

ARTIKELEN

De sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet: een mogelijk vervolgingsbeletsel voor het Openbaar Ministerie*

Benny van der Vorm

1 Inleiding

Het is algemeen geaccepteerd dat drugsmisdaad een sterk ondermijnd karakter heeft.¹ In dat verband is het dan ook niet vreemd dat het wetsvoorstel tot verruiming van de sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet wordt geplaatst in de brede aanpak van ondermijnende misdaad.² Hoewel de term ‘ondermijning’ niet afgebakend is³ en het een vervangende term lijkt te zijn voor ‘georganiseerde misdaad’,⁴ is deze term in wetenschappelijke en politieke kringen niet meer weg te denken. Inmiddels is door de regering zelfs een heuse ‘Ondermijningswet’ aangekondigd.⁵ De aanpak van ondermijnende misdaad kan uitsluitend slagen indien de ketenpartners samenwerken en er sprake is van een combinatie van strafrechtelijke, bestuurlijke, financiële en/of sociale maatregelen.⁶

Ondermijning lijkt voor een belangrijk deel plaats te vinden indien sprake is van drugsmisdaad. Ten aanzien van de aanpak van ondermijnende drugsmisdaad is een belangrijke rol weggelegd voor de burgemeester middels de toepassing van artikel 13b Opiumwet. De in deze bepaling neergelegde sluitingsbevoegdheid is bedoeld als sluitstuk van het coffeeshoppedoogbeleid, terwijl deze in de praktijk

* Mr. dr. drs. Benny van der Vorm is universitair docent Straf(proces)recht aan de Universiteit Utrecht (Willem Pompe Instituut voor strafrechtswetenschappen en Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging).

- 1 A.C.M. Spapens, H.G. van de Bunt & L. Rastovac, *De wereld achter wietteelt*, Den Haag: WODC 2007.
- 2 Vergelijk P. Tops & J. Tromp, *De achterkant van Nederland. Hoe onder- en bovenwereld met elkaar verstrengeld raken*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2017.
- 3 L.M. Bruijn & M. Vols, ‘Ondermijning, drugscriminaliteit en vertrouwen in de rechtstaat: Een analyse van de toepassing van de Wet Damocles’, in: H.D. Tolsma & P. de Winter (red.), *De wisselwerking tussen recht en vertrouwen bij toezicht en handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 189-205.
- 4 W. Huisman, ‘De aanpak van ondermijnende criminaliteit: oude wijn in nieuwe zakken?’, *DD* 2017, p. 331-343. Zie ook: E. Kolthoff & S. Khonraad, ‘Ondermijnende aspecten van georganiseerde criminaliteit en de rol van de bovenwereld’, *TvC* 2016, p. 76-90.
- 5 A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, ‘Rubriek Bestuursstrafrecht’, *DD* 2018, p. 298.
- 6 J. Lam, R. van der Wal & N. Kop, *Sluipend gif. Een onderzoek naar ondermijnende criminaliteit*, Den Haag: Boom criminologie 2018. Zie ook: P. Tops & H. Schilders, ‘Naar een meervoudige aanpak van ondermijning’, *Tijdschrift voor de Politie* 2016, p. 12-15.

De sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet: een mogelijk vervolgingsbeletsel voor het Openbaar Ministerie

lijkt te worden gebruikt om drugsbezit en -gebruik aan te pakken.⁷ Peters geeft in dit verband aan dat de burgemeester hiermee het terrein van het strafrecht betreedt en het hem niet de bedoeling lijkt te zijn dat de burgemeester tekortschietende strafrechtelijke opsporing gaat overnemen.⁸ Tot voor kort was de lijn in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS, hierna ook: de Afdeling) dat de sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet niet is aan te merken als een bestraffende sanctie.⁹ Dit is nog steeds het uitgangspunt, maar recentelijk heeft de Afdeling overwogen dat ze de rechtbank zonder nadere motivering van de burgemeester niet kan volgen in haar oordeel dat geen sprake is van een *criminal charge*.¹⁰ Uit deze uitspraak volgt dat indien de burgemeester niet met aanvullende informatie komt, sprake is van een *criminal charge*.¹¹ Het gevolg hiervan is dat de toepassing van artikel 13b Opiumwet *daadwerkelijk* kan worden aangemerkt als een *criminal charge*, hetgeen nog niet eerder in de jurisprudentie van de Afdeling zo naar voren is gekomen. Het aanmerken van een dergelijke sanctie als een *criminal charge* is niet betekenisloos; het houdt in dat de 'verhoogde' rechtsbescherming, die is neergelegd in artikel 6 lid 2 en 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM), moet worden geboden, maar ook treedt mogelijk het *ne bis in idem*-beginsel in werking, hetgeen gevolgen kan hebben voor het initiëren van een strafrechtelijke vervolging wegens hetzelfde feit.

In deze bijdrage staat de volgende onderzoeksvraag centraal: Kan de toepassing van de sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet worden aangemerkt als een *criminal charge* en, zo ja, wat zijn hiervan de gevolgen voor een vervolging? Teneinde deze vraag te kunnen beantwoorden wordt ten eerste de bedoelde uitspraak van de Afdeling d.d. 29 november 2017 aan een nadere analyse onderworpen (paragraaf 2). Ten tweede wordt bezien wat de mogelijke consequenties zijn voor een strafrechtelijke vervolging indien de toepassing van artikel 13b Opiumwet in een specifieke zaak als een *criminal charge* moet worden aangemerkt (paragraaf 3). Ten derde wordt kort bezien in hoeverre het wenselijk is om de bevoegdheid van artikel 13b Opiumwet te vervangen door een strafrechtelijke equivalent (paragraaf 4). Er wordt besloten met een conclusie (paragraaf 5).

7 Th. Peters, 'Het sluiten van woningen op basis van de Opiumwet: ordemaatregel of straf?', *Gst.* 2017, p. 649.

8 Peters 2017, p. 649.

9 B. van der Vorm, 'De sanctiebevoegdheid van de burgemeester in artikel 13b Opiumwet', *TBS&H* 2017, p. 168.

10 ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3251, *Gst.* 2018/39, m.nt. A. Schreijenberg.

11 Zie de twaalfde opmerking in de annotatie van A. Schreijenberg onder ABRvS 29 november 2017, *Gst.* 2018/39.

Benny van der Vorm

2 De concrete aanleiding: een recente uitspraak over de toepassing van artikel 13b Opiumwet

2.1 De inhoud van artikel 13b Opiumwet

Met de inwerkingtreding van de Wet bestuursdwang Opiumwet (ook wel aangeduid als de Wet Damocles) heeft de burgemeester in 1999 de bevoegdheid gekregen om met bestuursdwang coffeeshops en andere voor het publiek toegankelijke lokalen waarin Opiumwetmiddelen worden verkocht, te sluiten. Deze bevoegdheid is neergelegd in artikel 13b Opiumwet. Sinds 1 november 2007 kan deze bevoegdheid ook worden gebruikt bij woningen.¹² In artikel 13b Opiumwet wordt niet de eis geformuleerd dat de openbare orde rond het pand wordt verstoord; een enkele overtreding van de Opiumwet is voldoende voor de burgemeester om toepassing te geven aan artikel 13b Opiumwet.

2.2 De relatie tussen artikel 13b Opiumwet en de Awb

Het sluiten van woningen of panden op grond van artikel 13b Opiumwet is een vorm van bestuursdwang, waardoor de bepalingen in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) automatisch van toepassing zijn.¹³ De last onder bestuursdwang is volgens artikel 5:21 onderdelen a en b Awb, een herstelsanctie, inhoudende een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding en de bevoegdheid van het bestuursorgaan om de last door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd. Rogier heeft aangegeven dat de sluiting op grond van artikel 13b Opiumwet een bijzondere vorm van bestuursdwang is en derhalve geen bestraffende sanctie of een criminal charge oplevert.¹⁴

2.3 De aard van artikel 13b Opiumwet: herstelsanctie

De last onder bestuursdwang is bij uitstek een herstelsanctie.¹⁵ In het algemeen wordt ontkend dat de last onder bestuursdwang kan worden aangemerkt als een criminal charge.¹⁶ Het gevolg hiervan is dat de sluiting van een woning of pand niet langer mag voortduren dan nodig is om de veronderstelde overlast te beëindigen. De casuïstiek speelt in deze kwesties een belangrijke rol, en de keuze voor de duur van een bepaalde sluitingstermijn is hiermee maatwerk.¹⁷ Indien een pand of woning voor onbepaalde tijd wordt gesloten op grond van artikel 13b Opiumwet, is het naar de mening van Peters niet denkbaar dat deze sanctie een herstelsanctie inhoudt.¹⁸ Een nadere onderbouwing wordt door Peters echter niet

12 Peters 2017, p. 642.

13 L.J.J. Rogier, 'Nieuwe bevoegdheden van de burgemeester. Sancties, bevelen en andere maatregelen', *NTB* 2010/45.

14 Zie de tweede opmerking in de annotatie van L.J.J. Rogier onder ABRvS 5 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AR8730, *Gst.* 2005/142.

15 P.J.J. van Buuren, 'Samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties en van bestuursrechtelijke sancties onderling', *NJB* 1992, p. 1346.

16 A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 87.

17 Peters 2017, p. 646.

18 Peters 2017, p. 647.

De sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet: een mogelijk vervolgingsbeletsel voor het Openbaar Ministerie

gegeven, terwijl dat wel voor de hand ligt. Ten eerste blijkt uit jurisprudentie van de Afdeling dat sluitingen voor onbepaalde tijd niet onrechtmatig worden beschouwd. Uit een recente uitspraak van de Afdeling blijkt dat zij de sluiting van een café voor onbepaalde tijd niet onevenredig lang acht, waarbij zij eveneens overweegt dat de verwijtbaarheid van de overtreder geen rol speelt bij de beoordeling of zich een situatie voordoet die tot sluiting noopt.¹⁹ Andere jurisprudentie van de Afdeling laat ook zien dat een sluiting voor onbepaalde tijd geen strijd hoeft op te leveren met het evenredigheidsbeginsel.²⁰ Ten tweede blijkt uit deze jurisprudentie dat het sluiten van een woning voor onbepaalde tijd is aan te merken als een herstelsanctie. Indien Peters van mening is dat het sluiten van inrichtingen voor onbepaalde tijd niet een herstelsanctie oplevert, maar kennelijk wel een bestraffende sanctie, ontbreekt een – overtuigende – onderbouwing. Dit betekent overigens geenszins dat de sluiting van een pand of woning op grond van artikel 13b Opiumwet geen criminal charge zou kunnen opleveren. Hierna worden de zogenoemde *Engel-criteria* kort besproken.

2.4 De Engel-criteria in vogelvlucht

- *De onderlinge samenhang tussen de criteria*

Om de vraag te beantwoorden in hoeverre sprake is van een criminal charge dient te worden getoetst aan drie criteria die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft ontwikkeld in het Engel-arrest, te weten de classificatie van de sanctie naar het nationale recht, de aard van de overtreding en de zwaarte en de aard van de sanctie.²¹ Aan deze criteria wordt in beginsel een alternatief karakter toegekend. Dit houdt in dat indien aan een afzonderlijk criterium is voldaan, sprake is van een criminal charge. De criteria moeten cumulatief worden toegepast indien zich de omstandigheid voordoet dat een afzonderlijke toepassing van de drie criteria niet tot een eenduidige conclusie leidt.²² Over de onderlinge zwaarte tussen de criteria merken Michiels en De Waard het volgende op:

‘Het relatief grote belang van de (punitieve) aard van de sanctie doet niet af aan het uitgangspunt dat in elk concreet belang alle drie factoren (als men de aard en de zwaarte als afzonderlijke factoren rekent: vier factoren) een zeker gewicht hebben, zij het de ene factor aanmerkelijk meer dan de andere.’²³

Michiels en De Waard geven voorts aan dat in sommige gevallen toetsing aan één criterium tot de conclusie leidt dat sprake is van een criminal charge, terwijl in andere gevallen aan twee of drie criteria wordt getoetst voordat een criminal charge wordt aangenomen. Ook bestaat de situatie dat één criterium de doorslag

19 ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1131, BA 2018/128, r.o. 4.1.

20 Zie bijvoorbeeld ABRvS 16 februari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS6185, r.o. 2.5.1.

21 EHRM 8 juni 1976, NJ 1978/223; AA 1977, 55, m.nt. E.A. Alkema (*Engel/Nederland*); EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/937, m.nt. E.A. Alkema (*Öztürk/Duitsland*).

22 EHRM 24 september 1997, JB 1997, 281, m.nt. A.W. Heringa (*Garyfallou AEBE/Griekenland*).

23 F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 16.

Benny van der Vorm

geeft, maar het EHRM desalniettemin aandacht besteedt aan een ander criterium dat los daarvan gewicht in de schaal legt, maar niet meer bepalend is.²⁴

- *Het eerste criterium: de classificatie naar nationaal recht*

Het eerste criterium geldt als een startpunt. Als het nationale recht een sanctie aanmerkt als strafrechtelijk, is in beginsel sprake van een criminal charge. Slechts in uitzonderingsgevallen wordt van deze regel afgeweken.²⁵ Indien de sanctie niet wordt aangemerkt als strafrechtelijk, dient aan de hand van de twee overige criteria te worden bepaald of sprake is van een door het EHRM gegeven autonome uitleg van de criminal charge.

- *Het tweede criterium: de aard van de overtreding*

Ten aanzien van het tweede criterium – ook wel aangeduid als het normadressaat-criterium – onderzoekt het EHRM tot wie een regeling die bepaald gedrag strafbaar stelt, is gericht. Indien de normadressaat het algemene publiek betreft en geen sprake is van – zoals in het tuchtrecht – een groep die een bepaalde status heeft, dan pleit dit voor de strafrechtelijke aard van de sanctie. Albers geeft aan dat wanneer de overtreden regel zich richt tot de leden van een bepaalde (beroeps)groep en slechts geldt in die bepaalde omgeving, de overtreding meestal niet wordt aangemerkt als ‘criminal’ maar als ‘disciplinary’. Is de regel daarentegen tot alle burgers gericht, dan zal de overtreding van die regel meestal als ‘criminal’ worden aangemerkt.

- *Het derde criterium: de zwaarte en aard van de sanctie*

Uit jurisprudentie van het EHRM blijkt dat vooral het derde criterium, en dan in het bijzonder de aard van de sanctie, doorslaggevend blijkt te zijn.²⁶ Het derde criterium bestaat uit twee onderdelen. Volgens het EHRM is, gelet op de aard van de sanctie, sprake van een criminal charge indien het doel van deze sanctie leedtoevoegend en afschrikwekkend is.²⁷ Ook speelt de zwaarte van de sanctie een rol. Indien de sluiting van een woning op grond van artikel 13b Opiumwet wordt opgevat als een sanctie, moet de aard van deze sanctie leedtoevoegend en afschrikwekkend van karakter zijn. Het is niet helemaal duidelijk wat moet worden verstaan onder de term ‘leedtoevoegend’. Volgens de Afdeling is sprake van leedtoevoeging indien een sanctie er niet toe strekt om een onrechtmatige toestand in een rechtmatige toestand te herstellen, maar om bepaald normconform gedrag te bewerkstelligen.²⁸ Zelfs al ervaart de betrokkene de sanctie als

24 Michiels & De Waard 2007, p. 17.

25 Een uitzondering vormt EHRM 28 oktober 1999, NJ 2001/593, m.nt. Alkema (*Escoubet/Frankrijk*).

26 Michiels & De Waard 2007, p. 16. Vergelijk EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/937, m.nt. E.A. Alkema (*Öztürk/Duitsland*).

27 Het EHRM heeft echter weinig duidelijkheid verschaft over de vraag op welke wijze moet worden vastgesteld of een sanctie is aan te merken als ‘leedtoevoegend’ en ‘afschrikwekkend’. Zie o.a. EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/ 937, par. 53, m.nt. E.A. Alkema (*Öztürk/Duitsland*), waar enige toelichting wordt gegeven over de inhoud van deze begrippen.

28 Zie ABRvS 20 november 2002, JB 2003/18, m.nt. Albers.

De sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet: een mogelijk vervolgingsbeletsel voor het Openbaar Ministerie

leedtoevoegend, is niet gezegd dat de sanctie daarom leedtoevoegend is of een leedtoevoegend karakter heeft.

2.5 ABRvS 29 november 2017²⁹

De bestuursrechtelijke jurisprudentie op het gebied van drugs is erg omvangrijk, hetgeen wordt veroorzaakt door de toepassing van artikel 13b Opiumwet door burgemeesters.³⁰ Het is staande jurisprudentie dat de sanctiebevoegdheid van artikel 13b Opiumwet geen bestraffende sanctie is.³¹ Dit betekent echter niet dat deze sanctiebevoegdheid nimmer als een bestraffende sanctie kan worden aangemerkt. De Afdeling heeft namelijk in meerdere zaken overwogen 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'.³² Een zaak waarin de toepassing van artikel 13b Opiumwet *daadwerkelijk* een criminal charge zou kunnen opleveren, heeft zich nu voorgedaan. De feiten in deze zaak zijn als volgt. Uit een rapport van de politie, regio Limburg, van 13 juli 2014 volgt dat leden van het DOEN-team van de politie de appellante – de overtreder – op 11 juli 2014 hebben aangehouden nadat zij hebben geconstateerd dat zij op twee adressen kortstondig een woning heeft betreden. Appellante is eerder door leden van het DOEN-team aangehouden voor het handelen en in bezit hebben van softdrugs. Zij bleek bij de aanhouding in het bezit te zijn van elf plastic zakjes hennep met een gewicht van 24,5 gram bruto. In de bij haar in beslag genomen mobiele telefoon zijn meer dan vijftig adressen en/of ontmoetingsplaatsen voorgekomen. Aansluitend op de aanhouding zijn de leden van het DOEN-team de woning van appellante binnengetrepen. Uit het rapport volgt dat daar vier plastic zakjes hennep met een gewicht van 7,8 gram (bruto) en € 370 aan contant geld zijn aangetroffen. Daarnaast zijn lege plastic gripzakjes en ander verpakkingsmateriaal aangetroffen. Appellante heeft na haar aanhouding verklaard dat zij handelt in softdrugs en dat de in de woning aangetroffen hennep bestemd was voor de verkoop en/of eigen gebruik. De burgemeester van Maastricht heeft, gelet op deze omstandigheden, besloten om haar woning met toepassing van artikel 13b lid 1 Opiumwet te sluiten voor de duur van drie maanden.

In hoger beroep wordt door appellante onder andere betoogd dat toepassing van artikel 13b Opiumwet door de burgemeester een criminal charge oplevert. Hoewel een dergelijk betoog vrijwel altijd kansloos is geweest, liggen de kaarten in deze zaak anders. Toetsend aan de bekende Engel-criteria merkt de Afdeling ten eerste op dat de sluiting van de woning van appellante naar nationaal recht wordt aan-

29 ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3251, *Gst.* 2018/39, m.nt. A. Schreienberg.

30 A.E.M. van den Berg & J.H.A. van der Grinten, 'Kroniek openbare-orderecht 2017', *Gst.* 2017/195, p. 1040.

31 B. van der Vorm, 'De sanctiebevoegdheid van de burgemeester in artikel 13b Opiumwet', *TBS&H* 2017, p. 168.

32 Zie bijvoorbeeld ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2562, *JOM* 2014/763.

Benny van der Vorm

gemerkt als een bestuurlijke maatregel en niet als een bestraffende sanctie.³³ Vervolgens wordt door de Afdeling een blik geworpen op de wetsgeschiedenis van artikel 13b Opiumwet. Het doel van deze bepaling is om de verkoop, de aflevering of de verstrekking dan wel het daartoe aanwezig zijn van drugs een halt toe te roepen. Dit oogmerk past volgens de Afdeling in de algemene doelstelling van de Opiumwet, die primair gericht is op preventie en beheersing van de uit het drugsgebruik voortvloeiende risico's voor de gezondheid. Daarnaast wordt met deze bepaling eveneens beoogd om de negatieve effecten van de handel in en het gebruik van drugs, onder meer bezien vanuit het perspectief van de openbare orde, tegen te gaan. Het feit dat de sanctiebevoegdheid van artikel 13b lid 1 Opiumwet is gericht op beëindiging en voorkoming van een overtreding, is een aanwijzing dat het hier gaat om een herstelsanctie en niet om een bestraffende sanctie, aldus de Afdeling. Een sluiting van een woning voor de duur van drie maanden kan op zichzelf een herstelsanctie zijn die er niet (mede) op is gericht om leed toe te voegen, als deze noodzakelijk is om de overtreding te beëindigen en herhaling daarvan te voorkomen. Met een sluiting wordt de bekendheid van een pand als drugspand weggenomen en wordt de 'loop' naar het pand eruit gehaald, waarmee het pand aan het drugscircuit wordt onttrokken. De Afdeling overweegt echter vervolgens dat nergens uit blijkt dat de levering en doorverkoop van hennep hebben plaatsgevonden aan de deur van de woning van appellante, ten gevolge waarvan de Afdeling van oordeel is dat de burgemeester in dit geval onvoldoende heeft gemotiveerd dat sluiting van de woning van appellante met het oog hierop noodzakelijk is.³⁴ De Afdeling bedoelt dat de toepassing van artikel 13b Opiumwet onvoldoende is gemotiveerd ten aanzien van het te bereiken doel van deze bepaling. Volgens de Afdeling kan de rechtbank zonder nadere motivering van de burgemeester niet worden gevolgd in haar oordeel dat geen sprake is van een criminal charge.³⁵

2.6 De uitspraak nader geanalyseerd

Volgens annotator Schreijenberg is deze uitspraak van de Afdeling om meerdere redenen interessant. Uit deze uitspraak volgt dat wanneer de burgemeester niet met aanvullende informatie komt, sprake is van een criminal charge. Een toetsing aan de in paragraaf 2.4 besproken Engel-criteria laat zien dat artikel 13b Opiumwet moet worden aangemerkt als een bestuurlijke sanctie. Dit criterium wijst dus niet in de richting van een criminal charge. Ten aanzien van het tweede criterium kan worden opgemerkt dat de regel zich richt tot alle burgers, omdat artikel 13b Opiumwet uitsluitend kan worden toegepast wegens overtreding van de Opiumwet. Deze constatering is onvoldoende om de toepassing van artikel 13b Opiumwet als een criminal charge te kunnen aanmerken. Steun moet worden gevonden in het derde criterium. Leiden de aard (doel) en de zwaarte van de toepassing van

33 ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3251, Gst. 2018/39, m.nt. A. Schreijenberg, r.o. 7.2.

34 ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3251, Gst. 2018/39, m.nt. A. Schreijenberg, r.o. 7.2.

35 ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3251, Gst. 2018/39, m.nt. A. Schreijenberg, r.o. 7.3.

De sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet: een mogelijk vervolgingsbeletsel voor het Openbaar Ministerie

artikel 13b Opiumwet tot de conclusie dat sprake is van een criminal charge? De Afdeling slaat vooral acht op het te bereiken doel van artikel 13b Opiumwet. Zoals reeds opgemerkt, is het primaire doel van deze bepaling gelegen in de preventie en beheersing van de uit het drugsgebruik voortvloeiende risico's voor de gezondheid. Daarnaast wordt met deze bepaling beoogd negatieve effecten van de handel in en het gebruik van drugs, onder meer bezien vanuit het perspectief van de openbare orde, tegen te gaan. De crux van deze uitspraak is erin gelegen dat onvoldoende is gemotiveerd waarom er geen bijzondere omstandigheden zijn die maken dat het handelen overeenkomstig het Damoclesbeleid onevenredig is in verhouding tot het doel van artikel 13b Opiumwet. Zonder deze motivering gaat de toepassing van artikel 13b Opiumwet verder dan het doel van deze bevoegdheid en kan het worden aangemerkt als een criminal charge. Ook Heinrich, Batting en Veldhuis wijzen op de mogelijkheid dat de toepassing van artikel 13b Opiumwet leidt tot de conclusie dat sprake is van een criminal charge.

'Op zichzelf kan een sluiting van een woning voor de duur van drie maanden een bestuurlijke maatregel zijn die er niet (mede) op is gericht om leed toe te voegen, als deze noodzakelijk is om de overtreding te beëindigen en herhaling daarvan te voorkomen. Echter: als dat beleidsdoel in een concreet geval de sluiting niet noodzaakt, dan valt niet uit te sluiten dat de oplegging van de maatregel toch als punitief moet worden aangemerkt.'³⁶

Het feit dat de verkoop van drugs op grond van de aan het besluit ten grondslag gelegde informatie niet direct gekoppeld kan worden aan de woning, leidt tot de conclusie dat de aard van de overtreding – mede bezien in relatie tot het doel van de sanctie – een sluitingsmaatregel niet rechtvaardigt.³⁷ Volgens Hartmann en Sackers laat deze uitspraak van de Afdeling zien dat de beoordeling van de zwaarte en aard van artikel 13b Opiumwet ertoe kan leiden dat deze daardoor als bestraffend moet worden beschouwd en derhalve als een criminal charge moet worden aangemerkt.³⁸ Als blijkt dat een sluiting niet noodzakelijk is om een overtreding te beëindigen en/of herhaling te voorkomen, valt niet uit te sluiten dat de oplegging als punitief moet worden aangemerkt, aldus Hartmann en Sackers.³⁹ Deze uitspraak laat zien dat de toepassing van artikel 13b Opiumwet ook daadwerkelijk kan leiden tot situaties waarbij sprake kan zijn van een criminal charge. Het is vervolgens de vraag wat dit betekent voor een eventuele strafrechtelijke vervolging ten aanzien van hetzelfde feit.

36 J.P. Heinrich, M.L. Batting & R.W. Veldhuis, 'Handhaving van bestuursrecht', NTB 2018, p. 45.

37 Zie de twaalfde opmerking in de annotatie van A. Schreijenberg onder ABRvS 29 november 2017, Gst. 2018/39.

38 A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, 'Rubriek Bestuursstrafrecht', DD 2018, p. 313.

39 Hartmann & Sackers 2018, p. 318.

Benny van der Vorm

3 Samenloop artikel 13b Opiumwet en een strafrechtelijke vervolging

Het uitgangspunt is dat de toepassing van artikel 13b Opiumwet een strafrechtelijke vervolging – wegens hetzelfde feit – niet onmogelijk maakt. De reden is hierin gelegen dat de oplegging van een bestuurlijke herstelsanctie geen strafrechtelijke vervolging in de weg staat. Zo levert het opleggen van een bestuurlijke Educatieve Maatregel Alcohol en Verkeer in combinatie met een strafvervolgving geen strijd op met het *ne bis in idem*-beginsel, aangezien deze bestuurlijke maatregel niet punitief van aard is.⁴⁰

De kaarten kunnen anders komen te liggen indien de toepassing van artikel 13b Opiumwet door de burgemeester moet worden aangemerkt als een criminal charge. Wat zijn de gevolgen als de burgemeester van Maastricht de uitspraak van de Afdeling naast zich neerlegt en het besluit – zowel wat betreft de inhoud als de motivering – ongewijzigd laat? Enerzijds zou dit betekenen dat de ‘verhoogde’ rechtsbescherming, die wordt geboden in artikel 6 lid 2 en 3 EVRM, van toepassing moet worden verklaard op de bestuursrechtelijke procedure van de woning-sluiting. Anderzijds werkt een en ander mogelijk door in een strafrechtelijke procedure. Zoals uit paragraaf 2.5 blijkt, is er sprake van een persoon die wordt verdacht van overtreding van de Opiumwet. Deze persoon is op 11 juli 2014 aangehouden. De burgemeester heeft, gelet op deze omstandigheden, bij besluit van 23 juli 2014 onder aanzegging van bestuursdwang gelast de woning voor de duur van drie maanden te sluiten. Indien deze woningsluiting moet worden aangemerkt als een criminal charge, is een strafrechtelijke vervolging niet problematisch als er geen sprake is van ‘hetzelfde feit’. In het bekende standaardarrest heeft de Hoge Raad de in zijn jurisprudentie ontwikkelde maatstaven voor de toepassing van artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) over ‘hetzelfde feit’ verduidelijkt.⁴¹ Voor de vergelijking tussen de in de tenlastelegging en de in het besluit omschreven verwijten dienen volgens de Hoge Raad de volgende relevante vergelijkingsfactoren te worden betrokken: de juridische aard van de feiten (juridische component) en de gedraging van de verdachte (feitelijke component). Een aanzienlijk verschil tussen de juridische aard van de feiten en/of de gedraging van de verdachte kan er volgens de Hoge Raad toe leiden dat geen sprake is van ‘hetzelfde feit’ als in artikel 68 Sr. Indien beide maatstaven worden toegepast op de onderhavige casus vallen de feiten onder dezelfde wettelijke omschrijving, namelijk de toepasselijke strafbepaling uit de Opiumwet, en is de gedraging van de verdachte in beide zaken identiek. Anders dan de zaak die leidde tot HR 9 februari 2016, NJ 2016/143⁴² laat een toetsing aan de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaven zien dat sprake is van ‘hetzelfde feit’. Peters lijkt in dit verband voorzichtig te zijn:

40 HR 16 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:23, NJ 2018/64.

41 HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, NJ 2011/394, m.nt. Y. Buruma.

42 In deze zaak zijn aan de verdachte twee bestuurlijke boetes opgelegd van € 4000 wegens overtreding van de Wet arbeid vreemdeling, alsook een strafrechtelijke vervolging geïnstigeerd wegens overtreding van art. 197a lid 2 Sr (primair) en 197b Sr (subsidiar). Van ‘hetzelfde feit’ was volgens de Hoge Raad geen sprake.

De sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet: een mogelijk vervolgingsbeletsel voor het Openbaar Ministerie

‘Hoewel dezelfde activiteit dan zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk wordt aangepakt, hoeft dat niet altijd “ne bis in idem” op te leveren. Het beschermd belang (openbare orde of tegengaan van drugsbezit) kan bijvoorbeeld verschillen.’⁴³

Blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad is het beschermde belang relevant indien de feiten niet onder dezelfde wettelijke omschrijving vallen. In casu vallen de juridische feiten echter onder dezelfde wettelijke omschrijving – de betreffende strafbepalingen in de Opiumwet –, waardoor het beschermde belang identiek is. Dit betekent dat als de burgemeester het besluit tot woningsluiting voor de duur van drie maanden, zowel inhoudelijk als wat motivering betreft, onveranderd laat, de toepassing van deze sanctiebevoegdheid moet worden aangemerkt als een criminal charge en dat bovenal sprake is van ‘hetzelfde feit’. Als het Openbaar Ministerie naar aanleiding van de aanhouding van de verdachte tot een vervolging overgaat, zou dit betekenen dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard. In het verband van de integrale aanpak van ondermijning zou dit – in deze en vergelijkbare zaken – een flinke streep door de rekening zijn.

4 Op zoek naar een strafrechtelijk equivalent voor artikel 13b Opiumwet?

Ligt een vervanging van de bestuursrechtelijke bevoegdheid van artikel 13b Opiumwet, teneinde de besproken problematiek te vermijden, door een strafrechtelijke bevoegdheid of sanctie in de rede? Rogier lijkt deze mening te zijn toegeedaan. In zijn afscheidsrede heeft Rogier betoogd dat de aanpak van drugs verder het strafrecht moet worden ingetrokken. Het bestuurlijke Damoclesbeleid leidt naar zijn mening tot een verwarrend beeld. Hij wijst erop dat botsingen kunnen ontstaan tussen het bestuur en het Openbaar Ministerie. In zijn visie is geen plaats voor bestuursrechtelijke rechtshandhaving indien sprake is van ernstige gedragingen. Repressief optreden is een taak van de justitiële overheid en Rogier stelt voor dat in ernstige gevallen drugsbanden, na goed overleg in de driehoek, bij wijze van voorlopige maatregel door de officier van justitie zouden moeten worden gesloten, waarna de strafrechter het pand of de woning bij wijze van strafrechtelijke maatregel sluit.⁴⁴

Ik zou hier twee kanttekeningen bij willen plaatsen. Ten eerste het probleem van de operationalisering van de term ‘ernstige gedraging’. In zijn afscheidsrede laat Rogier na om het criterium van de *ernstige gedraging* juridisch te duiden, hetgeen problematisch is.⁴⁵ Ten tweede leidt de toepassing van dit criterium ten aanzien van artikel 13b Opiumwet tot een vreemde situatie. Met betrekking tot drugsdelicten betoogt Rogier het volgende:

43 Peters 2017, p. 647.

44 L.J.J. Rogier, Bestuursrecht of strafrecht. Instrumentaliteit of moraliteit? (afscheidsrede Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 26-27.

45 Zie B. van der Vorm, ‘De keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctionering en het criterium van de ernstige gedraging’, *PROCES* 2017, p. 267-280.

Benny van der Vorm

‘Hoewel het gebruik van softdrugs door velen niet als een ernstig strafbaar feit wordt gezien, worden harddrugs en de grootschalige handel in drugs, mede door de daarmee verbonden georganiseerde criminaliteit, wel als ernstig aangemerkt.’⁴⁶

Dit onderscheid lijkt te zijn gelegen in het verschil tussen softdrugs en harddrugs. In de visie van Rogier zou handel in softdrugs waarschijnlijk een niet ernstige gedraging zijn. Evenwel kan worden betoogd dat sprake is van een ernstige gedraging, omdat de hoeveelheden drugs die zijn aangetroffen van belang zijn om toch te kunnen spreken van een ernstige gedraging; het onderscheid tussen soft- en harddrugs doet hier dan niets aan af. Als nochtans wordt vastgehouden aan het onderscheid tussen soft- en harddrugs, zou het leiden tot de mogelijkheid van toepassing van artikel 13b Opiumwet tot uitsluitend softdrugsdelicten en een strafrechtelijke sluiting ten aanzien van harddrugsdelicten. Een dergelijke versnippering lijkt mij niet aangewezen. Hoewel ik sympathie heb voor het pleidooi van Rogier, lijkt een dergelijke versnippering van artikel 13b Opiumwet mij onwenselijk. Zelfs indien de toepassing van artikel 13b Opiumwet onder omstandigheden zou moeten worden aangemerkt als een criminal charge, is een overheveling ervan naar het strafrecht niet aangewezen.

5 Conclusie

De aanpak van ondermijning heeft uitsluitend kans van slagen indien deze vorm van misdaad op meervoudige wijze wordt aangepakt. Ondermijning lijkt zich vooral te manifesteren in zaken rondom drugsmisdaad. Een belangrijk instrument in dit verband is weggelegd voor de sanctiebevoegdheid van de burgemeester in artikel 13b Opiumwet. Door middel van aanzegging van bestuursdwang kan de burgemeester gelasten om een woning voor bepaalde of onbepaalde tijd te sluiten. Het uitgangspunt is dat deze sanctie een bestuurlijke herstelsanctie is. Uit een recente uitspraak van de Afdeling is echter gebleken dat de toepassing van artikel 13b Opiumwet onder omstandigheden daadwerkelijk een criminal charge kan opleveren. Het aanmerken van de toepassing van artikel 13b Opiumwet als een criminal charge is niet zonder gevolgen. Hoewel een samenloop tussen een bestuurlijke bestraffende sanctie en een hierop volgende strafrechtelijke vervolging niet per definitie is uitgesloten, liggen de kaarten anders wanneer sprake is van ‘hetzelfde feit’. De toepassing van artikel 13b Opiumwet zou onder dergelijke omstandigheden een dam kunnen opwerpen tegen een strafrechtelijke vervolging. Om te voorkomen dat een succesvolle aanpak van ondermijning stopt is het van belang dat de burgemeester zich ervan bewust is dat de toepassing van artikel 13b Opiumwet ook daadwerkelijk een criminal charge kan opleveren, hetgeen zou kunnen leiden tot een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Een al te ruime toepassing van artikel 13b Opiumwet van de burgemeester zou een

46 Rogier 2014, p. 26.

De sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet: een mogelijk vervolgingsbeletsel voor het Openbaar Ministerie

strafrechtelijke vervolging kunnen ondermijnen. Afstemming tussen de burgemeester en de officier van justitie blijft in dit soorten zaken onontbeerlijk.