

## **Bestraffende of herstelsanctie – een gepasseerd onderscheid?**

### *Bestuurlijke handhaving in het kader van Rotterdamse horeca*

*Floriaan Went, mei 2007*

<i>Inleiding</i> .....	2
<i>Wetgeving</i> .....	3
Excessieve regeldruk .....	3
DHW-vergunning .....	3
Exploatievergunning.....	4
Persoons- of zaaksgebonden? .....	5
<i>Bestuurlijke maatregelen</i> .....	6
Toezichhouders.....	6
BIBOB .....	6
Spoedsluiting.....	7
Artikel 13b Opiumwet.....	8
Directie Veiligheid .....	8
Welke maatregel? .....	9
Intrekking en/of sluiting volgens de wet .....	9
Intrekking en/of sluiting volgens beleid .....	11
<i>Rechtsbescherming</i> .....	15
Zienswijze, bezwaar, voorlopige voorziening, beroep en hoger beroep .....	15
Rechterlijke toets.....	16
<i>Bestraffend of herstellend – criminal charge?</i> .....	17
Bestraffende en herstelsanctie: Nederlandse wetgeving en doctrine .....	17
Bestraffende en herstelsanctie: Nederlandse jurisprudentie .....	20
Criminal charge .....	21
Ernst van intrekking en/of sluiting voor de exploitant .....	23
Bestraffend / herstellend: beperkt onderscheidend vermogen?.....	24
<i>Conclusie</i> .....	26
<i>Literatuur</i> .....	27

## *Inleiding*

Tegen het einde van het jaar 2000 wees onderzoek in Rotterdam uit dat de vastgestelde exponentiële stijging van geweldsincidenten in het centrum terug te voeren was op een toename van geweld bij het uitgaan. Mede in het verlengde daarvan werden toezicht en handhaving in deze sector sterk geïntensiveerd. Overlastgevende horeca-inrichtingen<sup>1</sup> worden sindsdien ‘*veel harder*’ aangepakt.<sup>2</sup> Het aantal bestuurlijke maatregelen tegen horeca-inrichtingen is bijgevolg fors gestegen. In 2002 ging het nog om 9 gevallen, twee jaar later waren het 54<sup>3</sup> en het jaar daarop 71.<sup>4</sup> Anno 2007 is veiligheid in Rotterdam nog steeds ‘*de absolute topprioriteit*’.<sup>5</sup>

De juridische achtergrond van de bestuurlijke handhaving in het kader van de Rotterdamse horeca zal hieronder kort worden uiteengezet. Daarbij zal de aandacht uitgaan naar de voor de exploitant meest ingrijpende vormen van bestuurlijke handhaving: sluiting van horeca-inrichtingen en intrekking van vergunningen. Het wettelijke en beleidskader en de vraag naar de aard van deze sancties, in het bijzonder het onderscheid tussen bestraffende en herstellende sancties, zal aan de orde komen en worden toegelicht. Er zal worden afgesloten met een conclusie.

---

<sup>1</sup> Voor zover niet anders vermeld, wordt in deze tekst met ‘horeca-inrichting’ bedoeld op horecazaken met een winststreven waar alcohol wordt geschonken; ‘droge’ horeca, waaronder coffeeshops, en paracommerciële horeca blijft buiten beschouwing.

<sup>2</sup> Zie Vijfjarenactieprogramma Veilig Rotterdam 2006-2010, ‘*Samen werken aan veiligheid: voorkomen en handhaven*’, Rotterdam 2006, p. 5.

<sup>3</sup> Zie Vijfjarenactieprogramma Veilig Rotterdam 2006-2010, ‘*Samen werken aan veiligheid: voorkomen en handhaven*’, Rotterdam 2006, p. 61.

<sup>4</sup> Naar aanleiding van deze 71 bestuurlijke maatregelen in 2005 werd in 28 gevallen bezwaar aangetekend, 19 voorlopige voorzieningen verzocht en twee keer beroep ingediend; zie Jaarverslag Bestuurlijke Handhaving 2005, ‘Handhaven helpt!’, Directie Veiligheid Gemeente Rotterdam 2006, p. 6. De getallen betreffende 2006 zijn weliswaar bekend maar nog niet gepubliceerd en worden daarom niet vrijgegeven.

<sup>5</sup> Zie Vijfjarenactieprogramma Veilig Rotterdam 2006-2010, ‘*Samen werken aan veiligheid: voorkomen en handhaven*’, Rotterdam 2006, p. 5.

## Wetgeving

### *Excessieve regeldruk*

Op de horeca is een stortvloed van regels van toepassing.<sup>6</sup> Naast regelgeving met betrekking tot openbare orde en veiligheid moet worden gedacht aan ruimtelijke ordening, milieuwetgeving, regels van sociaal-economische aard, met betrekking tot volksgezondheid en andere meer. Een horecaondernemer behoeft in de regel dan ook niet één maar diverse vergunningen. Zij vormen met een totaal aan jaarlijks rond 40 mln. € een belangrijke kostenpost in deze bedrijfstak.<sup>7</sup> Vanwege de excessieve regeldichtheid en haar drukkende effect op de economie van de sector heeft het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) overigens herziening van de Drank- en Horecawet (DHW) en vereenvoudiging van het vergunningenstelsel voorgesteld.<sup>8</sup> Vooralsnog zijn de 'kernvergunningen' van de reguliere commerciële alkoholschenkende horeca de DHW-vergunning en de exploitatievergunning.<sup>9</sup>

### *DHW-vergunning*

De DHW is ingesteld om de volksgezondheid te waarborgen. In een viertal bepalingen schept deze wet de grondslag voor regeling van onderwerpen in gemeentelijke medebewindsverordeningen.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Zie uitgebreid Merckx (2006), p. 431. Zie ook Bijlage bij Kamerstukken TK 2005/06, 29515, nr. 102 (Minder Regels en Papierwerk in de Horeca).

<sup>7</sup> Zie Kamerstukken II 2005/06, 29 515, nr. 140 (Meibrief Vereenvoudiging Vergunningen), p. 34.

<sup>8</sup> Zie Kamerstukken II 2005/06, 29 515. Het voorstel van herziening DHW is thans bij de Raad van State in behandeling.

<sup>9</sup> In deze tekst wordt niet ingegaan op de nacht- en ochtendontheffing, de gebruiksvergunning op grond van de bouwverordening, de bouwvergunning (vrijstelling bestemmingsplan), terrasvergunning, exploitatievergunning seksinrichting of escortbedrijf, aanwezigheidsvergunning speelautomaten, melding wet Milieubeheer of de Rotterdamse 'Verlaatjes' en 'Geluidjes'.

<sup>10</sup> Het gaat om voorschriften of beperkingen van paracommerciële instellingen (art. 4 lid 3 DHW), regels betreffende de leeftijd van personen waaraan drank mag worden verstrekt (art. 20 lid 5 DHW), betreffende het verbieden van

Naast een aantal verboden inzake alcoholverstreking, reclame en dergelijke, gaat het om de persoonsgebonden vergunningenplicht, desbetreffende voorwaarden<sup>11</sup> en procedures. Deze regels kunnen worden vastgelegd in een zelfstandige gemeentelijke verordening maar ook in de algemene plaatselijke verordening (APV). In Rotterdam is op deze grondslag de zelfstandige Verordening beperking drankverstreking vastgesteld.<sup>12</sup> De bestuursrechtelijke handhaving van de DHW rust op de minister van VWS en tengevolge van artikel 174 derde lid Gemeentewet (Gemw) op de burgemeester. De DHW-vergunning wordt krachtens de DHW verleend en ingetrokken door het college van Burgemeester en Wethouders (het college). De strafrechtelijke handhaving van de DHW en het opsporen van strafbare feiten berust op de Voedsel en Waren Autoriteit<sup>13</sup> die sinds 1 januari 2002 opereert met speciale DHW-teams.

In Rotterdam is de DHW-vergunningverlening, -weigering en -intrekking en lokale bestuursrechtelijke handhaving van de DHW gedelegeerd aan het dagelijks bestuur van de deelgemeenten. In sommige deelgemeenten werd de vergunningverlening vervolgens gemandateerd aan het Team Horeca en Evenementen (THE) (voorheen Bureau Vergunningen) van de dienst Stedenbouw en Volkshuisvestiging (dS+V).

### ***Exploitatievergunning***

Naast deze medebewindsbevoegdheden van de DHW kunnen in gemeentelijke verordeningen regels worden vastgesteld met betrekking tot openbare orde en veiligheid, ook met betrekking tot openbare inrichtingen (waaronder horeca-inrichtingen). Hierbij gaat het niet om medebewind, maar om autonome bevoegdheden tot

---

alcoholverstreking in de gemeente (art. 23 DHW) en met betrekking tot gegevensverstreking bij aanvraag van een DHW-vergunning (art. 26 lid 2 DHW).

<sup>11</sup> Men denke vooral aan het '*niet van slecht levensgedrag*' zijn ex art. 8 lid 2 sub b DWH.

<sup>12</sup> Gembl. Rotterdam 11 juni 2000, nr. 49, *Verordening beperking drankverstreking*, inwerkingtreding 27 juni 2000.

<sup>13</sup> Art. 41 DHW jo. Beschikking van de Staatssecretarissen van Sociale Zaken en Volksgezondheid en van Economische Zaken 8 augustus 1967 tot aanwijzing toezicht Drank- en Horecawet, Stcrt. 1967m 168, zoals nadien gewijzigd.

normering, baserend op artikel 149 Gemw. Het motief is daarbij, zoals gezegd, niet van sociaaleconomische of –hygiënische aard zoals bij de DHW en daarop baserende gemeentelijke bepalingen, maar de bescherming van de openbare orde en veiligheid. Onder de eerste wordt ook het woon- en leefklimaat in de omgeving van horeca-inrichtingen geschaard.

Zoals in vele andere gemeenten heeft deze wettelijke systematiek in Rotterdam geleid tot het opnemen in de APV van een vergunningstelsel aangaande exploitatie van horeca-inrichtingen (in de zin van de DHW) en andere ‘voor publiek openstaande lokaliteiten, open plaatsen, tuinen [FW: etcetera]’.<sup>14</sup> Deze exploitatievergunning (vroeger overlastvergunning), welke aldus ook ziet op inrichtingen waarin géén alcohol wordt geschonken, heeft oog op de coherentie tussen de exploitatie van inrichtingen en eisen van openbare orde, veiligheid en de woon- en leefsituatie.<sup>15</sup> In Rotterdam worden exploitatievergunningen krachtens mandaat verleend, gewijzigd en ingetrokken door de dS+V in naam van de burgemeester.<sup>16</sup>

### ***Persoons- of zaaksgebonden?***

Ondanks dat de exploitatievergunning, anders dan de DHW-vergunning, naar haar aard in wezen niet persoons- maar zaaksgebonden is, zijn veel gemeenten ertoe over gegaan om de exploitatievergunning aan persoonsgebonden criteria te koppelen. Zo blijkt uit artikel 2.3.6 eerste lid onder e APV Rotterdam dat de exploitatievergunning wordt (geweigerd of) ingetrokken indien de (gepretendeerde) exploitant van slecht levensgedrag is. Het persoonsgebonden criterium van de DHW verschijnt zo bij de exploitatievergunning. Gevolg daarvan is dat bij de procedure tot verlening van de exploitatievergunning een soortgelijke persoonsgerichte toets plaats vindt als degene die reeds bij de verlening van de DHW-vergunning werd doorgevoerd (of chronologisch andersom). Omdat dit een onnodige doublure behelst,

<sup>14</sup> Zie art. 2.3.1 lid 1 sub a en b APV Rotterdam.

<sup>15</sup> Zie Merx (2006), p. 453.

<sup>16</sup> Gembl. Rotterdam 27 maart 2007, nr. 45, *Mandaatbesluit inzake openbare inrichtingen 2007 (bij APV)*, inwerkingtreding 5 april 2007.

adviseert de staatssecretaris het schrappen van de exploitatievergunningen uit de APV's.<sup>17</sup> De model-APV wordt door de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) op dit punt aangepast. Ook de uitvoering van deze APV-bepalingen is krachtens artikel 174 Gemw (en de APV's) opgedragen aan de burgemeester.

## **Bestuurlijke maatregelen**

### *Toezichthouders*

Het enorme aantal regels waarvan reeds sprake was, gaat gepaard met een royaal aantal toezichthouders. In Rotterdam treden zij structureel samen controlerend op bij zogenaamde '*Integrale Horeca-acties*'. Het gaat onder meer om de politie, Sociale Dienst en Belastingdienst, de Dienst Centraal Milieubeheer Rijnmond, Brandweer en dS+V. Daarnaast bestaat er in Rotterdam het toezichtmodel '*Horecare*' dat zich richt op vermindering van geweld en overlast door de horeca in het centrum. Horecare is een samenwerking tussen Openbaar Ministerie, Brandweer, gemeente, RET, Koninklijke Horeca Nederland, particuliere beveiligingsbedrijven en horecaondernemers zelf. Cameratoezicht speelt een belangrijke rol bij het toezicht.

### ***BIBOB***

Aandacht verdient in dit kader ook de sinds 1 juni 2003 bestaande mogelijkheid voor gemeenten om de exploitatie van (onder meer) openbare inrichtingen intensief te screenen op potentiële (en zij het zeer indirecte) betrokkenheid bij strafbare feiten, althans het profiteren daarvan. De Wet Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur (Wet BIBOB) biedt daarnaast de zelfstandige mogelijkheid voor gemeenten om vergunningen te weigeren of in te trekken indien de diepgaande toetsing, desgewenst

---

<sup>17</sup> Zie Rapport 'De Ondernemersgerichte Algemene Plaatselijke Verordening' (bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 29 515, nr. 183), p. 17. M.b.t. kritiek op persoonsgebonden en *an sich* exploitatievergunningen zie ook Rapport 'De Ondernemersgerichte Algemene Plaatselijke Verordening' (bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 29 515, nr. 183).

verricht door het Landelijke Bureau BIBOB, tot het vermoeden van enige betrokkenheid bij of profijt van criminele activiteiten leidt.

In Rotterdam wordt van deze mogelijkheid gretig gebruik gemaakt. In het jaar 2004 zijn 105 coffeshops, horeca- en seksinrichtingen door de gemeente op deze gronden doorgelicht. Rotterdam had dan ook de landelijke primeur van een weigering van een vergunning op de grond van artikel 3 Wet BIBOB.<sup>18</sup> Adviezen van het bureau worden thans in Rotterdam door de Directie Veiligheid (DV) (voorheen Programmabureau Veilig) verzocht.<sup>19</sup>

Ook op landelijk niveau heeft het leeuwendeel van de BIBOB-onderzoeken van het bureau betrekking op de horecabranche: In het jaar 2005 hadden 67% van het totale aantal onderzoeken betrekking op deze sector. Van deze onderzoeken leidden 53% tot de vaststelling van ernstig gevaar dat de vergunning misbruikt wordt of zou worden om criminele activiteiten te ontplooien.<sup>20</sup>

### ***Spoedsluiting***

Incidenten dan wel overtredingen van de APV of vergunningvoorschriften worden doorgaans geconstateerd door de politie die daarvan proces-verbaal (p-v) opmaakt en – in Rotterdam – conform intern beleid naar de DV stuurt, waar de dossiers worden (bij)gehouden. Indien noodzakelijk, heeft de politie op grond van artikel 2 Politiewet de zelfstandige bevoegdheid om *ad hoc*, zonder tussenkomst van het bevoegde bestuursorgaan en desnoods tegen de wil van de ondernemer een openbare inrichting te sluiten. Spoedsluiting is ook mogelijk door de burgemeester en wel door een sluitingsbevel voor maximaal 2 weken bij ernstige incidenten

<sup>18</sup> Zie Vijfjarenactieprogramma Veilig Rotterdam 2006-2010, ‘*Samen werken aan veiligheid: voorkomen en handhaven*’, Rotterdam 2006, p. 62.

<sup>19</sup> Zie Gembl. 27 maart 2007, nr. 47, *Mandaatbesluit inzake adviesaanvragen Wet BIBOB betreffende openbare inrichtingen 2007 (bij APV)*, inwerkingtreding 5 april 2007.

<sup>20</sup> Zie Bureau BIBOB, *Jaarverslag 2005*, Dienst Justis, Ministerie van Justitie, 2006), p. 61. Onder de term horeca vallen hier niet seksinrichtingen of coffeshops.

waarbij sprake is van een onaanvaardbare aantasting van het woon- en leefklimaat (infra Ad 2a).

### ***Artikel 13b Opiumwet***

Naast het zojuist genoemde ‘papieren’ sluitingsbevel van de burgemeester heeft laatstgenoemde ook de discretionaire bevoegdheid om ‘voor publiek toegankelijke lokalen en daarbij behorende erven’ middels bestuursdwang voor onbepaalde of bepaalde tijd te sluiten indien aldaar de regels van artikel 13b Opiumwet werden overtreden. Hierbij gaat het om het verbod van aanwezigheid van drugs (lijst I/II bijlage Opiumwet) met het doel van verkoop, aflevering of verstrekking. Niet noodzakelijk is een aantasting van de veiligheid, openbare orde of het woon- en leefklimaat.<sup>21</sup> Artikel 13b Opiumwet is een vreemde eend in de bijt; het gaat immers om bestuursrechtelijke handhaving in een strafwet. Verwijtbaarheid van de exploitant is niet noodzakelijk voor toepassing van de bestuursdwang uit artikel 13b Opiumwet.<sup>22</sup>

### ***Directie Veiligheid***

In Rotterdam ondersteunt de DV de burgemeester bij de handhaving van de openbare orde en veiligheid, voert (behoudens het deelgemeentelijke horecabeleid) de regie over het beleid met betrekking tot openbare inrichtingen en is verantwoordelijk voor de feitelijke uitvoering van de bestuurlijke handhaving. Naar aanleiding van een door de politie verstrekt p-v zal de DV de burgemeester adviseren tot het uitbrengen van een bestuurlijke waarschuwing aan de exploitant dan wel het nemen van bestuurlijke maatregelen.

---

<sup>21</sup> Zie Merckx (2006), p. 468-469.

<sup>22</sup> Zie bijv. ABRvS 4 juli 2001, AB 2002, 6 (m.nt. JGB/AES).

### ***Welke maatregel?***

Er bestaan verschillende bestuurlijke maatregelen. Het gaat (onder meer<sup>23</sup>) om:

1. sluiting van de openbare inrichting voor bepaalde of onbepaalde tijd;
2. a) mogelijke intrekking van de exploitatievergunning voor bepaalde of onbepaalde tijd;  
b) imperatieve intrekking van de exploitatievergunning;
3. a) intrekking van de DHW-vergunning voor bepaalde of onbepaalde tijd;  
b) met gelijktijdige opschorting van de bevoegdheid van het college om aan de (rechts)persoon gedurende een jaar daarna een nieuwe DHW-vergunning te verlenen;  
c) volgens de Horecanota Rotterdam 2007-2011 bestaat tevens de mogelijkheid dat het college bij intrekking aankondigt dat gedurende vijf jaar na intrekking geen nieuwe DHW-vergunning zal worden verleend;<sup>24</sup>
4. cumulatie van deze sancties (gelijktijdige toepassing van deze sancties stuit volgens vast jurisprudentie niet op juridische bezwaren<sup>25</sup>).

### ***Intrekking en/of sluiting volgens de wet***

Wettelijke situaties waarin deze maatregelen mogelijk zijn, betreffen (afgezien van de genoemde mogelijkheid die de Wet BIBOB en artikel 13b Opiumwet bieden):

---

<sup>23</sup> De mogelijke intrekking van andere dan de hier genoemde vergunningen (DHW-vergunning en exploitatievergunning) zal evenmin aan de orde komen als de mogelijkheid van oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang.

<sup>24</sup> Zie Horecanota Rotterdam 2007-2011, p. 98.

<sup>25</sup> Het gaat immers om herstelsancties. Wél ontoelaatbaar is gelijktijdige toepassing van bestuursdwang en een last onder dwangsom.

Ad 1. exploitatie zonder vergunning; strijd met de aan de exploitatievergunning verbonden voorschriften; de gevallen waarin intrekking van de exploitatievergunning kán plaatsvinden (2.a);<sup>26</sup>

Ad 2. a) gevaar voor de openbare orde of het woon- en leefklimaat; overtreding van de aan de vergunning verbonden voorwaarden; aannemelijke betrokkenheid of ernstige nalatigheid bij activiteiten in of vanuit de inrichting met gevaar voor de openbare orde of bedreiging van het woon- of leefklimaat in de omgeving; door de exploitant in de inrichting gepleegde of gedoogde strafbare feiten; andere feiten die zich in of vanuit de inrichting hebben voorgedaan en de vrees wettigen dat de inrichting gevaar oplevert voor de openbare orde of een bedreiging vormt voor het woon- of leefklimaat in de omgeving; wijziging(en) van de exploitatie of de exploitant zonder nieuwe vergunning; constatering van in de inrichting werkzame personen zonder arbeidsvergunning of het voornemen daartoe;<sup>27</sup>

b) vestiging of exploitatie van de inrichting in strijd is met een geldend bestemmingsplan, een stadsvernieuwingsplan of een leefmilieuverordening in de zin van de Wet op de stads- en dorpsvernieuwing; curatele van de exploitant of de beheerder; ontzetting van de exploitant of de beheerder uit de ouderlijke macht of voogdij; exploitant of beheerder hebben niet de leeftijd van eenentwintig jaar bereikt; exploitant of beheerder zijn in enig opzicht van slecht levensgedrag;<sup>28</sup>

Ad 3. a) onjuiste gegevens in de vergunningsaanvraag; niet langer voldoen aan zedelijkheids- of inrichtingeneis; sprake van een nieuwe leidinggevende; feiten die zich in de inrichting hebben voorgedaan die de vrees wettigen van gevaar voor openbare orde, veiligheid of zedelijkheid; exploitatie strijdig met aan de vergunning verbonden voorschriften; strijd met de verboden van de DHW of toepasselijke maatregelen van bestuur; strijd met het krachtens de DHW verplichte reglement van de inrichting; strijd

---

<sup>26</sup> Zie art. 2.3.7 lid 1 sub a t/m c APV Rotterdam

<sup>27</sup> Zie art. 2.3.6 lid 2 sub a t/m h APV Rotterdam.

<sup>28</sup> Zie art. 2.3.6 lid 1 sub a t/m e APV Rotterdam.

met het gebod om het genoemde reglement duidelijk zichtbaar toegankelijk te maken;<sup>29</sup>

b) handelen strijdig met de aan de vergunning verbonden voorschriften of beperkingen;<sup>30</sup>

c) feiten die zich in de inrichting hebben voorgedaan die de vrees wettigen van gevaar voor openbare orde, veiligheid of zedelijkheid;<sup>31</sup>

Ad 4. zie ad 1 t/m ad 3.

Terzijde zij opgemerkt dat - voor zover ik begrijp - uit de desbetreffende systematiek van de APV Rotterdam voortvloeit dat in de gevallen hierboven weergegeven onder 2b een bestuurlijk sluitingsbevel niet mogelijk is: in de gevallen dat de burgemeester tot intrekking *moet* overgaan, kan géén directe sluiting plaatsvinden, als hij tot intrekking *kan* overgaan, is directe sluiting wél mogelijk.

### ***Intrekking en/of sluiting volgens beleid***

Het antwoord op de vraag welke maatregel aangewezen is, wordt nader genormeerd in beleidsregels. In Rotterdam zijn zij op dit moment geformuleerd in het handhavingsarrangement van de Horecanota Rotterdam 2007-2011. Het arrangement stelt voorop: *'De mate en vorm waarin in een concreet geval repressief bestuursrechtelijk wordt opgetreden geeft in het algemeen uitdrukking aan de elementen: ernst, recidive, onveiligheid, verstoring openbare orde en onomkeerbaarheid.'*<sup>32</sup>

In beginsel zal bij de eerste (lichte) overtreding worden volstaan met een waarschuwing *ad hoc* door de politie en het opmaken van p-v; volgens beleid heerst het beginsel *'Twee keer geel is rood'*. Ratio hierachter is volgens het handhavingsarrangement: *'Een overtreder dient de ruimte te krijgen om zijn gedrag aan te passen en maatregelen te nemen.'*<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Zie art. 31 lid 1 en 2 DHW.

<sup>30</sup> Zie art. 31 lid 3 DHW.

<sup>31</sup> Horecanota Rotterdam 2007-2011, p. 98.

<sup>32</sup> Horecanota Rotterdam 2007-2011, p. 96.

<sup>33</sup> Horecanota Rotterdam 2007-2011, p. 93.

De keuze tussen intrekken van de exploitatievergunning (of DHW-vergunning) en/of sluiting van de inrichting vloeit voort uit de aard van het incident. Indien met oog op het incident het vertrouwen in de bedrijfsvoering van de exploitant weggevalen is, zal intrekking van de vergunning in beeld komen. Zij zal bij het eerste incident voor bepaalde tijd gelden. Het handhavingsarrangement schrijft hierover: *'De exploitant krijgt daarna nog éénmaal de kans te bewijzen dat hij het vertrouwen wel waard is'*.<sup>34</sup> Bij het tweede incident zal intrekking voor onbepaalde tijd volgen. Betreffende de duur van de intrekking gelden volgende beleidsregels:

- Tot 1 jaar; bij regelmatige vechtpartijen in of rond de horeca-inrichting of ernstige verstoring woonomgeving.
- Tot 2 jaar, regelmatige vechtpartijen in de horeca-inrichting of daar buiten, door overmatig alcoholgebruik; of schietsteekincident in of nabij de horeca-inrichting.
- Tot 3 jaar; binnen vier jaar meer dan één schietincident in of in de nabijheid van de horeca-inrichting; of handel en/of gebruik (hard-)drugs in of rond de horeca-inrichting.
- Tot 4 jaar; binnen drie jaar meer dan één schietincident in of in de nabijheid van de horeca-inrichting.
- Tot 5 jaar: handel in harddrugs in of nabij de horeca-inrichting met medeweten van de exploitant; of gebruik harddrugs in de horeca-inrichting met medeweten van de exploitant; of binnen twee jaar meer dan één schietincident in of in de nabijheid van de horeca-inrichting.<sup>35</sup>

Aangaande intrekking van de exploitatievergunning geldt hetzelfde beleid als betreffende de intrekking van de DHW-vergunning. Uit de praktijk blijkt dat de DV in bedoelde gevallen eerst de burgemeester adviseert tot intrekking van de exploitatievergunning, waarna ook het dagelijks bestuur van de deelgemeente (althans bij mandaat het THE) geadviseerd wordt tot het intrekking van de DHW-vergunning.

---

<sup>34</sup> Horecanota Rotterdam 2007-2011, p. 93.

<sup>35</sup> Horecanota Rotterdam 2007-2011, p. 98, 100.

Als door het incident de openbare orde of het leef- en woonklimaat werden aangetast, zal de inrichting voor bepaalde of onbepaalde tijd worden gesloten.<sup>36</sup> Conform handhavingsarrangement betreft sluiting voor bepaalde tijd in beginsel 6 maanden, bij omstandigheden die tot matiging aanleiding geven, zal de sluiting 3 maanden duren en in ernstige gevallen 12 maanden. Bij volledig ontbreken van verwijtbaarheid of nalatigheid van de exploitant zullen volgens beleid sluiting noch intrekking plaatsvinden, direct wordt in het beleidsstuk daaraan toegevoegd dat dit niet betekent dat er voor de toepassing van de twee sancties sprake moet zijn van schuld; volgens het handhavingsarrangement ligt op de exploitant een risicoaansprakelijkheid.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Zie Horecanota Rotterdam 2007-2011, p. 95.

<sup>37</sup> Zie Horecanota Rotterdam 2007-2011, p. 102.

Bij incidenten gelden in Rotterdam de volgende beleidsregels  
aangaande sanctietoepassing:<sup>38</sup>

Overtredingen/andere bepalingen	Politie / toezichtshouder	Gemeente	Anderen
Artikel 2.3.6 en/of artikel 2.3.7, lid 1 sub b en/of c is van toepassing. Onderscheid wordt gemaakt tussen twee -niet limitatieve- categorieën			OM vervolgt cf richtlijn
Categorie 1 (zeer ernstige incidenten) • Schietincident; • Steekincident; • Aantreffen wapen(s); • Slecht levensgedrag exploitant of beheerder; • Geweld (door personeel of bezoekers); • Schijnbeheer	1 <sup>e</sup> en volgende keren: • Verbaliseren • Dossier politie tbv bestuurlijke maatregel burgemeester Bij acute noodzaak volgt een directe sluiting op grond van artikel 2 Politiewet tot het moment dat APV-sluiting is geëffectueerd	1 <sup>e</sup> keer: Exploitatievergunning intrekken en/of bevel tot sluiten van de inrichting (3, 6 of 12 maanden). In geval van een zeer ernstig incident kan de burgemeester tevens besluiten tot onmiddellijke (spoed)sluiting voor maximaal twee weken 2 <sup>e</sup> keer: sluiten onbepaalde tijd en/of intrekken exploitatievergunning	
Categorie 2 (ernstig incidenten): • Heling; • Discriminatie; • Overlast in en vanuit de inrichting (waartoe ook het evt. terras behoort); • Niet- gecertificeerde portier(s)/ portiers zonder toestemming korpschef; • Tewerkstellen van personen zonder geldige verblijfstitel (illegale werknemers)	1 <sup>e</sup> keer: • Verbaliseren • Bestuurlijke waarschuwing uitreiken 2 <sup>e</sup> keer: • Verbaliseren • Dossier politie tbv bestuurlijke maatregel burgemeester Bij acute noodzaak volgt een directe sluiting op grond van artikel 2 Politiewet tot het moment dat APV-sluiting is geëffectueerd	2 <sup>e</sup> keer: Exploitatievergunning (tijdelijk) intrekken en/of bevel tot sluiten van de inrichting (3, 6 of 12 maanden). 3 <sup>e</sup> keer: sluiten onbepaalde tijd en/of intrekken exploitatievergunning	

<sup>38</sup> De tabel is geknipt uit de Horecanota Rotterdam 2007-2011), p. 105.

## **Rechtsbescherming**

### ***Zienswijze, bezwaar, voorlopige voorziening, beroep en hoger beroep***

Indien de DV de burgemeester tot het nemen van bestuurlijke maatregelen adviseert, ontvangt de exploitant een brief met verwijzing naar het bijgevoegde opgebouwde dossier (met daarin bijvoorbeeld p-v's en dergelijke). Hem wordt medegedeeld dat de burgemeester het nemen van bestuurlijke maatregelen overweegt (vaak zonder indicatie om welke maatregelen het *in concreto* gaat), tevens wordt de exploitant uitgenodigd tot een zienswijzenbespreking (in spoedeisende gevallen kan deze zienswijzenbespreking telefonisch plaatsvinden). Daar zullen naast de exploitant (en desgewenst zijn advocaat) ook aanwezig zijn een vertegenwoordiger van de regiopolitie, van het THE en iemand van de DV.

Als de zienswijze niet tot een andere houding bij het bestuur leidt, zal de exploitant het besluit of de besluiten (hierna het besluit) inhoudende de bestuurlijke maatregel(en) ontvangen. Indien de exploitant zich daarmee niet kan verenigen zal hij in bezwaar om herroeping van het besluit verzoeken en kan hij bij spoedeisend belang (zoals dreigende onomkeerbare financiële schade) tegelijkertijd met een verzoek om voorlopige voorziening de voorzieningenrechter om schorsing van het besluit verzoeken. Als dit een en ander naar mening van de (eventueel inmiddels: voormalige) exploitant niet tot het beoogde resultaat leidt, kan hij in beroep bij de afdeling bestuur van de rechtbank en daarna in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) vernietiging van het besluit verzoeken.

Met betrekking tot het aantal in Rotterdam gevoerde procedures moet hier worden volstaan met verwijzing naar de in de inleiding genoemde getallen. Daaraan kan worden toegevoegd dat in het jaar 2005 een kwart van de 28 bezwaarschriften door de Algemene bezwarencommissie gegrond werd bevonden, 4 van de 21 verzoeken waar een voorzieningenrechter zich over boog werden door hem

*Bestraffende of herstelsanctie – een gepasseerd onderscheid?  
Bestuurlijke handhaving in het kader van Rotterdamse horeca  
Floriaan Went, 2007*

toegewezen.<sup>39</sup> Over de resultaten van de procedures die in 2005 in hoger beroep afgedaan werden, geeft het Jaarverslag Bestuurlijke Handhaving 2005 van de gemeente Rotterdam voor zover ik zie geen eenduidig uitsluitel, de aantallen nul<sup>40</sup> en drie<sup>41</sup> komen naar voren, ook wordt het standpunt ingenomen dat de burgemeester in drie zaken in hoger beroep in het gelijk gesteld werd.<sup>42</sup>

### *Rechterlijke toets*

Bij het intrekken van een exploitatievergunning en de sluiting van een horeca-inrichting gaat het om uitoefening van bevoegdheden die de burgemeester krachtens zijn discretionaire bevoegdheid toekomen. Een rechter zal zich in deze situatie beperken tot een antwoord op de vraag of de middelen die de justitiabele aandragt tot het oordeel leiden dat de burgemeester zijn besluit onvoldoende zorgvuldig heeft voorbereid en/of hij bij beoordeling van de in aanmerking komende aspecten en afweging van relevante belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Het gaat om een uiterst<sup>43</sup> marginale toets. Het gebod van evenredigheid tussen de belangen van de belanghebbende en de belangen die het besluit dient (ex artikel 3:4 tweede lid en 4:84 Awb) is in deze situatie ‘gestript’ tot het verbod op willekeur en kennelijke onredelijkheid.<sup>44</sup> Het gebruik door het bestuursorgaan in zijn motivering van in het kader van opsporing mogelijk onrechtmatig verkregen bewijs zal door de bestuursrechter niet kennelijk onredelijk bevonden worden – in het bestuursrecht gelden andere bewijsregels dan in het strafrecht.

---

<sup>39</sup> Zie Jaarverslag Bestuurlijke Handhaving 2005, 'Handhaven helpt!', Directie Veiligheid Gemeente Rotterdam 2006, p. 11-15.

<sup>40</sup> Zie Jaarverslag Bestuurlijke Handhaving 2005, 'Handhaven helpt!', Directie Veiligheid Gemeente Rotterdam 2006, p. 18.

<sup>41</sup> Zie Jaarverslag Bestuurlijke Handhaving 2005, 'Handhaven helpt!', Directie Veiligheid Gemeente Rotterdam 2006, p. 11.

<sup>42</sup> Zie Jaarverslag Bestuurlijke Handhaving 2005, 'Handhaven helpt!', Directie Veiligheid Gemeente Rotterdam 2006, p. 15.

<sup>43</sup> Althans volgens diverse lagere rechters, zie bijv. Rb Middelburg 14 juli 2006, LJN: AY7268, 05/844; Rb Maastricht 25 juli 2003, LJN: AH8862, AWB 03/685 WET VV; Rb Almelo 17 april 2001, LJN: ZF5436, 00/799 HOREC H1 A.

<sup>44</sup> Vgl. Schueler (2000).

## **Bestraffend of herstellend – *criminal charge*?**

### ***Bestraffende en herstelsanctie: Nederlandse wetgeving en doctrine***

De rechter zou niet volstaan met een marginale toets indien hij de intrekking van een exploitatie- of DHW-vergunning of sluiting van de horeca-inrichting zou zien als bestraffende sanctie. In dergelijke gevallen is de rechter gehouden om indringend te toetsen of de verhouding tussen de zwaarte van de sanctie en het belang dat de sanctie dient in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4 tweede lid Awb. Een toets ook van de proportionaliteit tussen verwijtbaarheid (welke als culpa *an sich* lichtste voorwaarde voor strafoplegging is) en sanctie. Daarnaast zijn bij bestraffende sancties de waarborgen van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) in beginsel integraal van toepassing.<sup>45</sup> Strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs leent zich niet als bewijsmiddel in de procedure die zich om oplegging van een bestraffende sanctie draait, daarnaast heeft de karakterisering als bestraffende sanctie ook gevolgen bij cumulatie.

In de Nederlandse jurisprudentie en doctrine werd traditioneel onderscheiden tussen *punitieve* en *reparatoire* sancties. Sinds het voorstel van Wet houdende de aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht)<sup>46</sup> (hierna Awb-IV) waarin deze sancties bestraffende dan wel herstelsancties genoemd worden, zijn deze laatstgenoemde termen ingeburgerd – reden waarom in de onderhavige tekst gebruik gemaakt wordt van deze nieuwere begrippen.

---

<sup>45</sup> Bij deze waarborgen gaat het om behandeling binnen een redelijke termijn, toegang tot een bij wet ingestelde onafhankelijke rechterlijke instantie, openbare behandeling en dito uitspraak, de onschuldpresumptie waar het nemo tenetur-beginsel deel van uitmaakt, het recht op informatie, beschikbaarheid van voldoende tijd en faciliteiten voor de voorbereiding van de verdediging, het onmiddellijkheidsbeginsel, recht op rechtsbijstand, het recht getuigen te (doen) ondervragen, recht op tolk, recht op aanwezigheid ter terechtzitting, recht op tegenonderzoek, vgl. Den Hartog (2006).

<sup>46</sup> Kamerstukken II 2003/04-2005/06, 29 702, nr. 1-8.

Ondanks men in de Awb-IV een systematische onderscheiding tussen en nadere omschrijving van bestraffende en herstellende sanctie had mogen verwachten, wordt daar vooral een systematisch onderscheid gemaakt tussen herstelsanctie en de bestuurlijke boete,<sup>47</sup> waarmee prima vista de indruk gewekt wordt dat de bestuurlijke boete de enige bestraffende sanctie zou zijn. Het Nederlandse Juristen comité voor de Mensenrechten merkt in dit verband op: ‘*de redenering dat sancties die géén boete worden genoemd niet onder artikel 6 EVRM vallen, zal niet altijd opgaan*’.<sup>48</sup> Artikel 5.4.0.2 Awb-IV scheidt wel de mogelijkheid om de Titel 5.4 (Bestuurlijke boete) bij wettelijk voorschrift toepasselijk te verklaren op andere bestraffende sancties dan de bestuurlijke boete.

Bestraffende sancties zijn in het bestuursrecht, evenals in het strafrecht, gericht op vergelding middels leedtoevoeging aan een individueel persoon naar aanleiding van (tenminste) verwijtbaar gedrag. Bij aanwezigheid van een schulditsluitingsgrond of een rechtvaardigingsgrond kan geen straf worden opgelegd. De grondslagen en doelen die aan het strafrecht worden toegekend, kunnen analoog op het bestraffende administratieve recht worden geprojecteerd. In Nederland worden deze grondslagen en doelen gevonden in de verenigingstheorie: het gaat om vergelding door middel van opzettelijke leedtoevoeging, generale en speciale preventie, rehabilitatie en herstel. Net zoals in het strafrecht geldt ook bij bestraffende sancties dat zij *ultimum remedium* zijn.<sup>49</sup> De boete (hoe laag ook<sup>50</sup>) is de meest bekende, dat wil zeggen minst controversiële, bestraffende sanctie.

In tegenstelling tot bestraffende sancties, zijn herstelsancties niet gericht op de persoon van de normovertreder maar op herstel of beëindiging van een illegale situatie - zij kunnen daarom ook

<sup>47</sup> Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 4 (Advies Raad van State Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht), p. 12-14. In dit kader dient te worden opgemerkt dat in art. 5.0.2 lid 1 Awb-IV wel systematisch wordt onderscheiden tussen herstellende en bestraffende sancties (zie infra).

<sup>48</sup> Zie NJCM 24 juli 2002, *NJCM-commentaar op het voorontwerp vierde tranche Algemene wet bestuursrecht: handhaving volgens de toekomstige Awb*, p. 3.

<sup>49</sup> Vgl. Rogier (2006), p. 64, waarin deze auteur de *ultimum remedium*-eis toepasselijk acht voor bestuurlijke boetes – men dient er echter van uit te gaan dat deze eis analoog op alle bestraffende sancties van toepassing is.

<sup>50</sup> Zie EHRM 23 november 2006, appl.nr. 73053/01 (Jussila v. Finland).

*situationeel* worden genoemd.<sup>51</sup> Herstellende sancties kunnen, zodra er sprake is van een klaarblijkelijk gevaar voor overtreding, ook preventief worden toegepast.<sup>52</sup> Voorbeelden van herstelsancties zijn de last onder dwangsom en de toepassing van bestuursdwang. Verwijtbaarheid speelt in het kader van de herstellende sanctie geen rol. Ook al bestaat er een schulditsluitingsgrond kan toch een herstelsanctie worden uitgevaardigd. Blijkens een onderzoeksrapport van de Raad van State (RvS) is dit adviesorgaan van opvatting dat de zwaarte van een sanctie op zichzelf irrelevant is bij het antwoord op de vraag naar de aard van de sanctie.<sup>53</sup> Doorslaggevend is wel het oogmerk van het orgaan dat de sanctie oplegt. Behoudens de gevallen waarin er sprake is van een ‘*geobjectiveerd*’ oogmerk, zoals bij de bestuurlijke boete, kan volgens dit paradigma ook worden gesproken van een *subjectief* oogmerk.<sup>54</sup>

Hartmann & Van Russen Groen (1998), die kritiek uiten op het huns inziens beperkt onderscheidende vermogen van de term ‘punitief’, hanteren twee andere categorieën: origineire en secundaire publiekrechtelijke rechtsbetrekking. Bij de origineire rechtsbetrekking gaat het – kort gezegd - om een op een wettelijke grondslag baserende rechtsbetrekking, welke wederzijdse rechten en plichten schept. Als de overheid de burger na een schending van zijn verplichtingen uit de origineire rechtsbetrekking een andere verplichting oplegt die verder strekt dan de verplichtingen uit de oorspronkelijke rechtsbetrekking en oog heeft op het inprenten van de verwijtbaarheid van zijn schending van de origineire plichten, zal sprake zijn van een secundaire rechtsbetrekking. Het gaat aldus om een benadering onafhankelijk van individuele achtergronden en omstandigheden van het geval.<sup>55</sup>

De Awb-IV definieert herstelsanctie met: ‘*een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of*

<sup>51</sup> Zie Van Wijk e.a. (2002), p. 436; Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 4 (Advies Raad van State Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht), p. 17.

<sup>52</sup> Zie Rogier (2006), p. 59. Zie ook Van de Griend (2003), p. 18.

<sup>53</sup> Zie Van de Griend (2003), p. 17.

<sup>54</sup> Zie Van de Griend (2003), p. In het advies van de Raad van State op de vierde tranche van de Awb wordt enkel nog gesproken van een geobjectiveerd oogmerk – een criterium dat de Raad graag terug had gezien als onderscheidend criterium in de vierde tranche.

<sup>55</sup> Vgl. Hartmann & Van Russen Groen (1998), p. 83-92.

*beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding*'. De bestraffende sanctie wordt omschreven als: *'een bestuurlijke sanctie voorzover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen.'* Vanwege haar weinig differentiërende karakter stuitte deze laatstgenoemde definitie op bezwaren in het advies van de RvS.<sup>56</sup> Overigens dient te worden opgemerkt dat bij de herstelsanctie expliciet een preventief element is geïntroduceerd.

Specifieker over de intrekking van een vergunning blijkt uit de memorie van toelichting (MvT) van de Awb-IV op een enkele plaats terloops, namelijk bij de bespreking van de regeling aangaande cumulatie van herstelsancties (artikel 5.0.6 Awb-IV), dat deze intrekking kan gelden als bestraffende sanctie.<sup>57</sup>

### ***Bestraffende en herstelsanctie: Nederlandse jurisprudentie***

In de Nederlandse rechtspraak is de opvatting regel dat sluiting van horeca-inrichtingen,<sup>58</sup> ook in het geval van de grondslag van artikel 13b Opiumwet,<sup>59</sup> en intrekking van vergunningen,<sup>60</sup> ook van DHW-vergunningen<sup>61</sup> en op basis van de Wet BIBOB,<sup>62</sup> geen punitieve sancties zijn.

<sup>56</sup> Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 4 (Advies Raad van State Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht), p. 14.

<sup>57</sup> Het gaat om de twee zinnen: *'Ook in het bestuursrecht behoeft cumulatie van ongelijksoortige bestraffende sancties niet bij voorbaat te worden uitgesloten. Onder omstandigheden kan het redelijk zijn, dat wegens een overtreding bijvoorbeeld zowel een vergunning wordt ingetrokken als een bestuurlijke boete wordt opgelegd, zoals ook in het strafrecht bijvoorbeeld ontzegging van de rijbevoegdheid kan worden gecombineerd met een geldboete.'*, zie Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 88. Vgl. ook Hartmann & Rogier (2004), p. 1881.

<sup>58</sup> Bijv. ABRvS 26 april 2006, LJN: AW3969, 200509098/1; ABRvS 3 mei 2006, LJN: AW7324, 200508353/1.

<sup>59</sup> Zie bijv. ABRvS 5 januari 2005, LJN: AR8730, 200401581/1; Rb Middelburg 14 juli 2006, LJN: AY7268, 05/844. In deze gevallen gaat het middel van aanwezigheid van een bestraffende sanctie reeds niet op omdat het gaat om bestuursdwang welke onder geen omstandigheden geldt als bestraffende sanctie.

<sup>60</sup> Bijv. ABRvS 2 november 2005, nr. 200409073/1, AB 2006/20, LJN: AU5402.

<sup>61</sup> Bijv. ABRvS 27 maart 2002, LJN: AE0721, 200104490/1.

Er bestaan echter ook enkele uitzonderingen; bekend is bijvoorbeeld het gewezen geval van intrekking voor de duur van vier weken van een marktplaatsvergunning wegens wangedrag terwijl tegelijkertijd een (strafrechtelijke) taakstraf werd opgelegd – deze intrekking werd disproportioneel bevonden.<sup>63</sup>

Daarnaast achtte de ABRvS intrekking van de erkenning van uitvoering van APK-keuringen gedurende langere tijd wél een punitieve sanctie.<sup>64</sup> In 2005 gaf de ABRvS in een eerder aangehaalde uitspraak echter aan om te gaan. De overweging luidde: *‘[...] is de Afdeling thans van oordeel dat het met tijdelijke of blijvende intrekking [...] optreden tegen tekortkomingen [...] een vorm van bestuurlijk toezicht is waarmede is beoogd zoveel mogelijk tegengaan van die tekortkomingen in het algemeen belang [...] niet het met leedtoevoeging voorkomen van verwijtbare tekortkomingen en dat deze maatregelen derhalve niet van punitieve aard zijn’.*<sup>65</sup>

Volgens de Afdeling speelt de *‘ernst en het effect’* van de sanctie op de justitiabele op zichzelf geen rol als criterium aangaande punitiviteit.<sup>66</sup>

### ***Criminal charge***

De Nederlandse interpretatie van het begrip *bestraffende sanctie* is volgens de wetgever en de jurisprudentie congruent, dit althans in belangrijke mate (of zou dit althans moeten zijn), met de notie van

---

<sup>62</sup> Bijv. Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 6 juli 2006, LJN: AX8291, AWB 06/2259HOREC.

<sup>63</sup> Bijv. ABRvS 30 maart 2001, LJN: AB1224, Raad van State, 199903301/1;

<sup>64</sup> Zie bijv. ABRvS 10 februari 2000, AB 2000/145, nr. H01.99.0607 (m.nt. MSV); ABRvS 6 mei 1999, AB 282.

<sup>65</sup> ABRvS 2 november 2005, nr. 200409073/1, AB 2006/20, LJN: AU5402, rov. 2.5.

<sup>66</sup> Zie ABRvS 2 november 2005, nr. 200409073/1, AB 2006/20, LJN: AU5402, rov. 2.5: *‘De ernst van het effect van de maatregel op de bedrijfsvoering is op zichzelf niet bepalend voor het al dan niet punitieve karakter van de maatregel.’*

‘*criminal charge*’ in artikel 6 EVRM,<sup>67</sup> welke naast ‘*determination of civil rights and obligations*’ één van de twee domeinen behelst die onder reikwijdte van dit artikel vallen.<sup>68</sup> De criteria zijn en worden op supranationaal niveau ontwikkeld in het *case-law* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM); *criminal charge* dient autonoom te worden opgevat.

De classificatie van de sanctie in de systematiek van het nationale recht is weliswaar van belang, maar kan op zich niet doorslaggevend zijn omdat zij anders misbruikt zou kunnen worden om de waarborgen die het EVRM beschermt, te ontwijken.<sup>69</sup> Naast dit criterium van de inbedding in het nationale recht, gelden sinds rond twee decennia twee andere alternatieve criteria, namelijk de aard van de normovertredende gedraging<sup>70</sup> en doel, aard en ernst van de maatregel (onder andere het karakter: ‘*deterrent and punitive*’).<sup>71</sup> Van belang zijn daarnaast de aard van de procedure bij voorbereiding en tenuitvoerlegging van de maatregel en een eventueel gelijktijdige of voorgaande strafrechtelijke veroordeling voor dezelfde gedraging.<sup>72</sup>

Een intrekking van de rijbevoegdheid werd door het EHRM één keer wel onder *criminal charge* geschaard<sup>73</sup> en een andere keer niet.<sup>74</sup> In het eerste geval, meer recent, overwoog het hof onder verwijzing naar oudere uitspraken: ‘*What is more, in the view of the Court, the severity of the measure –suspension of the applicant’s driving licence for 18 months – was in itself so significant, regardless of the context of his criminal conviction, that it could*

<sup>67</sup> Zie respectievelijk bijv. Kamerstukken II 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 27; ABRvS 27 maart 2002, AB 2002, 195 (m.nt. ARN) en ABRvS 2 november 2005, nr. 200409073/1, AB 2006/20, LJN: AU5402.

<sup>68</sup> Over de dan toepasselijke criteria zie nt. 45.

<sup>69</sup> Zie bijv. Den Hartog (2006).

<sup>70</sup> Zie bijv. EHRM 2 september 1998, nr. 4/1998/907/1119 (Lauko); EHRM, 21 februari 1984, NJ 1988/937, (Öztürk v. Germany).

<sup>71</sup> Zie bijv. EHRM, 21 februari 1984, NJ 1988/937, (Öztürk v. Germany); EHRM 24 februari 1994, NJ 1994/496 (Bendenoun); EHRM 13 december 2005, AB 2006/285, appl.nr. 73661/01 (Nilsson v. Zweden)

<sup>72</sup> Bijv. EHRM 9 februari 1995, appl.nr. 17440/90, NJ 1995/606 (Welch v. UK) (m.nt. Kn).

<sup>73</sup> EHRM 13 december 2005, AB 2006/285, appl.nr. 73661/01 (Nilsson v. Zweden).

<sup>74</sup> EHRM 28 oktober 1999, appl.nr. 26 780/95 (Escoubet v. Belgium).

*ordinarily be viewed as a criminal sanction*'.<sup>75</sup> Het lijkt daarmee vast te staan dat de zwaarte van de maatregel een element is dat op zich een dragend criterium kan zijn<sup>76</sup> – in afwijking tot de Nederlandse rechtspraak van de Afdeling waar het criterium weliswaar meespeelt maar geen overrullend karakter wordt toegekend.

Noemenswaardig is in dit verband dat de korte duur van een intrekking van rijbevoegdheid in een andere Straatsburgse zaak leidde tot het oordeel dat de maatregel door deze korte duur geacht moest worden preventieve doelen te hebben en ook door de afwezigheid van *'significant prejudice'* geen bestraffende sanctie aanwezig geacht werd.<sup>77</sup> Hieronder zal blijken dat de korte duur ook juist uitgelegd kan worden als een indicatie voor aanwezigheid van een bestraffende sanctie en een lange duur juist als indicatie voor een herstellende sanctie.

### ***Ernst van intrekking en/of sluiting voor de exploitant***

Kort durende sluitingen van openbare inrichtingen, te denken valt aan de twee weken durende spoedsluiting zoals (uitsluitend) toegepast in het geval van de schietpartij buiten de Rotterdamse discotheek Now&Wow in december 2006, kunnen (behoudens bijzondere omstandigheden) niet worden geacht ernstig nadeel teweeg te brengen; zij zullen niet gepaard gaan met een significante inkomstenderving of ander ernstig nadeel.

Al bij de volgens Rotterdams beleid lichtste categorie van herhaalde incidenten kan wél sprake zijn van ernstig nadeel, zeker nu volgens beleid tegelijkertijd voor dezelfde duur (tot 1 jaar, zie p. 12) ook de exploitatievergunning zal worden ingetrokken, waarmee ook 'droge' exploitatie gedurende deze periode onmogelijk wordt.

Sluitingen voor onbepaalde tijd, net zoals intrekking van de vergunningen voor onbepaalde tijd, hebben zonder enige twijfel

---

<sup>75</sup> EHRM 13 december 2005, AB 2006/285, appl.nr. 73661/01 (Nilsson v. Zweden).

<sup>76</sup> Vóór de zaak Nilsson tegen Zweden (2005) werd dit zelfstandige karakter nog niet aangenomen, zie Houdijker (2006a), p. 240.

<sup>77</sup> EHRM 28 oktober 1999, appl.nr. 26 780/95 (Escoubet v. Belgium).

ernstig nadeel tot gevolg. Het gevaar van faillissement, niet alleen van een drijvende rechtspersoon maar onder omstandigheden ook van de exploitant zelf, is dan onder omstandigheden niet geheel denkbeeldig. Sluiting voor onbepaalde tijd zal tevens een waardevermindernd effect hebben op de vastgoedprijs.

De meest ingrijpende maatregel *an sich* lijkt de in het Rotterdamse handhavingsarrangement genoemde mogelijkheid van de aankondiging dat gedurende vijf jaar na het incident ook in andere gemeenten geen DHW-vergunning meer zal (kan) worden verleend (zie 3c, p. 9). Een dergelijke maatregel komt neer op een beroepsverbod en zal de getroffen dwingen een ander vak te kiezen. Overigens is mij niet bekend wat de expliciete wettelijke basis is voor deze maatregel. Dat een dergelijke maatregel geen dode letter is, blijkt onder meer uit het geval van de exploitant van de in 1997 gesloten discotheek 'La Xala'. Hem werd een dergelijk verbod opgelegd ondanks dat het bewijs van het in de strafrechtelijke procedure telastegelegde strafbare feit onrechtmatig verkregen was en hij dientengevolge in deze procedure werd vrijgesproken.

### ***Bestraffend / herstellend: beperkt onderscheidend vermogen?***

Uit het voorgaande blijkt dat de hier bedoelde intrekkingen en sluiting volgens de Nederlandse jurisprudentie niet als bestraffende sancties worden aangemerkt, in weerwil van de opvatting van Van Wijk e.a. (2002) in de passage die luidt: *'Nemen we de caféhouder die een muziekvergunning heeft maar die voor ontoelaatbare hinder zorgt, doordat hij zich niet aan de vergunningsvoorschriften houdt. Wanneer de overtredingen, en daarmee de hinder, ondanks waarschuwingen blijven voortduren, zal de burgemeester de vergunning voor beperkte tijd intrekken. Dat is een waarschuwingachtige intrekking: 'het is menens'; we hebben hier te maken met een puur punitieve sanctie [(...)]. Is het korte tijd later weer mis, dan wordt de vergunning wellicht voor een half jaar ingetrokken. [...] Deze intrekking heeft een gemengd karakter: rust voor de buurt (herstelsanctie), maar tegelijkertijd een forse tik voor de caféhouder, als zwaardere waarschuwing (punitief). Gaat het daarna toch weer mis met de muziek, dan zal de burgemeester de vergunning wellicht*

*Bestraffende of herstelsanctie – een gepasseerd onderscheid?  
Bestuurlijke handhaving in het kader van Rotterdamse horeca  
Floriaan Went, 2007*

*helemaal intrekken: een herstelsanctie, die de buurt de rust wil verzekeren waarop ze aanspraak kan maken.*<sup>78</sup>

Deze passage in het licht van de genoemde Straatsburgse jurisprudentie waar uit de tijdelijk begrensde intrekking juist geen bestraffende aard werd afgeleid, legt het beperkt onderscheidende vermogen van de indeling in punitieve en reparatoire, bestraffende en herstellende sancties bloot. Dat de twee niet altijd even goed te scheiden zijn, blijkt ook uit de omstandigheid dat zich in de (strafrechtelijke) doctrine de relatieve noch de vergeldingstheorie finaal heeft kunnen profileren ten koste van de ander: de aanvaarding van de verenigingstheorie is een uitvloeisel van het inzicht dat (strafrechtelijke) sancties herstellend, preventief of vergeldend zijn, *naar gelang van de categoriserende en zijn opvattingen*.

Dit geldt in veel gevallen *mutatis mutandis* voor bestuurlijke sancties. Een omstandigheid die mijns inziens met zich meebrengt dat het (subjectieve) oogmerk van het sanctionerende orgaan als ijkpunt vatbaar is voor misbruik, wat het naar mijn mening als criterium tegelijkertijd diskwalificeert. Bij een groot aantal mogelijke sancties zou plausibel kunnen worden gesteld dat zij geen leedtoevoeging maar enkel preventie beogen - met een dergelijk exclusief beroep op het speciaal- en vooral generaalpreventieve karakter van zelfs een bestuurlijke boete die hoger is dan de schade die de normovertredende gedraging tot stand bracht, zou elk punitief element kunnen worden ontkend en ontkracht en de extra rechtsbescherming die bestraffende sancties eisen daarmee kunnen worden omzeild. Naar mijn mening biedt het (subjectieve) oogmerk als ijkpunt om die reden niet de nodige doeltreffendheid.<sup>79</sup> In tegendeel, ik zou in Rotterdamse context dan toch discussies ter terechtzitting vrezen over bijvoorbeeld de vraag of doorslaggevend kan zijn dat het Rotterdamse handhavingarrangement overkoepelend

---

<sup>78</sup> Van Wijk e.a. (2002), p. 437; geciteerd in Van de Griend (2003), p. 19.

<sup>79</sup> Ik wijd hier deze overwegingen aan het 'subjectieve' oogmerk omdat ik meen dat de RvS in het rapport van Van den Griend (2003), p. 18, door te spreken van een 'in wezen subjectief begrip' dat (enkel?) 'inzoverre' is geobjectiveerd dat de bestuurlijke boete altijd als bestraffende sanctie geldt (en dwangsom en bestuursdwang niet), de deur naar de subjectiviteit naar mijn gevoel meer dan op een kier lijkt open te zetten.

en in het algemeen spreekt van ‘*repressief*’<sup>80</sup> bestuursrechtelijk optreden... *Begriffsjurisprudenz*. Een centraal probleem van het onderscheid tussen bestraffende en herstelsancties blijkt toch dat bestuursrechtelijke sancties in een groot aantal gevallen onvermijdelijk zowel een herstellend, preventief als ook een leedtoevoegend element in zich dragen (althans op geloofwaardige wijze toegekend kan worden) – het oogmerk blijkt in grote mate ‘kneedbaar’.

Ook het geobjectiveerde oogmerk als ijkpunt dunkt mij niet bevredigend, zeker niet als het enkel ertoe strekt de bestuurlijke boete als bestraffend en de dwangsom en bestuursdwang als herstellend te categoriseren. Het criterium bevredigt naar mijn opvatting evenmin als de eerder genoemde categorieën van Hartmann & Van Russen Groen (1998) omdat ook zij voorbij gaan aan de omstandigheden van het geval, in het bijzonder de mogelijke ‘*ernst en effect*’ van de maatregel.

## ***Conclusie***

Zoals duidelijk werd, komen in Rotterdam niet weinig sluitingen en intrekkingen van betreffende vergunningen voor: ze lijken geen *ultimum remedium*. Naast de maatregelen op grond van de Wet BIBOB, artikel 13b Opiumwet en wegens illegale tewerkstelling (althans in 2005) hebben veel maatregelen betrekking op een incident zoals hierboven onder 2a genoemd en wordt door de burgemeester nadrukkelijk verwijtbaarheid van de exploitant gesteld. Terwijl vaker toch nader onderzoek nodig zou zijn om met een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid aan te kunnen nemen dat die verwijtbaarheid daadwerkelijk aanwezig is, wordt de stelling van de burgemeester door de rechter niet indringend getoetst. Ook niet als het gaat om een sluiting of intrekking van een jaar of voor onbepaalde tijd - bij sancties die voor de justitiabele uiterst ingrijpend kunnen zijn.

---

<sup>80</sup> Volgens de online editie van Van Dale Hedendaags Nederlands heeft het woord ‘*repressie*’ de juridische betekenis van ‘*straf*’, zie <http://www.vandale.nl/opzoeken/woordenboek/?zoekwoord=repressie>.

Waar gehakt wordt, vallen spaanders; in de gretige en harde handhavingscultuur ten aanzien van de Rotterdamse horeca lijkt het gevaar op onjuiste besluiten groot en daarom het belang van effectieve rechtsbescherming evident. De opvatting dat intrekkingen van DHW-intrekkingen, van exploitatievergunning en sluitingen van openbare inrichtingen geen bestraffende sancties zouden zijn, met haar gevolg dat deze besluiten aan een indringende toets onttrokken worden, doet geen recht aan de zwaarte van de sanctie en de grote belangen die voor de justitiabele op het spel kunnen staan. De achterliggende argumentatie is strijdig met Straatsburgse jurisprudentie, gaat voorbij aan de ratio van *fair play* in het EVRM en is inhoudelijk zwak. Aanvaarding van het zelfstandige karakter van het criterium van de zwaarte van de sanctie is om verdragsrechtelijke redenen onmisbaar,<sup>81</sup> het dunkt me bovendien onontbeerlijk uit een oogpunt van respect voor de persoonlijke levenssfeer van burgers – zij het meer in morele dan in juridische zin. Efficiency overwegingen zouden naar mijn idee niet in de weg mogen staan aan een effectieve rechtsbescherming in gevallen waarin zware sancties worden opgelegd<sup>82</sup> – al zweert het bestuur bij hoog en laag dat de sanctie geen bestraffend effect wil sorteren en gaat het erbij niet om een secundaire rechtsbetrekking.

### *Literatuur*

Blomberg (2004)

Blomberg, A.B., *Handhaven binnen EVRMgrenzen*, VAR-preadvies, VAR-reeks 132, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004

Den Hartog (2006)

Den Hartog, J. D., 'Aant. 3, De systematiek van art. 6 EVRM', in: Melai c.s., *Het wetboek van strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint (losbl.) 2006

Hartmann & Rogier (2004)

Hartmann, A.R. & Rogier, L.J.J., 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb', NJb, afl. 36, 2004

---

<sup>81</sup> Vgl. Blomberg (2004), p. 187-188; Den Houdijker (2006b). Vgl. ook T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik in hun noot onder EHRM 13 december 2005, AB 2006/285, appl.nr. 73661/01 (Nilsson v. Zweden).

<sup>82</sup> Vgl. Den Houdijker (2006c), p. 5.

Hartmann & Van Russen Groen (1998)

Hartmann, A. R. & Van Russen Groen, P. M., *Contouren van het bestuursstrafrecht*, (Diss. Erasmus Universiteit Rotterdam) Rotterdam: 1998

Den Houdijker (2006a)

Den Houdijker, F.M.J., 'Punitief karakter ongewenstverklaring, -signalering en rechtsbescherming', *Migrantenrecht*, afl. 6/7, 2006, p. 239-243.

Den Houdijker (2006b)

Den Houdijker, F.M.J., *Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?*, VAR-advies, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

Den Houdijker (2006c)

Den Houdijker, F.M.J., *Verslag van de Jaarvergadering van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Afdeling Publiekrecht, 25 november 2006, p. 5

Merx (2006)

Merx, C. J. A. M., 'Horeca en coffeeshops', in: Michiels, F.C.M.A. & Muller, E.R. (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer, 2006

NJCM 24 juli 2002, *NJCM-commentaar op het voorontwerp vierde tranche Algemene wet bestuursrecht: handhaving volgens de toekomstige Awb*

Rogier (2006)

Rogier, L. J. J., 'Handhaving en sancties', in: Michiels, F.C.M.A. & Muller, E.R. (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer, 2006

Schueler (2000)

Schueler, B. J., 'Aant. 3, Evenredigheid', in: Koeman, N.S.J. (red.), *Handboek Algemene wet bestuursrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer, 2000

Van Wijk e.a. (2002)

Van Wijk, H. D., Konijnenbelt, W. & Van Male, R. M., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 2002

### ***Jurisprudentie***

ABRvS 2 november 2005, nr. 200409073/1, AB 2006/20, LJN: AU5402

ABRvS 3 mei 2006, LJN: AW7324, 200508353/1

ABRvS 4 juli 2001, AB 2002, 6 (m.nt. JGB/AES)

ABRvS 5 januari 2005, LJN: AR8730, 200401581/1

*Bestraffende of herstelsanctie – een gepasseerd onderscheid?  
Bestuurlijke handhaving in het kader van Rotterdamse horeca  
Floriaan Went, 2007*

ABRvS 6 mei 1999, AB 282

ABRvS 10 feburari 2000, AB 2000/145, nr. H01.99.0607 (m.nt. MSV)

ABRvS 26 april 2006, LJN: AW3969, 200509098/1

ABRvS 27 maart 2002, AB 2002, 195 (m.nt. ARN)

ABRvS 27 maart 2002, LJN: AE0721, 200104490/1

ABRvS 30 maart 2001, LJN: AB1224, Raad van State , 199903301/1

EHRM 2 september 1998, nr. 4/1998/907/1119 (Lauko)

EHRM 9 februari 1995, appl.nr. 17440/90, NJ 1995/606 (Welch v. UK) (m.nt. Kn)

EHRM 13 december 2005, AB 2006/285, appl.nr. 73661/01 (Nilsson v. Zweden)

EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/937, (Öztürk v. Germany)

EHRM 23 november 2006, appl.nr. 73053/01 (Jussila v. Finland)

EHRM 24 februari 1994, NJ 1994/496 (Bendenoun)

EHRM 28 oktober 1999, appl.nr. 26 780/95 (Escoubet v. Belgium)

Rb Almelo 17 april 2001, LJN: ZF5436, 00/799 HOREC H1 A

Rb Maastricht 25 juli 2003, LJN: AH8862, AWB 03/685 WET VV

Rb Middelburg 14 juli 2006, LJN: AY7268, 05/844

Rb Middelburg 14 juli 2006, LJN: AY7268, 05/844

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 6 juli 2006, LJN: AX8291, AWB 06/2259HOREC

### ***Beleidsstukken***

Beschikking van de Staatssecretarissen van Sociale Zaken en Volksgezondheid en van Economische Zaken 8 augustus 1967 tot aanwijzing toezicht Drank- en Horecawet, Stcrt. 1967m 168, zoals nadien gewijzigd

Bijlage bij Kamerstukken TK 2005/06, 29515, nr. 102 (Minder Regels en Papierwerk in de Horeca)

*Bestraffende of herstelsanctie – een gepasseerd onderscheid?  
Bestuurlijke handhaving in het kader van Rotterdamse horeca  
Floriaan Went, 2007*

Gembl. 27 maart 2007, nr. 47, *Mandaatbesluit inzake adviesaanvragen Wet BIBOB betreffende openbare inrichtingen 2007 (bij APV)*, inwerkingtreding 5 april 2007

Gembl. Rotterdam 11 juni 2000, nr. 49, *Verordening beperking drankvestrekking*, inwerkingtreding 27 juni 2000

Gembl. Rotterdam 27 maart 2007, nr. 45, *Mandaatbesluit inzake openbare inrichtingen 2007 (bij APV)*, inwerkingtreding 5 april 2007

Van de Griend (2003)

Van de Griend, B. J., *Het oogmerk als ijkpunt, Bestuurlijke sancties in bestuursrechtspraak en wetgevingsadvisering*, Den Haag: Raad van State 2003

Horecanota Rotterdam 2007-2011

Bureau BIBOB, *Jaarverslag 2005*, Dienst Justis, Ministerie van Justitie, 2006

Jaarverslag Bestuurlijke Handhaving 2005, 'Handhaven helpt!', Directie Veiligheid Gemeente Rotterdam 2006

Kamerstukken II 2003/04-2005/06, 29 702, nr. 1-8

Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 4 (Advies Raad van State Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht)

Kamerstukken II 2005/06, 29 515

Kamerstukken II 2005/06, 29 515, nr. 140 (Meibrief Vereenvoudiging Vergunningen)

Rapport 'De Ondernemersgerichte Algemene Plaatselijke Verordening' (bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 29 515, nr. 183)

Vijfjarenactieprogramma Veilig Rotterdam 2006-2010, 'Samen werken aan veiligheid: voorkomen en handhaven', Rotterdam 2006

*Bestraffende of herstelsanctie – een gepasseerd onderscheid?  
Bestuurlijke handhaving in het kader van Rotterdamse horeca  
Floriaan Went, 2007*