

Redactioneel

De burgemeester als ziektebestrijder?

Onduidelijkheden over de voorgestelde sluitingsbevoegdheid van de burgemeester in artikel 58na Wet publieke gezondheid

Mr. dr. drs. B. van der Vorm*

De uitbraak van het coronavirus heeft niet alleen veel gevraagd van de bevolking, maar ook van de (straf) rechtspleging.¹ Zo zijn verschillende juridische instrumenten ontwikkeld om dit virus in te dammen. Deze instrumenten zijn niet alleen strafrechtelijk van aard, maar ook bestuursrechtelijk. Het bestuursrecht en corona zijn op verschillende manieren met elkaar verbonden. Ten eerste bevat het bestuursrecht juridische instrumenten om de pandemie te bestrijden, zoals de Wet publieke gezondheid (Wpg). Ten tweede biedt het bestuursrecht instrumenten om de gevolgen van de pandemie af te zwakken en ten derde heeft corona grote gevolgen gehad voor de manier waarop de overheid haar werk doet.² In dit redactioneel wordt de aandacht besteed aan een voorgestelde nieuwe bevoegdheid voor de burgemeester, namelijk een sluitingsbevoegdheid.³ Hartmann en Sackers hebben er terecht op gewezen dat met de wijziging van de Wet publieke gezondheid lang nog niet alle rechtsvragen zijn beantwoord.⁴ Een van de voorgestelde coronamaatregelen is de wijziging van de

Wet publieke gezondheid in verband met een sluitingsbevoegdheid ten aanzien van publieke en besloten plaatsen wegens een uitbraak.⁵ Met deze bevoegdheid lijkt de burgemeester dus ook een rol te krijgen als ziektebestrijder. De bevoegdheid vindt zijn grondslag in het voorgestelde artikel 58na Wpg. Het eerste lid van deze bepaling is als volgt geformuleerd:

‘In het geval van een uitbraak in een publieke of besloten plaats kan de burgemeester, op advies van de gemeentelijke gezondheidsdienst, een schriftelijk bevel geven tot sluiting van die plaats, dan wel van gedeelten daarvan, voor een periode van ten hoogste tien dagen. Bij de afweging van de betrokken belangen betreft de burgemeester in ieder geval de aard van de plaats, de aard van de activiteit en het aantal bij de sluiting betrokken personen. De burgemeester kan voorschriften en beperkingen verbinden aan het bevel.’⁶

De burgemeester kan blijkens het tweede lid dit bevel niet geven ten aanzien van woningen en bepaalde overheidsgebouwen, zoals gerechtsgebouwen, stemlokalen, en de plaatsen bestemd voor de vergadering van de Staten-Generaal, gemeenteraad, provinciale staten en het algemeen bestuur van een waterschap. Onder omstandigheden kan de burgemeester wel religieuze en levensbeschouwelijke gebouwen sluiten.⁷ Deze bevoegdheid is ondergebracht in hoofdstuk Va (Tijdelijke bepalingen bestrijding epidemie covid-19) van de Wet publieke gezondheid en hieruit volgt dat het een tijdelijk artikel be-

* Mr. dr. drs. B. van der Vorm is universitair docent straf(proces)recht en is verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht.

1 W. Huisman, ‘Corona, criminaliteit en strafrechtspleging’, *DD* 2021, p. 441-450.

2 A. Blomberg, S. van Heukelom-Verhage & B. Marseille, ‘Corona en bestuursrecht’, *NTB* 2021, p. 389.

3 De uitbreiding van sluitingsbevoegdheden van de burgemeester staan hoog op de politieke agenda. Zie o.m. B. van der Vorm, ‘De uitbreiding van de sluitingsbevoegdheid in artikel 174a Gemeentewet en de taak van de burgemeester als sheriff’, *TBS&H* 2020, p. 157-160.

4 A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, ‘Rubriek Bestuursstrafrecht’, *DD* 2021, p. 313.

5 *Kamerstukken II* 2020/21, 35817, nr. 1.

6 *Kamerstukken II* 2020/21, 35817, nr. 2, p. 2.

7 *Kamerstukken II* 2020/21, 35817, nr. 3, p. 7.

treft.⁸ Uit de memorie van toelichting blijkt dat het doel van deze sluiting is gelegen in het doorbreken van de doorgaande verspreiding van het virus op die locatie door het tijdelijk onmogelijk te maken de locatie te betreden.⁹ Hoe moet deze sluitingsbevoegdheid nu worden aangemerkt? Is sprake van een bestuurlijke maatregel of van een bestuurlijke sanctie? De memorie van toelichting laat aan onduidelijkheid niets te wensen over: het sluitingsbevel is geen bestuurlijke sanctie in de zin van artikel 5:2 Awb, want het is geen reactie op een overtreding, maar een maatregel ter bescherming van de volksgezondheid.¹⁰ Over het onderscheid tussen een bestuurlijke maatregel en een bestuurlijke sanctie wordt door Michiels en De Waard het volgende opgemerkt:

‘Een bestuurlijke sanctie moet worden onderscheiden van een bestuurlijke maatregel (in de vorm van een in-trekking of sluiting) waarbij een verplichting wordt opgelegd of een recht ontnomen zonder dat er een directe relatie is met een gepleegde overtreding, zoals een maatregel die louter in het kader van de openbare orde-handhaving wordt genomen. Bij zo’n maatregel is er geen noodzakelijke relatie met een overtreding.’¹¹

Bezien in dat perspectief kan het sluitingsbevel inderdaad worden aangemerkt als een bestuurlijke maatregel, omdat geen sprake is van een directe relatie met een gepleegde overtreding. Indien het bevel evenwel wordt overtreden is sprake van een strafbaar feit, te weten artikel 184 Sr.¹² De burgemeester kan door middel van de oplegging van een last onder dwangsom alsnog de handhaving bewerkstelligen.¹³ De last onder dwangsom wordt zoals bekend aangemerkt als een bestuurlijke herstelsanctie. Op het eerste gezicht lijkt het evident dat het sluitingsbevel als een maatregel wordt aangemerkt, maar is dit ook zo? In dit verband moet de aandacht worden gevestigd op het bestuurlijke bevel van de burgemeester. Een bevel onderscheidt zich van een bestuurlijke sanctie, omdat bij een bevel bestraffing of herstel niet voorop staat. Rogier heeft hier het volgende over opgemerkt:

‘APV-bepalingen van gemeenten voorzien (...) vaak ook zelf in bevoegdheden voor de burgemeester. De burgemeester kan niet alleen de vergunning intrekken van openbare inrichtingen, hij kan ook een bevel tot sluiting van zo’n inrichting geven. Hoewel de burgemeester daartoe kan overgaan als wettelijke regels worden overtreden, houden deze bevelen geen bestraffende of herstelsancties in. Het oogmerk is niet het bestraffen van een overtreder of het herstel van een onrechtmatige situatie. Een sluitingsbevel is ook niet hetzelfde als een last onder bestuursdwang. Een sluitingsbevel bevat al-

leen het element last. Deze last geeft uitdrukking aan de verplichting om de overtreden wettelijke norm(en) na te leven en genereert een nieuwe verplichting, namelijk om de inrichting te sluiten en gesloten te houden. Naast een sluitingsbevel is een aparte last onder bestuursdwang nodig, wil de sluiting ook feitelijk kunnen worden gerealiseerd als het bevel niet wordt nageleefd.’¹⁴

Nu dient zich de vraag aan of de voorgestelde sluitingsbevoegdheid moet worden aangemerkt als een sluitingsbevel of als een bestuurlijke maatregel. De memorie van toelichting maakt in dit verband geen keuze; het wordt zowel aangeduid als een bevel en als een maatregel. Volgens Rogier zijn maatregelen een restcategorie, die geen tot individuen gerichte besluiten zijn, zoals de sancties en bevelen.¹⁵ Het is de vraag in hoeverre dit een juiste voorstelling van zaken is. Bestuurlijke maatregelen kunnen immers ook zijn gericht op individuen.¹⁶ Om een en ander concreet te maken, wordt de kwestie over het sluiten van panden in verband met de coronaproblematiek geïllustreerd aan de hand van twee voorbeelden uit de jurisprudentie.

Het eerste voorbeeld betreft de sluiting van een sauna op grond van de Tweede Noodverordening COVID-19 Veiligheidsregio Hollands Midden.¹⁷ Uit artikel 2 lid 2 van deze noodverordening blijkt dat het verboden is om onder andere een sauna geopend te houden. Deze – thans niet meer geldende – verordening is het gevolg van het besluit van het kabinet van 12 maart 2020 dat alle evenementen met meer dan honderd personen in heel Nederland worden afgelast. Op 15 maart 2020 zijn door het kabinet aanvullende maatregelen bekendgemaakt, waaruit blijkt dat met ingang van 15 maart 2020 om 18.00 uur opdracht is gegeven om eet- en drinkgelegenheden, sport- en fitnessclubs, sauna’s, seksinrichtingen en coffeeshops te sluiten. In verband met de coronacrisis heeft de voorzitter van de veiligheidsregio Hollands Midden besloten om ten behoeve van de crisisbeheersing ingevolge artikel 39 Wet veiligheidsregio’s alle in dat artikel genoemde bevoegdheden van de tot de regio behorende burgemeesters over te nemen. De juridische grondslag van deze verordening is gelegen in artikel 176 Gemeentewet en artikel 39 Wet veiligheidsrisico’s. Nu artikel 176 Gemeentewet is gerelateerd aan het bepaalde in artikel 175 Gemeentewet, moet de sluitingsbevoegdheid van de voorzitter van de veiligheidsregio worden aangemerkt als een bestuurlijk bevel. Artikel 175 lid 1 Gemeentewet geeft namelijk aan dat de burgemeester bevoegd is alle bevelen te geven die hij ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar nodig acht. In casu is de sauna gesloten, omdat

8 Kamerstukken II 2020/21, 35817, nr. 3, p. 3.

9 Kamerstukken II 2020/21, 35817, nr. 3, p. 4.

10 Kamerstukken II 2020/21, 35817, nr. 3, p. 14.

11 F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007, p. 129.

12 Vgl. B.V.G. Eggen, ‘Het opzettelijk niet-voldoen aan ambtelijke bevelen en de afhankelijkheid van het bestuursrecht’, *DD* 2021, p. 21-34.

13 Kamerstukken II 2020/21, 35817, nr. 3, p. 14.

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

15 Rogier 2010, p. 313-314.

16 Men denke aan de weigering tot het verlenen van een jachtakte, die door de Afdeling wordt aangemerkt als een bestuurlijke maatregel. Zie ABRvS 4 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1748, AB 2021/346, m.nt. C.M.M. van Mil.

17 Vgl. B.J.P.G. Roozendaal & S.A.L. van de Sande, ‘COVID-19 in het publiekrecht – een overzicht’, *NJB* 2020, p. 938-947.

de voorzitter van de veiligheidsregio heeft geconstateerd dat de betrokkene de sauna – in strijd met de noodverordening – open heeft gehouden. De voorzieningenrechter acht de sluiting rechtmatig.¹⁸

Het tweede voorbeeld gaat om de sluiting van een restaurant voor de duur van twee weken. De burgemeester van Eindhoven heeft het restaurant gesloten, omdat volgens hem in strijd is gehandeld met artikel 58h lid 1 Wpg in samenhang met artikel 4.4 lid 1 onder a Tijdelijke regeling maatregelen covid-19. Daarin is bepaald dat tot en met 13 augustus 2021 een eet- en drinkgelegenheid tussen 00.00 uur en 06.00 uur niet voor publiek mag worden opengesteld. De voorzieningenrechter heeft op 23 juli 2021 bij wijze van ordemaatregel het bestreden besluit geschorst. In de onderhavige uitspraak moet worden beoordeeld of die schorsing moet worden opgeheven of gewijzigd. De voorzieningenrechter concludeert dat het bestreden besluit niet ongewijzigd in stand kan blijven, omdat het op essentiële gronden onvoldoende deugdelijk is gemotiveerd.¹⁹ Belangrijk om te merken is dat de burgemeester op grond van artikel 5:31 lid 1 Awb zonder een voorafgaande last heeft besloten dat het restaurant onmiddellijk wordt gesloten voor een periode van twee weken. De burgemeester heeft gekozen voor een spoedeisende last onder bestuursdwang.²⁰

Wanneer deze twee zaken met elkaar worden vergeleken, valt op dat in beide gevallen wegens de coronaproblematiek panden worden gesloten. Deze sluitingen zijn alle twee een directe reactie op een gepleegde overtreding. De grondslag van de sluitingen is echter verschillend. In de eerste zaak moet de sluiting van de sauna worden aangemerkt als een bestuurlijk bevel, terwijl in de tweede zaak de sluiting van het restaurant wordt bewerkstelligd door de oplegging van een bestuurlijke herstelsanctie. Deze twee zaken lijken echter meer op elkaar dan de voorgestelde sluitingsbevoegdheid van artikel 58na Wpg. Zoals eerder al duidelijk is geworden, is het niet nodig dat sprake is van een gepleegde overtreding voordat de burgemeester de sluiting kan bevelen, aldus de memorie van toelichting.²¹ Dat de toepassing van artikel 58na Wpg (ook) wordt aangemerkt als een bestuurlijk bevel van de burgemeester is niet vreemd, omdat in artikel 58n Wpg eveneens het bevel terugkomt. Deze bepaling luidt namelijk als volgt:

‘Indien door een gedraging of activiteit in of vanuit een besloten plaats, niet zijnde een woning, een ernstige vrees voor de onmiddellijke verspreiding van het virus SARS-CoV-2 ontstaat, kan de burgemeester de bevelen geven die nodig zijn voor de beëindiging van de gedraging of activiteit en de daar aanwezige personen bevelen zich onmiddellijk te verwijderen.’

Naar mijn mening bestaan er in ieder geval drie onduidelijkheden over de voorgestelde sluitingsbevoegdheid van de burgemeester in artikel 58na Wpg.²² De eerste onduidelijkheid is gelegen in de kwalificatie van de bevoegdheid. Is de sluiting aan te merken als een bestuurlijk bevel of als een bestuurlijke maatregel? Aangezien er geen relatie bestaat tussen de sluiting en een gepleegde overtreding, zou het vanuit een juridisch-dogmatisch perspectief mijn voorkeur hebben om deze sluitingsbevoegdheid aan te merken als een bestuurlijke maatregel. De tweede onduidelijkheid vloeit hieruit voort. Als deze bevoegdheid inderdaad niet kan worden aangemerkt als een bestuurlijk bevel, kan een dergelijk bevel ook niet worden overtreden en is de strafbaarstelling van artikel 184 Sr niet relevant. Pleegt degene die handelt in strijd met het bepaalde bij of krachtens artikel 58na lid 1 Wpg dan een strafbaar feit zoals bedoeld in artikel 68bis Wpg? De derde onduidelijkheid heeft betrekking op de legitimatie van deze bevoegdheid.²³ Het idee van de sluiting is dat het noodzakelijk kan zijn met het oog op het indammen van een uitbraak, ongeacht hoe het tot een uitbraak heeft kunnen komen.²⁴ Hoewel dit een nastrevenswaardig uitgangspunt is, is het wel de vraag in hoeverre deze bevoegdheid een uitbraak daadwerkelijk kan indammen. Met andere woorden: wat is er bekend over de effectiviteit van deze bevoegdheid?²⁵

Hoe moet deze voorgestelde sluitingsbevoegdheid nu worden gezien vanuit een criminologisch perspectief? Huisman geeft terecht aan dat de coronaregels zelf nieuwe vormen van wetsovertredingen met zich brengen.²⁶ Hij onderscheidt drie vormen van criminalisering in de coronacrisis. Ten eerste is sprake van een formele criminalisering, waarbij hij onder andere wijst op de situatie dat overtreding van coronaregels een strafbaar feit oplevert. Ten tweede is er een de facto criminalisering, omdat de noodverordeningen daadwerkelijk worden gehandhaafd en strafrechtelijk wordt opgetreden tegen de overtreding van coronaregels. Tot slot wijst hij

18 Rb. Den Haag 14 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3379, AB 2020/201, m.nt. J.G. Brouwer & A.J. Wierenga.

19 Rb. Oost-Brabant 30 juli 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4061. Zie ook Rb. Oost-Brabant 30 juli 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:4062. Vgl. Rb. Rotterdam 20 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:355.

20 In dat opzicht kan een vergelijking worden gemaakt met de sluitingsbevoegdheid van art. 13b Opiumwet. Over de vraag in hoeverre deze sanctie ook een bestraffend karakter heeft, zie R. Salet & H.J.B. Sackers, ‘Spanning tussen de bestuurlijke en strafrechtelijke aanpak van criminaliteit’, *NJB* 2019, p. 933-939; B. van der Vorm, ‘De sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet: een mogelijk vervolgingsbeletsel voor het Openbaar Ministerie’, *PROCES* 2019, p. 40-52.

21 *Kamerstukken II* 2020/21, 35817, nr. 3, p. 14.

22 Ik ben mezelf ervan bewust dat ik zowel de term ‘sluitingsbevoegdheid’ als ‘sluitingsbevel’ gebruik. Dit komt omdat een bevel voortkomt uit een bevoegdheid. Het zijn evenwel geen synoniemen.

23 Vgl. R.J.M.H. de Greef, ‘De paradox van democratische noodmaatregelen. Democratische legitimatie van maatregelen ter bestrijding van het coronavirus nader beschouwd’, *NTB* 2021, p. 529-534.

24 *Kamerstukken II* 2020/21, 35817, nr. 3, p. 2. Er is sprake van een uitbraak als aan drie voorwaarden is voldaan: ten minste drie besmette personen zijn aan elkaar te relateren in tijd, plaats en persoon (het cluster), het is aannemelijk dat de personen op die specifieke plaats zijn geïnfecteerd en er zijn aanwijzingen dat de transmissie tussen personen op die plaats nog gaande is.

25 Vgl. de discussie over de avondklok. Zie bijvoorbeeld B. van der Vorm, ‘De avondklok: eens, maar nooit weer?’, *AAE* 2021, p. 222-225.

26 Huisman 2021, p. 444.

op informele criminalisering, waarbij gezagsdragers een breed publiek proberen te overtuigen van het misdadige karakter van de overtreding van coronaregels.²⁷ De voorgestelde sluitingsbevoegdheid in artikel 58na Wpg is als zodanig geen vorm van criminalisering, maar indien volgens de memorie van toelichting het sluitingsbevel wordt overtreden, is sprake van een strafbaar feit, zijnde artikel 184 Sr.²⁸ Dit zou dan kunnen worden aangemerkt als een vorm van formele criminalisering. Daarnaast zou ook sprake kunnen zijn van de facto criminalisering, maar geheel duidelijk is dit niet. Indien het sluitingsbevel namelijk niet wordt nageleefd, kan de burgemeester middels de toepassing van een last onder bestuursdwang de handhaving bewerkstelligen, zo blijkt uit artikel 58na lid 5 Wpg.²⁹ Er is dan sprake van bestuurlijke handhaving en er wordt dan niet strafrechtelijk opgetreden tegen de overtreding van de coronaregels. Het is uiteraard ook mogelijk dat zowel een last onder bestuursdwang alsook een strafrechtelijke vervolging plaatsvindt. In dat laatste geval is dan sprake van de facto criminalisering.

Hoe nu verder met de voorgestelde sluitingsbevoegdheid van artikel 58na Wpg? Zoals eerder is aangegeven, lijkt het mij meer voor de hand te liggen om deze bevoegdheid aan te merken als een bestuurlijke maatregel in plaats van een bestuurlijk bevel. Ook plaats ik kanttekeningen bij de legitimatie van deze bevoegdheid. In het algemeen is het mijn uitgangspunt dat veel dat strafrechtelijk kan worden aangepakt, ook via het bestuursrecht zou kunnen worden afgedaan. Ik heb in dit verband ook gepleit voor ‘minder strafrecht’ en ‘meer bestuursrecht’.³⁰ Dit betekent dat naar mijn mening veel gedragingen die een strafbaar feit opleveren op praktische gronden kunnen worden overgeheveld naar het bestuursrecht. De strafbaarstellingen in artikel 458, 459 en 460 Sr zijn hier een voorbeeld van.³¹ Ik ben evenwel niet van mening dat het bestuursrechtelijke arsenaal daarom steeds verder moet worden uitgebouwd. De voorgestelde sluitingsbevoegdheid in artikel 58na Wpg is in dit verband illustratief. Er zijn wat mij betreft nog te veel onduidelijkheden om deze bevoegdheid toe te kennen aan de burgemeester. Hoewel ik geen principiële bezwaren heb tegen de burgemeester als sheriff of misdaadbestrijder,³² vraag ik me wel af in hoeverre de rol van de burgemeester als ziektebestrijder ook daadwerkelijk bij hem past. De voorgestelde sluitingsbevoegdheid van de burgemeester vraagt mijns inziens nog een verdere doordenking op juridisch-dogmatisch perspectief, maar ook ten aanzien van de veronderstelde effectiviteit ervan.

27 Huisman 2021, p. 447-448.

28 *Kamerstukken II 2020/21, 35817*, nr. 3, p. 14.

29 Zie ook *Kamerstukken II 2020/21, 35817*, nr. 3, p. 14.

30 Zie ook B. van der Vorm, ‘Artikel 443 Sr, de bestuurlijke boete en de aantekening in de justitiële documentatie’, *TBS&H 2021*, p. 3.

31 B. van der Vorm, ‘De overtredingen betreffende de veldpolitie: overheveling naar het bestuursrecht?’, *TBS&H 2020*, p. 165-173.

32 B. van der Vorm & P.C. van Duyne, ‘De burgemeester als “sheriff” in de aanpak van ondermijnende misdaad: op weg naar een wettelijke grondslag?’, *TvV 2020*, p. 54-67.