechtshandhaving. Zo heeft Sackers in zijn oratie erop gewezen dat de burgemeester steeds meer handhaver en misdadbestrijder is geworden.¹¹ Als wordt gesproken van de burgemeester als misdadbestrijder of veiligheidsbaas bekruipt de toehoorder al snel het idee dat de burgemeester handhavend optreedt door middel van de oplegging van bestraffende sancties.¹² Er kan dan worden gesproken van de straffende burgemeester. Is deze straffende burgemeester een gevaar voor het strafrecht? Is het mogelijk dat, indien de burgemeester een bestraffende sanctie oplegt, de betrokkene of verdachte eveneens strafrechtelijk kan worden vervolgd wegens hetzelfde feit? Hoe is de samenloop met strafrechtelijke sancties geregeld ten aanzien van bestuurlijke sancties, die door de bestuursrechter niet als bestraffend zijn aangemerkt, maar die daar wel sterk op lijken en/of op aansluiten?

In deze bijdrage wordt onderzocht in hoeverre de straffende burgemeester een gevaar vormt voor het strafrecht. Enerzijds wordt bekeken onder welke omstandigheden de burgemeester als zodanig bevoegd is om bestraffende sancties op te leggen en wat hiervan de strafrechtelijke implicaties zijn. Anderzijds worden bestuurlijke sancties besproken die door de bestuursrechter niet worden aangemerkt als bestraffend, maar daar wel sterk op lijken en/of op aansluiten, om vervolgens te bezien hoe de samenloop met het strafrecht is geregeld. Om hierin meer inzicht te krijgen wordt ten eerste aandacht besteed aan de figuur van het bestraffende bestuur (paragraaf 2), waarna enige relevante bestuurlijke sancties, die de burgemeester ter beschikking staan, in kaart worden gebracht (paragraaf 3). Ten derde wordt ingegaan op de strafrechtelijke implicaties van de oplegging van zowel bestraffende als niet-bestruwende sancties door de burgemeester (paragraaf 4). Deze bijdrage eindigt met een conclusie (paragraaf 5).

2. Het straffende bestuur

Met de sterke opkomst van de bestuurlijke boete in de jaren negentig van de vorige eeuw is ook het bestuursstrafrecht in betekenis toegenomen. Hartmann en Van Russen Groen hanteren de volgende definitie van bestuursstrafrecht: 'Het van het strafrecht en het bestuursrecht te onderscheiden deel van het recht waarin publiekrechtelijke bestuursorganen, zonder tussenkomst van de betrokkene of een onafhankelijke rechter, sancties met een bestraffend karakter kunnen opleggen.'¹³ Het bestuursstrafrecht is in deze visie derhalve gelegen in het gebied tussen het strafrecht en het bestuursrecht in. Deze definitie is niet bevredigend; het opleggen van een bestuurlijke boete wordt namelijk genormeerd

11 H.J.B. Sackers, *Herder, hoeder en handhaver. De burgemeester en het bestuurlijk sanctierecht* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2010b.

12 H.J.B. Sackers, 'De burgemeester als veiligheidsbaas', *JV* 2010a, p. 86-99. Ook Sackers gaat in zijn oratie uit van bestraffende sancties. Zie Sackers 2010b, p. 5.

13 A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Gouda Quint 1998, p. 74.

door het bestuursrecht, en wel door een bijzondere vorm van bestuursrecht, het bestraffende bestuursrecht.¹⁴ De term 'bestuursstrafrecht' lijkt echter meer gemeengoed te zijn dan het bestraffende bestuursrecht.¹⁵

Een van de pioniers op het terrein van het bestuursstrafrecht is Rogier. In zijn oratie getiteld 'Straffend bestuur' uit 2001 geeft Rogier aan dat het bestuursstrafrecht in omvang en betekenis toeneemt, maar dat enkele fundamentele vragen niet meer worden gesteld. Hoewel deze oratie niet meer van recente datum is, zijn de vragen die Rogier stelt fundamenteel van aard en hebben deze nog steeds betekenis voor de hedendaagse discussie over het straffende bestuur. Deze vragen zijn achtereenvolgens: 'Mag het bestuur straffen?',¹⁶ 'Met welk doel mag het bestuur straffen?' en 'Is er naast straffend bestuur nog een plaats voor het strafrecht?'.¹⁷ Ten aanzien van de eerste twee vragen komt Rogier tot de conclusie dat het bestuur moet kunnen straffen, maar uitsluitend om bestuursdoelen te realiseren en niet ter vergelding. Het strafdoel van de vergelding komt het strafrecht toe en niet het bestuursrecht, aldus Rogier.¹⁸

Rogier zoekt ten aanzien van de beantwoording van de eerste vraag vooral aansluiting bij artikel 113 Grondwet. Naar zijn mening dient deze bepaling te worden gewijzigd 'in die zin dat daarin een basis wordt gelegd voor een regeling van de bestuurlijke boete die tenminste voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM'.¹⁹ Hiermee zal Rogier niet bedoelen dat het bestuur ook vrijheidsbenemende sancties zou mogen opleggen. Afgezien van een wijziging van artikel 113 Grondwet ziet Rogier geen beletselen op grond waarvan bestraffing door het bestuur niet zou mogen, zo lang de bestraffing door het bestuur een bestuursdoel dient. Het opleggen van een bestuurlijke boete door een bestuursorgaan is namelijk niet aan te merken als een vorm van 'berechting', zoals bedoeld in artikel 113 lid 1 Grondwet. Het is dus mogelijk om naast of in plaats van berechting op een andere wijze op strafbare feiten te reageren.²⁰ Gezien deze interpretatie van artikel 113 Grondwet is meermalen de vraag opgeworpen wat nu nog precies de waarde is van deze bepaling.²¹

Bij de tweede vraag maakt Rogier echter niet duidelijk wat hij precies verstaat onder 'vergelding'. Corstens vraagt zich in zijn bespreking van Rogier's oratie af of het bestuur toch tot bestuurlijke beboeting mag overgaan 'om uiting te geven aan maatschappelijke onvrede over bepaald gedrag'.²² Is het met andere woorden mogelijk om tot bestuurlijke bestraffing over te gaan zonder dat sprake is van de realisatie van een bestuursdoel? Corstens meent dat dit het geval is:

"Men zou kunnen denken aan het bestuur dat de moordenaar zijn milieuvergunning afneemt, zodat hij zijn bedrijf zal moeten stilleggen. Dan is er inderdaad geen bestuurlijk doel meer in het geding en gaat het uitsluitend om leedtoevoeging als uitdrukking van afkeuring van het gestelde gedrag."²³

14 Zie in vergelijkbare zin F.C.M.A. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling', in: *Handhaving van het bestuursrecht* (Preadviezen VAR), Alphen aan de Rijn: Samsom Tjeenk Willink 1995, p. 62. Michiels spreekt in dit verband van 'punitief bestuursrecht'.

15 A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, 'Bestuursstrafrecht', *DD* 2015/31, p. 303.

16 Deze vraag wordt overigens ook door Mevis opgeworpen: 'Mag het bestuur zich de handhaving door bestraffing wel aantrekken; past dat in de gewenste publiekrechtelijke verhoudingen?'. Zie P.A.M. Mevis, *Constitutio-nel strafrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 29 e.v.

17 L.J.J. Rogier, *Straffend bestuur* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 8.

18 Rogier 2001, p. 12-13.

19 Rogier 2001, p. 12.

20 Rogier 2001, p. 9.

21 Zie bijvoorbeeld Albers 2014, p. 11-12; Zie eveneens Mevis 1998, p. 32.

22 G.J.M. Corstens, 'L.J.J. Rogier. Straffend bestuur (oratie Rotterdam)', *Trema* 2002, p. 415.

23 Corstens 2002, p. 415.

Naar mijn mening kan met Corstens worden ingestemd dat het denkbaar is dat bestuursrechtelijk wordt gestraft zonder dat de realisatie van bestuursdoelen wordt beoogd; het voorbeeld van Corstens is echter ongelukkig. De bestuurlijke intrekking van een milieuvergunning wordt naar de huidige stand van zaken in de jurisprudentie uitgelegd als een herstelsanctie en niet als een bestraffende sanctie. Van bestuurlijke bestraffing is dan ook geen sprake. In plaats van Corstens' voorbeeld kan beter een ander voorbeeld worden gekozen. Op grond van artikel 85 Wet marktordening gezondheidszorg kan de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) bestuurlijke boetes opleggen. In artikel 4.1 van de Beleidsregel bestuurlijke boete Wet marktordening gezondheidszorg wordt het doel van deze bestuurlijke boete als volgt omschreven: 'De NZa stelt een bestuurlijke boete op een zodanig niveau dat deze, in het kader van specifieke preventie, een overtreder weerhoudt van het begaan van een volgende overtreding en, in het kader van algemene preventie, potentiële andere overtreders afschrikt'. De strafdoelen zijn gelegen in de generale en speciale preventie. Met andere woorden: het gaat in dit voorbeeld niet om het realiseren van een bestuursdoel, maar om afschrikking. Klap geeft in dit verband aan, dat in de economische bestuurswetgeving speciale en generale preventie een belangrijke rol spelen bij het opleggen van bestuurlijke boetes, zoals blijkt uit verschillende beleidsregels.²⁴

Nu is vastgesteld dat het bestuur bestuurlijke boetes kan opleggen ter afschrikking zonder dat sprake is van de realisatie van een bestuursdoel, is het vervolgens de vraag of het bestuur ook bestraffend kan – en mag – optreden indien vergelding is beoogd. Als uitgangspunt kan worden verwezen naar het bepaalde in artikel 5:2 lid 1 onder c Awb. Er is sprake van een bestraffende sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen. Leedtoevoeging heeft vergelding en preventie tot doel. Impliceert bewuste en opzettelijke leedvoeging dat sprake is van vergelding? Ik zou menen dat dit het geval is; vergelding is immers het kenmerk van de straf.²⁵ Zo geeft Knigge aan dat straffen vergelding is.²⁶ Volgens Keijzer houdt straffen naar zijn wezen vergelding door leedtoevoeging in.²⁷ Het wezen van de straf ligt dus in de vergelding. Het opleggen van een bestuurlijke boete is materieel geen andere sanctie dan de strafrechtelijke geldboete.²⁸ Michiels geeft aan dat de bestuurlijke bestraffende sanctie in haar beoogde effecten niet afwijkt van strafrechtelijke straffen. Deze beoogde effecten zijn volgens hem gelegen in de leedtoevoeging en de speciale en generale preventie.²⁹ Bröring en Keulen geven aan dat geen principiële onderscheid bestaat tussen het bestraffende bestuursrecht en het strafrecht, waar het gaat om het doel en de middelen.³⁰ Zij wijzen er voorts op dat veel feiten zowel een beboetbaar feit als een strafbaar feit inhouden. Dit betekent dat geen principiële onderscheid kan worden gemaakt tussen de 'strafrechtelijke' en de 'bestuursrechtelijke' strafdoelen. Naar mijn mening omvat het kenmerk van een bestuurlijke bestraffende sanctie – de leedtoevoeging – de vergelding, maar ook preventie.³¹ De opvatting van Rogier dat het bestuur geen bestraffende sancties

24 A.P. Klap, 'Boeteoplegging in het economische bestuursrecht: afschrikking versus evenredigheid?', *Sociaal-economische Wetgeving* 2012, p. 322-335.

25 Borgers 2001, p. 81.

26 G. Knigge, *Het irrationele van de straf* (oratie Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 8.

27 N. Keijzer, 'Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken', in: C.J. Enschedé, N. Keijzer, J.C.M. Leijten & T.W. van Veen (red.), *Naar eer en geweten* (Liber amicorum J. Rummelink), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 252.

28 Rogier 2001, p. 10.

29 F.C.M.A. Michiels, 'De bestuurlijke boete als remedie tegen handhavingstekorten', *JV* 2005, p. 68.

30 H.E. Bröring & B.F. Keulen, *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Den Haag: Ministerie van Veiligheid en Justitie 2016, p. 18.

31 Zie ook C.L.G.F.H. Albers, 'De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie', *NTB* 2009, p. 174.

kan opleggen met als doel vergelding, kan ik dan ook niet delen, aangezien dit een *contradictio in terminis* is.³² In het leedtoevoegende karakter van de bestuurlijke boete ligt de vergelding besloten.

De laatste vraag die Rogier opwerpt, is of er naast straffend bestuur plaats is voor strafrecht. Hij wijst op de bekende modellen A en B – die veel zijn bekritiseerd³³ – en vraagt zich af wat de toevoegde waarde is van model B. Over het antwoord op de vraag welke soort gedraging voor een bestuurlijke boete in aanmerking komt en welke niet, laat Rogier zich niet uit. Dat heeft hij bewaard voor zijn afscheidsrede. Het komt erop neer dat indien sprake is van een ernstige gedraging de strafrechtelijke weg dient te worden gevolgd.³⁴ Helaas wordt door Rogier niet uitgelegd, wat hij verstaat onder de ‘ernstige gedraging’ en zijn we niet heel veel verder gekomen in de discussie over de keuze tussen ‘bestuursrecht of strafrecht’. Uit het voorgaande blijkt dat het bestuur bestraffend mag optreden, hetgeen ook is gecodificeerd in de Vierde Tranche van de Awb. Indien het bestuur een bestraffende sanctie oplegt kan het verschillende doelen nastreven: het realiseren van bestuursdoelen, maar ook preventie en vergelding. De vervolgstap is hoe een en ander doorwerkt naar de burgemeester.

3. De bestraffing door de burgemeester?

3.1 Algemeen

In het verband van het veiligheidsdomein wordt de burgemeester steeds belangrijker. De burgemeester heeft traditioneel altijd bevoegdheden gehad op het terrein van de openbare orde, maar de burgemeester wordt steeds meer ‘opgetuigd’.³⁵ Thans kan de burgemeester verschillende sancties en maatregelen opleggen met een beroep op de openbare orde en veiligheid. De Jong geeft aan dat de burgemeester steeds meer bevoegdheden krijgt toebedeeld en dat het begrip openbare-ordehandhaving soms lijkt te worden gelijkgesteld aan veiligheid en misdaadbestrijding.³⁶ Volgens Sackers wordt de burgemeester steeds meer handhaver, omdat aan hem steeds meer bevoegdheden worden toegekend. Het wordt evenwel niet precies duidelijk wat wordt bedoeld met ‘handhaver’. Dit geldt ook ten aanzien van het ‘bestuurlijk sanctierecht’. Dit is ook een punt van commentaar van Rogier op Sackers. Sackers bespreekt meerdere bestuurlijke sancties, maar niet alle besproken rechtsgevolgen zijn aan te merken als sancties.³⁷

Zoals reeds duidelijk is geworden beogen bestraffende sancties leed toe te voegen. In de literatuur – maar ook in de jurisprudentie – bestaat discussie over de vraag welke bestuurlijke sancties nu precies zijn aan te merken als bestraffende sancties. Onomstreden is de

32 Anders: C.P.M. Cleiren, ‘Boekbespreking’ (bespreking van L.J.J. Rogier, *Straffend bestuur* (oratie Rotterdam)), *DD* 2003, p. 53.

33 Zie bijvoorbeeld A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law* (oratie Rotterdam), Apel/doorn/Antwerpen: Maklu 2011, p. 35 e.v.

34 L.J.J. Rogier, *Bestuursrecht of strafrecht. Instrumentaliteit of moraliteit?* (afschheidsrede Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 32-33.

35 Sackers 2010a, p. 86.

36 M.A.D.W. de Jong, ‘De burgemeester als misdaadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht’, in: *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (Preadviezen VAR 2007), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 62.

37 L.J.J. Rogier, ‘Boekbespreking’ (bespreking van H.J.B. Sackers, *Herder, hoeder en handhaver* (oratie Nijmegen)), *DD* 2010, 82. Hoewel het commentaar van Rogier op Sackers’ oratie ten aanzien van het nalaten van het definiëren van het bestuurlijk sanctierecht op zichzelf gerechtvaardigd is, geldt hier wel de pot verwijt de ketel. Zo spreekt Rogier in zijn tweede oratie van bestuurlijke sanctie maatregelen, terwijl hij Sackers verwijt onvoldoende oog te hebben voor het onderscheid tussen de bestuurlijke sanctie en de bestuurlijke maatregel. Zie L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 10. In een latere bijdrage is Rogier hierover genuanceerder. Zie L.J.J. Rogier, ‘Nieuwe bevoegdheden van de burgemeester. Sancties, bevelen en andere maatregelen’, *NTB* 2010, p. 309-314.

bestuurlijke boete; dit is een bestraffende sanctie (artikel 5:40 lid 1 Awb). Bestaan, afgezien van de bestuurlijke boete, nog andere bestuurlijke bestraffende sancties? In haar preadvies gaat Albers de volgende – mogelijk bestraffende – bestuurlijke sancties na: de intrekking van een begunstigende beschikking, de intrekking en terugvordering van een subsidie, de tijdelijke intrekking van een (duur)vergunning, de intrekking of sluiting als maatregel ter handhaving van de openbare orde,³⁸ de intrekking van een exploitatievergunning, de intrekking van de APK-keuringserkenning, de maatregel in het sociale zekerheidsrecht en ‘naming and shaming’. Hoewel Albers het niet altijd eens is met de standpunten die de (hoogste) rechters ten aanzien van het rechtskarakter van deze sancties innemen, worden deze bestuurlijke sancties – of maatregelen – in de regel niet aangemerkt als bestuurlijke *bestraffende* sancties.³⁹

Wat betekent dit voor de burgemeester? Kan de burgemeester als zodanig bestuurlijke boetes opleggen, of kan hij dat uitsluitend in het verband van het college van burgemeester en wethouders? En als de burgemeester inderdaad zelfstandig bestuurlijke boetes kan opleggen, in welke situaties is dat dan mogelijk? Hierop voortbouwend: bestaan buiten het opleggen van de bestuurlijke boete mogelijkheden voor de burgemeester om bestraffend te sanctioneren? En welke bestuurlijke sancties die door de bestuursrechter niet worden aangemerkt als bestraffend, maar daar wel sterk op lijken, kunnen worden opgelegd door de burgemeester?⁴⁰

3.2 *Het opleggen van een bestuurlijke boete*

Op het niveau van de gemeente is het vooral het college van burgemeester en wethouders dat bevoegd is tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Er kan worden gewezen op artikel 4.17 Wet basisregistratie personen, artikel 92a Woningwet, artikel 35 Huisvestingswet 2014 en artikel 18 Leegstandwet. Op grond van deze bepalingen is het college van burgemeester en wethouders bevoegd tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Rogier heeft aangegeven dat de burgemeester wel is opgetuigd, maar niet wat betreft bestraffende sancties.⁴¹ Hier heeft Rogier zeker het gelijk aan zijn zijde. Er zijn slechts drie mogelijkheden voor de burgemeester om bestuurlijke boetes op te leggen, namelijk op grond van bestuurlijke boetebevoegdheden die zijn neergelegd in de Drank- en Horecawet, de Gemeentewet en de Wet op de kansspelen.

Op grond van artikel 44a Drank- en Horecawet is het onder andere mogelijk dat de burgemeester een bestuurlijke boete oplegt wegens overtreding van het bepaalde in artikel 38 Drank- en Horecawet. Uit deze laatstgenoemde bepaling blijkt dat het verboden is om ter zake van een vergunningaanvraag of een ontheffing onjuiste of onvolledige gegevens te verstrekken. Uit artikel 44a lid 2 Drank- en Horecawet, blijkt dat de hoogte van de bestuurlijke boete wordt bepaald op de wijze voorzien in de bijlage. Deze bijlage is neergelegd in

38 De bestuurlijke maatregel kan overigens niet worden vereenzelvigd met de bestuurlijke sanctie. Waar de burgemeester optreedt ter handhaving van de openbare orde legt hij geen bestuurlijke sancties op, maar bestuurlijke maatregelen. Zie bijvoorbeeld H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Preventieve handhaving van de openbare orde’, *Gst.* 2010, p. 12-21.

39 Albers 2014, p. 38-65.

40 In dit verband worden niet alle bevoegdheden die raakvlakken hebben met het strafrecht besproken. Het persoonsgericht verstoren en de bestuurlijke ophouding blijven verder onbesproken, omdat deze in de praktijk zelden worden toegepast. De burgemeestersbevelen blijven onbesproken, omdat deze niet zijn aan te merken als een bestuurlijke sanctie of bestuurlijke maatregel. Dit geldt ook voor het huisverbod. Het huisverbod is geen sanctie, maar een bevel van de burgemeester ter voorkoming van (verder) gevaar. Zie hierover L.J.J. Rogier, ‘Nieuwe bevoegdheden van de burgemeester. Sancties, bevelen en andere maatregelen’, *NTB* 2010, p. 309-314.

41 L.J.J. Rogier, ‘Boekbespreking’ (bespreking van H.J.B. Sackers, *Herder, hoeder en handhaver* (oratie Nijmegen)), *DD* 2010, 82.

het Besluit bestuurlijke boete Drank- en Horecawet. In de bijlage bij het Besluit bestuurlijke boete Drank- en Horecawet is artikel 38 Drank- en Horecawet terug te vinden. Indien sprake is van een recidiverende overtreder kan een bestuurlijke boete worden opgelegd met een maximaal bedrag van € 5.440.⁴²

De tweede bepaling is artikel 154b Gemeentewet. Deze bepaling komt voort uit de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte.⁴³ Indien de gemeenteraad ervoor kiest om bij verordening bestuurlijke boetes op te kunnen leggen ter zake van overlast in de openbare ruimte⁴⁴, wordt deze bevoegdheid tot het opleggen van de bestuurlijke boete uitgeoefend door het college van burgemeester en wethouders of de burgemeester. De burgemeester kan de bestuurlijke boete uitsluitend opleggen indien 'de toepassing van dit middel dient tot handhaving van de regels die hij uitvoert.'⁴⁵ Rogier heeft aangegeven dat de praktische betekenis van deze voor de burgemeester bedoelde boetebevoegdheid een doodgeboren kindje blijkt te zijn, omdat in de praktijk wordt gekozen voor de strafbeschikking op grond van de Wet OM-afdoening.⁴⁶ De gemeenten gebruikten massaal de bestuurlijke strafbeschikking, inclusief de pv-vergoeding. Met ingang van 2015 is deze pv-vergoeding echter beëindigd. De constatering van Rogier is inmiddels achterhaald. Per 1 januari 2017 gaan de gemeenten Den Haag en Amsterdam namelijk als eerste gemeenten de bestuurlijke boete toepassen bij de aanpak van overlast in de publieke ruimte.⁴⁷ De bedoelde bestuurlijke boete voor een natuurlijk persoon kan niet hoger zijn dan € 410, zo volgt uit artikel 154b lid 6 Gemeentewet.

De laatste wettelijke mogelijkheid van de burgemeester om een bestuurlijke boete op te leggen is neergelegd in artikel 35c Wet op de kansspelen. Op grond van deze bepaling kan de burgemeester in een beperkt aantal gevallen een bestuurlijke boete opleggen. Zo is het mogelijk dat de burgemeester een bestuurlijke boete oplegt indien één uit een aantal aan de vergunning verleende voorschriften is overtreden dan wel artikel 30g Wet op de kansspelen wordt overtreden. Uit deze laatstgenoemde bepaling blijkt dat het de vergunninghouder verboden is om personen beneden de leeftijd van achttien jaar een kansspelauto-maat te laten bespelen. Indien deze bepaling door de vergunninghouder wordt overtreden, kan de burgemeester op grond van artikel 35c lid 4 Wet op de kansspelen, een bestuurlijke boete opleggen van maximaal € 82.000.⁴⁸

3.3 *De intrekking van een vergunning*

Zoals is gebleken is het opleggen van een bestuurlijke boete aan te merken als een bestuurlijke bestraffende sanctie. Kan de intrekking van een vergunning onder omstandigheden eveneens worden aangemerkt als een bestraffende sanctie? Alvorens deze vraag kan worden beantwoord, dient eerst inzicht te worden gekregen in de mogelijkheden van de burgemeester om een vergunning in te trekken. Deze mogelijkheden zijn zeer beperkt. In slechts twee situaties kan de burgemeester zelfstandig een vergunning intrekken, namelijk op grond van de Drank- en Horecawet en op grond van de Wet op de kansspelen.

42 Zie artikel 3 lid 4 Besluit bestuurlijke boete Drank- en Horecawet.

43 A.R. Hartmann, L.J.J. Rogier & C.J. van Roon, 'Bestuurlijke boetebevoegdheden voor de gemeente', *NTB* 2005, p. 305-309.

44 Zie artikel 154b lid 1 Gemeentewet.

45 Zie artikel 154b lid 4 Gemeentewet.

46 L.J.J. Rogier, 'Nieuwe bevoegdheden van de burgemeester. Sancties, bevelen en andere maatregelen', *NTB* 2010, p. 309-314.

47 'Amsterdam en Den Haag innen boetes straks zelf', *De Volkskrant* 27 juni 2016.

48 Zie artikel 35c lid 4 Wet op de kansspelen jo. artikel 23 lid 4 Sr.

De burgemeester is op grond van artikel 31 Drank- en Horecawet bevoegd om vergunningen in te trekken. Blijkens deze bepaling kan de burgemeester de vergunning wegens uiteenlopende redenen intrekken, zoals het geval waarin:

“de te harer verkrijging verstrekte gegevens zodanig onjuist of onvolledig blijken, dat op de aanvraag een andere beslissing zou zijn genomen, als bij de beoordeling daarvan de juiste omstandigheden volledig bekend waren geweest⁴⁹, zich in de betrokken inrichting feiten hebben voorgedaan, die de vrees wettigen, dat het van kracht blijven gevaar zou opleveren voor de openbare orde, veiligheid of zedelijkheid⁵⁰, de vergunninghouder de bij of krachtens deze wet gestelde regels dan wel de aan een vergunning of ontheffing verbonden voorschriften en beperkingen niet nakomt.”⁵¹

Intrekking is ten slotte mogelijk indien ‘er sprake is van het geval en onder de voorwaarden, bedoeld in artikel 3 van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur.’⁵²

Uit het voorgaande blijkt dat er omstandigheden bestaan op grond waarvan de burgemeester bevoegd is om de vergunning in te trekken. In verband met de volledigheid dient erop te worden gewezen, dat de burgemeester op grond van artikel 31 lid 1 Drank- en Horecawet, de vergunning intrekt en op grond van de lid 2 en 3 van deze bepaling de vergunning *kan* intrekken. Is deze intrekking nu aan te merken als een bestuurlijke bestraffende sanctie? Blijkens de stand van de jurisprudentie dienaangaande is de intrekking van een vergunning niet aan te merken als een bestraffende sanctie.⁵³ Indien een vergunning wordt ingetrokken is dit aan te merken als een herstelsanctie of een bestuurlijke maatregel. De burgemeester die de vergunning intrekt op grond van artikel 31 Drank- en Horecawet is dan ook geen straffende burgemeester.⁵⁴

De burgemeester is eveneens bevoegd tot de intrekking van een vergunning op grond van artikel 30f Wet op de kansspelen. Deze intrekkingbevoegdheid vertoont inhoudelijk sterke overeenkomsten met de bevoegdheid die is neergelegd in artikel 31 Drank- en Horecawet. De burgemeester trekt bijvoorbeeld de vergunning in ‘indien de gegevens, die met het oog op de verkrijging der vergunning zijn verstrekt, zodanig onjuist of onvolledig blijken, dat op de aanvraag een andere beslissing zou zijn genomen als bij de beoordeling daarvan de juiste omstandigheden volledig bekend waren geweest’⁵⁵. De burgemeester kan de vergunning intrekken indien bijvoorbeeld ‘de vrees gewettigd is, dat het van kracht blijven der vergunning ernstig gevaar zou opleveren voor de openbare orde, veiligheid of zedelijkheid’⁵⁶. De vergunning kan ook worden ingetrokken indien sprake is van een ernstig gevaar van misbruik, zoals bedoeld in artikel 3 Wet Bibob.⁵⁷ De intrekking van een vergunning op grond van artikel 30f Wet op de kansspelen wordt niet aangemerkt als een bestuurlijke bestraffende sanctie. Over het niet aanmerken van de intrekking van een vergunning als een bestraffende sanctie, zeker ten aanzien van artikel 3 lid 6 Wet Bibob, is discussie mogelijk.⁵⁸

49 Artikel 31 lid 1 sub a Drank- en Horecawet.

50 Artikel 31 lid 1 sub c Drank- en Horecawet.

51 Artikel 31 lid 2 Drank- en Horecawet.

52 Artikel 31 lid 3 sub a Drank- en Horecawet.

53 Albers 2014, p. 64.

54 Vgl. ABRvS 26 maart 2014, *Gst.* 2014/62, m.nt. B. van der Vorm.

55 Artikel 30f lid 1 sub a Wet op de kansspelen.

56 Artikel 30f lid 2 sub b Wet op de kansspelen.

57 Artikel 30f lid 3 Wet op de kansspelen.

58 Van der Vorm 2016b, p. 201-213.

3.4 De ‘three strikes out’-sanctie

Een ‘three strikes out-sanctie’ is neergelegd in artikel 19a Drank- en Horecawet. Uit het eerste lid van deze bepaling blijkt het volgende:

“De burgemeester kan de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die een bedrijf exploiteert (...) en die in een periode van 12 maanden drie maal artikel 20, eerste lid⁵⁹, heeft overtreden, de bevoegdheid ontzeggen zwak-alcoholhoudende drank te verkopen vanaf de locatie waar bedoeld gedrag heeft plaatsgevonden.”

In deze bepaling is de sanctie van het ontzeggen van het recht om gedurende een zekere tijd zwak-alcoholhoudende drank te verkopen neergelegd. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft de regering het volgende geadviseerd over deze sanctie:

“De Raad is van oordeel dat dit type sanctie op zichzelf van reparatoire aard kan worden geacht, maar dat de zwaarte maakt dat de voorgestelde sanctie een punitief karakter krijgt, waardoor artikel 6 EVRM niettemin van toepassing is. Om die reden verdient een formulering waarin hiermee rekening kan worden gehouden de voorkeur boven een formulering die verplicht tot het uitoefenen van een bevoegdheid. De Raad adviseert de voorgestelde bepaling in het licht van het vorenstaande nader te bezien.”⁶⁰

Dit advies is door de regering overgenomen.⁶¹ Er wordt een nieuw lid toegevoegd op grond waarvan de burgemeester van de ontzegging afziet, indien de ondernemer daardoor wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zou worden benadeeld.

Is deze sanctie nu aan te merken als een bestuurlijk bestraffende sanctie of een herstelsanctie? Sackers merkt artikel 19a Drank- en Horecawet aan als een straf, ‘die de vergelijking met een pittige sanctie uit het economische strafrecht glansrijk kan doorstaan.’⁶² Elders geven Hartmann en Sackers het volgende aan over deze sanctie:

“Maar, nu het opleggen van de sanctie is gebaseerd op het uitgangspunt ‘*three strikes and you’re out*’, ligt het niet voor de hand dat de reeds twee maal gewaarschuwde exploitant nog veel baat zal hebben bij een beroep op het evenredigheidsbeginsel, ook al kan het effect van de gemaximeerde sanctie de vergelijking met een pittige sanctie uit de Wet op de economische delicten met glans doorstaan.”⁶³

Hoewel ik meevoel met Hartmann en Sackers vraag ik me af of de Afdeling de sanctie die is neergelegd in artikel 19a Drank- en Horecawet ook als een bestraffende sanctie zal zien. Volgens de regering is het doel van deze sanctie namelijk het beletten van verder herhaald onrechtmatig gedrag en het niet onnodig blootstellen van jongeren aan gezondheidsrisico’s. Leedtoevoeging wordt aldus niet beoogd.⁶⁴ Gezien de lijn in de jurisprudentie over de intrekking van de vergunning – waarbij de Afdeling veel gewicht toekent aan het geformuleerde doel van de wetgever – enerzijds en het feit dat de sanctie van artikel 19a Drank- en Horecawet is geformuleerd als een discretionaire bevoegdheid – en dus niet als

59 ‘Het is verboden bedrijfsmatig of anders dan om niet alcoholhoudende drank te verstrekken aan een persoon van wie niet is vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt.’

60 *Kamerstukken II 32022, 2008/09, 4, p. 5.*

61 *Kamerstukken II 32022, 2008/09, 4, p. 6.*

62 Sackers 2010b, p. 21.

63 A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, ‘Bestuursstrafrecht’, *DD* 2013/31.

64 *Kamerstukken II 32022, 2008/09, 4, p. 6.*

een imperatieve sanctie⁶⁵ – van de burgemeester, is de kans naar mijn mening vrij groot dat deze sanctie niet als bestraffend zal worden aangemerkt.

3.5 *De sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet*

De burgemeester heeft ex artikel 13b lid 1 Opiumwet (Wet Damocles) de bevoegdheid tot het toepassen van dit instrument, indien in woningen of lokalen dan wel in of bij woningen of zodanige lokalen behorende erven soft- en/of harddrugs worden verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel daartoe aanwezig zijn.⁶⁶ Daarbij is geen voorwaarde dat sprake is van overlast. Blijkens de wetsgeschiedenis van dit artikel is de ratio van deze bepaling om het bestuur een geëigend instrument te verschaffen ten behoeve van de handhaving van de Opiumwet.⁶⁷ Vóór inwerkingtreding van deze bepaling kon het bestuur slechts ingrijpen indien sprake was van daadwerkelijke overlast.

De burgemeester kan bestuursdwang toepassen, indien sprake is van illegale verkooppunten ongeacht of het gaat om woningen of andere lokalen. Bij sluiting van woningen op basis van artikel 13b Opiumwet is derhalve niet meer noodzakelijk dat sprake is van de verstoring van de openbare orde of vrees daarvan.⁶⁸ Een sluiting op grond van artikel 13b Opiumwet kan niet worden aangemerkt als een bestraffende sanctie.⁶⁹ Dit volgt ook uit artikel 5:21 Awb.⁷⁰ Blijkens staande jurisprudentie van de Afdeling is de sluiting van panden op grond van artikel 13b Opiumwet geen bestraffende sanctie, maar recentelijk heeft de Afdeling hieraan toegevoegd, dat 'indien de toepassing van deze bevoegdheid in een concreet geval verder zou strekken, de sanctie niet meer uitsluitend het karakter van een herstelsanctie heeft, maar ook een leedtoevoegend karakter kan hebben en dan (wel) als een strafsanctie moet worden beschouwd.'⁷¹ Blijkens deze jurisprudentie is het dus wel voorstelbaar dat toepassing van deze sanctie een bestraffend karakter kan hebben. In het licht hiervan heeft Rogier ook bedenkingen ten aanzien van deze bestuurlijke sanctie. De burgemeester is met de toepassing van artikel 13b Opiumwet immers belast met de handhaving van de strafwet met behulp van een bestuursrechtelijk middel. Volgens Rogier is repressief optreden ter handhaving van de strafwet in ernstige gevallen geen taak van het bestuur en het sluiten van drugspanden of woningen zou dienen te geschieden door de officier van justitie bij wijze van voorlopige maatregel, waarna het de strafrechter zou moeten zijn die het pand of woning bij wijze van strafrechtelijke maatregel sluit.⁷²

3.6 *Het uitvoeren van een bestuurlijke strafbeschikking*

Met de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening heeft het Openbaar Ministerie de mogelijkheid gekregen om zelf door middel van een strafbeschikking – binnen wettelijke grenzen – straffen op te leggen. De strafbeschikking kan – behalve door het Openbaar Ministerie – ook worden uitgevoerd door bestuurlijke instanties, zijnde openbare lichamen

65 Indien de sanctie een automatisch gevolg is van de overtreding is dit een aanwijzing voor een bestraffende sanctie, zoals het alcoholslotprogramma. Zie bijvoorbeeld M.S. Groenhuijsen, 'Het alcoholslot op slot in het Nederlandse strafrecht en bestuursrecht', *DD* 2015, p. 335-343. Zie ook T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Alcoholslot exit. Lessen voor nieuwe en ook oude gevallen?', *NJB* 2015, p. 676-680.

66 Wet van 27 september 2007 tot wijziging van de Opiumwet in verband met het creëren van de mogelijkheid voor de burgemeester om bestuursdwang toe te passen ter handhaving van de artikelen 2-3 van de Opiumwet in woningen en lokalen of bij woningen of lokalen behorende erven, *Stb.* 2007, 355.

67 Voor een kritische bespreking hiervan zie De Jong 2007, p. 97.

68 *Kamerstukken II* 2005/06, 30515, 3, p. 2.

69 ABRvS 9 juli 2014, *JOM* 2014/763.

70 Zie ook ABRvS 5 juni 2013, *Gst.* 2013/95, m.nt. L.J.J. Rogier.

71 Hartmann & Sackers 2015, p. 314.

72 Rogier 2014, p. 27.

en personen belast met een publieke taak.⁷³ In dit verband wordt gesproken van de bestuurlijke strafbeschikking. Met de bestuurlijke strafbeschikking lijkt het Ministerie van Veiligheid en Justitie 'de opmars van de bestuursrechtelijke handhaving in belangrijke mate te willen keren.'⁷⁴ Deze bestuurlijke strafbeschikking kan worden ingezet ter handhaving van de openbare orde en veiligheid door gemeenten. Zo kan worden gewezen op het uitvaardigen van een bestuurlijke strafbeschikking in het verband van de aanpak van de overlast in de publieke ruimte als alternatief voor de bestuurlijke boete overlast in de publieke ruimte. Uit artikel 257ba lid 1 Sv blijkt dat bij algemene maatregel van bestuur aan daartoe aan te wijzen lichamen of personen, met een publieke taak belast, binnen daarbij gestelde grenzen, de bevoegdheid kan worden verleend om een strafbeschikking uit te vaardigen. Het uitvaardigen van een strafbeschikking is aan te merken als het opleggen van een straf; een burgemeester die een bestuurlijke strafbeschikking oplegt, zou aan te merken zijn als een straffende burgemeester. Kan de burgemeester op grond van de thans geldende wet- en regelgeving een bestuurlijke strafbeschikking uitvaardigen in het verband van de aanpak van overlast in de publieke ruimte? De strafbeschikking die in deze context wordt uitgeoefend, wordt wel bestuurlijk genoemd, maar de strafbeschikking wordt niet uitgevaardigd op grond van artikel 257ba Sv, omdat zij door een buitengewoon opsporingsambtenaar wordt uitgevaardigd.⁷⁵ Van een straffende burgemeester is in dit geval geen sprake. Een bestuurlijke strafbeschikking kan wel worden uitgevaardigd in andere sectoren. Uit het Besluit OM-afdoening blijkt ten aanzien van welke strafbare feiten de bestuurlijke strafbeschikking kan worden uitgevaardigd. Er moet in dit verband worden gedacht aan milieu- en keurfeiten.⁷⁶ Indien een blik wordt geworpen op het bepaalde in artikel 4.2 Besluit OM-afdoening blijkt dat de burgemeester niet de bevoegde autoriteit is om een dergelijke bestuurlijke strafbeschikking uit te vaardigen. De dagelijkse besturen van waterschappen zijn dit bijvoorbeeld wel.⁷⁷ Op dit moment is de burgemeester – nog – niet bevoegd om een bestuurlijke strafbeschikking op te leggen. Het is echter niet uit te sluiten dat de burgemeester in de toekomst de mogelijkheid zal gaan krijgen om een bestuurlijke strafbeschikking uit te gaan vaardigen in plaats van de bestuurlijke boete.⁷⁸

4. De strafrechtelijke implicaties van de straffende burgemeester

4.1 De bestuurlijke boete en strafrechtelijke handhaving

De Jong heeft opgemerkt dat de burgemeester steeds meer bevoegdheden krijgt onder het mom van de openbare-ordehandhaving, zoals het persoonsgericht storen, de Wet Tijdelijk Huisverbod, de sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet en de gedragsaanwijzing bij ernstige overlast. Deze bevoegdheden zijn niet bestraffend van aard, maar schurken wel tegen het strafrecht aan. De burgemeester heeft op strafrechtelijk terrein geen bevoegdheden 'maar dient soms wel af te wegen of strafrechtelijk optreden in een bepaald geval niet

73 Zie artikel 257ba Sv.

74 A.R. Hartmann, 'De bestuurlijke strafbeschikking: panacee voor de gemeentelijke handhaving?', *PROCES* 2010, p. 64.

75 Aanwijzing OM-strafbeschikking, *Stcrt.* 2015, nr. 8971, p. 5. Zie ook P. Boer & Y. van Setten, 'Bestuurlijke boete en strafbeschikking: de oplossing voor de overlastproblematiek in uw gemeente?', *Gst.* 2008, p. 345-350.

76 Zie o.m. B.F. Keulen & H.E. Bröring, 'De bestraffende handhaving van de Omgevingswet: bestuurlijke strafbeschikking of bestuurlijke boete?', *TBS&H* 2016, p. 61-73.

77 Artikel 4.2 sub b Besluit OM-afdoening.

78 Zo is Keulen van mening dat de bestuurlijke boete – in ieder geval op het terrein van de fraude met uitkeringen – moet worden vervangen door de bestuurlijke strafbeschikking. Zie B.F. Keulen, 'Naar een bestuurlijke strafbeschikking sociale zekerheid?', *DD* 2015/50, p. 525.

beter is dan optreden op basis van het bestuursrecht.⁷⁹ Ten aanzien van de toepassing van bestuurlijke bestraffende sancties dient de burgemeester dergelijke afwegingen ook te maken. Dit dient de burgemeester, in zijn rol als straffende burgemeester, echter uitsluitend te doen ten aanzien van de oplegging van enkele bestuurlijke boetes. Uit het voorgaande is namelijk gebleken dat, behoudens de bestuurlijke boete, de burgemeester geen bestuurlijke bestraffende sancties kan opleggen, omdat de sancties die hij kan opleggen bezwaarlijk kunnen worden aangemerkt als bestraffend. Het is in dit verband aangewezen om per bestuurlijke boete te bekijken wat de strafrechtelijke implicaties ervan kunnen zijn.

Het is gebleken dat de burgemeester op grond van artikel 44a Drank- en Horecawet bevoegd is om een bestuurlijke boete op te leggen. In het derde lid van artikel 44a Drank- en Horecawet wordt aangegeven onder welke omstandigheden geen bestuurlijke boete kan worden opgelegd, maar strafrechtelijk dient te worden opgetreden.⁸⁰ Ten eerste kan de burgemeester geen bestuurlijke boete opleggen, indien 'de overtreding een direct gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de mens tot gevolg heeft.'⁸¹ Met direct gevaar wordt bedoeld 'elke blootstelling van de mens aan een reële kans op letsel.'⁸² In de memorie van toelichting wordt het volgende voorbeeld gegeven:

“Overtreding van artikel 19, eerste lid, (illegaal sterke drank afleveren bij particulieren) wordt meestal afgedaan met een bestuurlijke boete. Wordt de sterke drank echter afgeleverd bij een tehuis voor alcoholverslaafden, dan is er sprake van een reëel direct gevaar voor de gezondheid van de bewoners van dat tehuis en is strafrechtelijke afdoening de aangewezen weg.”⁸³

Uit de wetgevingsgeschiedenis blijkt dat de strafrechtelijke afdoening uitsluitend zal plaatsvinden indien sprake is van zeer duidelijke en ernstige gevallen. Ten tweede dient strafrechtelijk te worden opgetreden indien 'de in de bijlage ter zake van de overtreding voorziene bestuurlijke boete aanmerkelijk wordt overschreden door het met de overtreding behaalde economisch voordeel.'⁸⁴ Deze keuze is ingegeven door de wens om een adequaat antwoord te kunnen geven aan overtreders die min of meer berekenen of een bepaalde overtreding loont. Het profijt van zulk gedrag zou uitsluitend via de strafrechtelijke aanpak kunnen worden weggenomen, namelijk door ontneming van het behaalde economisch voordeel.⁸⁵ Indien mogelijk sprake is van een van deze situaties dienen de burgemeester en het Openbaar Ministerie met elkaar in overleg te treden, omdat de gedraging zowel een bestuurlijk beboetbaar feit als een strafbaar feit inhoudt.⁸⁶

De burgemeester is ook bevoegd om een bestuurlijke boete op te leggen op grond van artikel 154b Gemeentewet. Deze bevoegdheid is facultatief. Op gemeentelijk niveau kan ervoor worden gekozen om door middel van de bestuurlijke boete op te treden tegen overlast in de publieke ruimte. Gemeenten die kiezen voor de bestuurlijke boete zijn integraal verantwoordelijk voor zowel het opstellen van de normen betreffende overlast in de openbare

79 De Jong 2007, p. 62.

80 Het opleggen van een bestuurlijke boete blijft eveneens uit, indien de burgemeester toepassing geeft aan de 'three strikes out'-sanctie (artikel 44a lid 3 onder c Drank- en Horecawet) en indien ter zake van de overtreding op grond waarvan de bestuurlijke boete kan worden opgelegd door de burgemeester aan de vergunninghouder schriftelijk mededeling is gedaan van het voornemen de vergunning in te trekken (artikel 44a lid 4 Drank- en Horecawet).

81 Artikel 44a lid 3 onder a Drank- en Horecawet.

82 *Kamerstukken II 2003/04, 29229, 3, p. 7.*

83 *Kamerstukken II 2003/04, 29229, 3, p. 7.*

84 Artikel 44a lid 3 sub b Drank- en Horecawet.

85 *Kamerstukken II 2003/04, 29229, 3, p. 7.*

86 Vgl. artikel 5:44 lid 2-3 Awb.

ruimte, het toezicht houden op de naleving van deze normen als voor het sanctioneren van overtreding ervan. De bevoegdheid straf te stellen op overtredingen van gemeentelijke verordeningen berust exclusief bij de gemeenteraad.⁸⁷ Dit betekent geenszins dat het strafrechtelijke apparaat buitenspel staat. Hoewel de rol van de politie ten aanzien van de bestrijding van overlast in de publieke ruimte minder wordt indien het gemeentebestuur door middel van bestuurlijke beboeting deze rol naar zichzelf toetrekt, blijft de politie bevoegd om de overlast in de openbare ruimte strafrechtelijk aan te pakken. Er is dus sprake van een duaal stelsel. Het een en ander leidt ertoe dat het nodig zal zijn om heldere afspraken te maken tussen het gemeentebestuur en de politie om competentieconflicten te voorkomen.⁸⁸ In de praktijk had deze bestuurlijke beboeting weinig betekenis, omdat voor de bestuurlijke strafbeschikking werd gekozen. Per 1 januari 2017 maken de gemeenten Den Haag en Amsterdam echter gebruik van deze bestuurlijke boete in plaats van de strafbeschikking. Dit heeft enige gevolgen. Enerzijds zullen de hoogtes van de bestuurlijke boetes en die van de bestuurlijke strafbeschikkingen op elkaar dienen te worden afgestemd – om rechtsongelijkheid te voorkomen – en anderzijds zullen afspraken dienen te worden gemaakt over de handhaving door middel van de bestuurlijke boete aan de ene kant en de strafrechtelijke handhaving ten aanzien van hetzelfde feit aan de andere kant.

Tot slot wordt gewezen op het bepaalde in artikel 35c Wet op de kansspelen. Op grond van deze bepaling heeft de burgemeester de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen. Zo is het mogelijk dat de burgemeester een bestuurlijke boete oplegt wegens overtreding van artikel 30b lid 1 Wet op de kansspelen. Uit deze laatstgenoemde bepaling blijkt onder andere dat verboden is om, behoudens het in deze Titel bepaalde, zonder vergunning van de burgemeester een of meer kansspelautomaten aanwezig te hebben op voor het publiek toegankelijke plaatsen.⁸⁹ Dit feit is dus een bestuurlijk beboetbaar feit. Ingevolge artikel 36 Wet op de kansspelen is dezelfde gedraging ook een strafbaar feit. Het is een misdrijf, indien het opzettelijk is begaan. Hetzelfde feit is dus zowel een bestuurlijk beboetbaar feit als een strafbaar feit. Dit wordt door de wetgever ook onderkend. Er is sprake van een duaal handhavingstelsel. Volgens de wetgever wordt de gehele Wet op de kansspelen primair bestuursrechtelijk gehandhaafd, maar is strafrechtelijke handhaving eveneens mogelijk in het geval van overtredingen door niet-vergunninghouders. Strafrechtelijk ingrijpen is geïndiceerd, 'in gevallen waarin sprake is van (ernstige) meervoudige of herhaalde overtredingen, indien er zich verwevenheid voordoet met (andere) criminele activiteiten of er de behoefte bestaat aan de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen en bevoegdheden, alsmede de oplegging van specifiek strafrechtelijke sancties.'⁹⁰ Onder dergelijke omstandigheden zal overleg tussen de burgemeester en de officier van justitie noodzakelijk zijn.⁹¹

Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat het op grond van het *una via*-beginsel, dat is neergelegd in artikel 5:44 Awb, cumulatie van een bestuurlijke boete en een strafrechtelijke sanctie – veelal de geldboete – niet mogelijk is. Volgens de wetgever is dit namelijk een ongewenste cumulatie van gelijksoortige sancties.⁹²

87 *Kamerstukken II* 2004/05, 30101, 3, p. 7.

88 *Kamerstukken II* 2004/05, 30101, 3, p. 7.

89 Artikel 30b lid 1 sub b Wet op de kansspelen.

90 *Kamerstukken I* 2010/11, 32264, 7, p. 3-4.

91 Vgl. artikel 5:44 lid 2 en 3 Awb.

92 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 88.

4.2 *Enige niet-bestraffende bestuurlijke sancties en strafrechtelijke handhaving*

Tot op heden is uitsluitend de bestuurlijke boete aangemerkt als een bestuurlijke bestraffende sanctie. Er zijn ook bestuurlijke sancties aanwezig, die sterk lijken op bestraffende sancties, zoals de intrekking van een vergunning, de ‘three strikes out’-sanctie en het sluiten van panden en woningen op grond van artikel 13b Opiumwet. Het is echter niet uit te sluiten dat deze sancties toch een bestraffend karakter hebben. Wat te denken van een vergunning die door de burgemeester wordt ingetrokken, omdat ter verkrijging van die vergunning een strafbaar feit is gepleegd, zoals valsheid in geschrift. Deze intrekking is een sanctie – want het is een reactie op een overtreding – en gebaseerd op artikel 3 lid 6 Wet Bibob. Het is te beredeneren dat deze intrekking leedtoevoegend is, indien het doel van de burgemeester is gelegen in de vergelding van het gepleegde strafbare feit of dat – gelet op de jurisprudentie over het alcoholslotprogramma – de ingrijpendheid van de intrekking een aanknopingspunt om het leedtoevoegende karakter aan te nemen.⁹³ Het aanmerken van een dergelijke intrekking als een bestraffende bestuurlijke sanctie zal gevolgen hebben voor het strafrecht, omdat het (ongeschreven) *una via*-beginsel zich verzet tegen dubbele vervolging en/of bestraffing wegens hetzelfde feit. Thans is het mogelijk dat naast het intrekken van een vergunning een strafrechtelijke vervolging en/of bestraffing plaatsvindt. Indien de ‘three strikes out’-sanctie door de burgemeester wordt opgelegd, is het niet mogelijk dat de burgemeester ten aanzien van hetzelfde feit eveneens een bestuurlijke boete oplegt. Dit blijkt uit artikel 44a lid 3 sub c Drank- en Horecawet. Het is wettelijk gezien echter niet uitgesloten dat naast het opleggen van de ‘three strikes out’-sanctie door de burgemeester een strafrechtelijke procedure wegens hetzelfde feit wordt gestart, indien bijvoorbeeld met de overtreding veel economisch voordeel wordt behaald.⁹⁴ Ik verwacht overigens niet dat deze samenloop zich in de praktijk (veel) zal gaan voordoen. Het aanmerken van de ‘three strikes out’-sanctie als een bestuurlijke bestraffende sanctie zal wel gevolgen hebben ten aanzien van de strafrechtelijke handhaving; het (ongeschreven) *una via*-beginsel verzet zich hiertegen.

Thans is het mogelijk dat naast de toepassing van artikel 13b Opiumwet een strafrechtelijke vervolging wegens hetzelfde feit wordt gestart.⁹⁵ Indien deze sanctie zou worden aangemerkt als een bestuurlijke bestraffende sanctie en deze sanctie wordt toegepast door de burgemeester, zal dit gevolgen hebben voor de strafrechtelijke handhaving van de Opiumwet; het Openbaar Ministerie zal niet tot vervolging over kunnen gaan ten aanzien van hetzelfde drugsdelict als waarvoor de sluiting van het pand of woning door de burgemeester is opgelegd. Bezien in dat licht heeft Rogier ook bepleit om de sluiting van panden of woningen – in het geval van ernstige strafbare feiten – het strafrecht in te trekken.⁹⁶

5. Conclusie

De rol van de burgemeester als handhaver van de openbare orde wordt steeds verder opgetuigd, maar betekent dit ook dat de burgemeester ook meer is aan te duiden als een straffende burgemeester? Er is sprake van een straffende burgemeester, indien de burgemeester bestuurlijke bestraffende sancties oplegt. De enige mogelijkheid die de burgemeester – op dit moment – heeft om bestraffend op te treden is door middel van de bestuurlijke boete. De burgemeester heeft dan de bevoegdheid om bestraffend om te treden en leed toe te voegen, waardoor sprake is van vergelding. Er zijn echter niet veel mogelijkheden aanwezig

93 Er bestaan echter ook voldoende tegenargumenten. Zie hiervoor Van der Vorm 2016b, p. 201-213.

94 Artikel 44a lid 3 sub b Drank- en Horecawet.

95 Rogier 2014, p. 24 e.v.

96 Rogier 2014, p. 27.

voor de burgemeester om zelfstandig een bestuurlijke boete op te leggen; deze zijn beperkt tot de – handhaving – van de Drank- en Horecawet, de Gemeentewet en de Wet op de kansspelen. In al deze gevallen is sprake van een duaal handhavingstelsel. Het uitgangspunt is de bestuursrechtelijke handhaving, maar onder omstandigheden kan in plaats daarvan strafrechtelijk worden gehandhaafd. Indien – mogelijk – strafrechtelijke handhaving is aangewezen, dienen de burgemeester en de officier van justitie te overleggen over de te kiezen vorm van handhaving. De bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving – ter zake van de oplegging van een bestuurlijke boete en een strafrechtelijke sanctie wegens dezelfde gedraging – kunnen immers niet beide plaatsvinden wegens het *una via*-beginsel, dat is neergelegd in artikel 5:44 Awb. Op grond van het voorgaande kan enerzijds worden gesteld dat de figuur van de straffende burgemeester een marginale rol lijkt toe te komen en anderzijds dat strafrechtelijk ingrijpen tot de mogelijkheden blijft behoren, indien sprake is van zware feiten en/of gedragingen. Voorts is gebleken dat samenloop met het strafrecht mogelijk is bij de oplegging van de besproken bestuurlijke niet-bestraffende sancties. De straffende burgemeester kan dus niet worden beschouwd als een gevaar voor het strafrecht.