

Ne bis in idem-beginsel anno 2020

Duo sanctiones in idem, sed nemo debet bis vexari

Masterscriptie Strafrecht, definitieve versie – Erasmus universiteit Rotterdam

Student: K. Akça

Studentnummer: 377587

Begeleider: mr. C.L. van der Vis

Tweede lezer: prof. mr. dr. P.A.M. Verrest

Derde lezer: mr. dr. J.S. Nan

Datum: 21 juni 2020

Aantal woorden: 29.502

Afkortingenlijst

ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
BW	Burgerlijk Wetboek
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Gemw	Gemeentewet
Handvest	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
Ow	Opiumwet
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
WED	Wet Economische Delicten
Wp	Wet personenvervoer 2000

Inhoud

Afkortingenlijst	2
1. Inleiding.....	5
1.1. Aanleiding	5
1.2. Relevantie	7
1.3. Onderzoeksmethoden, begrenzing en afbakening	8
1.4. Probleemstelling.....	10
1.5. Deelvragen	10
2. Het bepaalde in de artikelen 10a, 11a en 13b, eerste lid, sub b, Opiumwet	11
2.1. Inleiding	11
2.2. De inhoud van het bepaalde in artikel 10a Opiumwet.....	11
2.2.1. De delictsomschrijving en bestanddelen	12
2.2.2. Enkele additionele opmerkingen.....	14
2.3. De inhoud van het bepaalde in artikel 11a Opiumwet.....	15
2.3.1. De delictsomschrijving en bestanddelen	15
2.4. De inhoud van het bepaalde in artikel 13, eerste lid, sub b, Opiumwet	19
2.4.1. De wettelijke omschrijving.....	19
2.5. De verhouding van de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, 11a en 13b, eerste lid, sub b, Opiumwet tot elkaar	22
2.5.1. De redenen en doelen van de invoering.....	22
2.5.2. De achterliggende rechtsgoederen	24
2.5.3. De opgelegde sanctie.....	28
2.6. Tussenconclusie.....	30
3. Het ne bis in idem-beginsel	32
3.1. Inleiding	32
3.2. Algemeen.....	32
3.3. De invulling van het ne bis in idem-beginsel door de Hoge Raad	33
3.3.1. De wettelijke (on)mogelijkheden	34
3.3.2. De niet-wettelijke mogelijkheid	35
3.4. De invulling van het ne bis in idem-beginsel door het EHRM.....	38
3.4.1. <i>Criminal proceedings</i>	39
3.4.2. <i>Finally</i> vrijgesproken of veroordeeld	43
3.4.3. <i>Idem</i>	44
3.4.4. <i>Bis</i>	46
3.5. Tussenconclusie.....	53
4. De artikelen 10a, 11a en 13b, eerste lid, sub b Opiumwet en internationale maatstaven	55

4.1.	Inleiding	55
4.2.	Het bepaalde in artikel 13b, eerste lid sub b, Opiumwet een <i>criminal charge</i> ?.....	55
4.2.1.	Stap 1: de kwalificatie naar nationale wetgeving.....	55
4.2.2.	Stap 2: de aard van de overtreding	55
4.2.3.	Stap 3: de ernst van de sanctie.....	60
4.2.4.	Recapitulatie.....	62
4.3.	Is er sprake van een ' <i>sufficiently close connection</i> ' in zowel ' <i>substance</i> ' als ' <i>time</i> '?.....	63
4.3.1.	Het vereiste <i>idem</i>	64
4.3.2.	Een aanvaardbare cumulatie van twee <i>criminal proceedings</i>	64
4.3.3.	De feitenverzameling door één autoriteit.....	66
4.3.4.	De beoordeling en interpretatie van de feiten door één autoriteit	67
4.3.5.	Een ' <i>sufficiently close connection</i> ' in ' <i>time</i> '.....	73
4.3.6.	Proportionele sanctieoplegging.....	73
4.4.	Tussenconclusie.....	75
5.	Besluit.....	77
5.1.	Inleiding	77
5.2.	Conclusie.....	79
	Literatuurlijst	81
	Literatuur.....	81
	Kamerstukken.....	84
	Jurisprudentie.....	85
	Nationaal	85
	Internationaal	92
	Overig.....	95
	Bijlage I.....	96

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

In 1996 deed de commissie Van Traa de aanbeveling om bij georganiseerde en ondermijnende criminaliteit niet alleen strafrechtelijk op te treden, maar ook via het bestuursrecht. Met een ‘*gewapend bestuursrecht*’ moest preventie van met name georganiseerde criminaliteit worden bewerkstelligd.¹ Onder meer deze ontwikkeling heeft ertoe geleid, dat de burgemeester steeds meer betrokken is geraakt bij het strafrecht. Daartoe was er voorts een toereikende juridische grondslag. Ingevolge artikel 172, eerste lid, Gemeentewet (hierna: Gemw) is de burgemeester immers (in bestuursrechtelijke zin) exclusief belast met de handhaving van de openbare orde. Bovendien staat het vast, dat de openbare orde in het geding kan zijn bij strafbare feiten.² De burgemeester heeft dan ook ontegenzeggelijk altijd al een rol gehad bij de bestrijding van criminaliteit.³ Ondanks dat het begrip openbare orde in de zin van artikel 172, eerste lid, Gemw geen eenduidige definitie kent, is door de wetgever gepoogd een richtinggevende omschrijving te formuleren. Deze omschrijving is: “(...) *de daadwerkelijke voorkoming en beëindiging van zich concreet voordoende of dreigende verstoringen van de openbare orde enerzijds en de algemene, bestuurlijke voorkoming van strafbare feiten anderzijds*”.⁴

De rol van de burgemeester bij de bestrijding van criminaliteit is vooral preventief van aard. Een goed voorbeeld van preventie van strafbare feiten is (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Opiumwet (hierna: Ow), op grond waarvan de burgemeester handhavend kan optreden om drugsverkoop en -gebruik vanuit/in een pand te beletten.⁵ Op 1 januari 2019 is aan het instrumentarium van de burgemeester artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow toegevoegd.⁶ Deze bevoegdheid heeft echter een ander karakter. De bevoegdheid lijkt immers te ontstaan, indien sprake is van strafbare feiten als bedoeld in de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Ow. Strafbare feiten die zelfs in het strafrecht niet eenvoudig zijn vast te stellen.⁷ Het voorgaande doet derhalve vermoeden, dat de burgemeester zich moet mengen in een (strafrechtelijke)

¹ Zie *Kamerstuk* 1995/96, 24072, nr. 11, p. 401.

² Zie A.H.M. Dölle & D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlands gemeenterecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2004, p. 389-390.

³ Zie bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 29911, nr. 223, p. 21.

⁴ Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 19403, nr. 16, p. 37-38.

⁵ Zie voor nadere duiding B. van der Vorm, ‘De straffende burgemeester: een gevaar voor het strafrecht?’, *DD* 2017/9, p. 5-6 (van 13).

⁶ Ingevoegd bij wet van 12 december 2018, *Stb.* 2018, 481.

⁷ Zie o.a. de principieel andersluidende oordelen over de reikwijdte van voorbereidingshandelingen (weliswaar) op grondslag van artikel 46 Wetboek van Strafrecht van de Rechtbank en het Gerechtshof in de zogenaamde ‘26koper’-zaak: Rechtbank Amsterdam 28 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7769 en Gerechtshof Amsterdam 11 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:942. Zie voor kritische ontvangst van artikel 10a Ow N. Keijzer, *Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen*, Arnhem: Gouda Quint 1983; M. Rutgers, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

aansprakelijkheidsdiscussie. Indien artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow als een punitieve sanctie kan worden aangemerkt, betekent het echter niet zonder meer dat de burgemeester de grenzen van zijn bevoegdheden in de zin van artikel 172, eerste lid, Gemw overschrijdt. De wet kent namelijk de burgemeester een aantal punitieve bevoegdheden toe.⁸ Het voorgaande dwingt tot de conclusie, dat de burgemeester ook punitief kan optreden.⁹

Er is daarentegen m.i. een ogenschijnlijk groter probleem. De wet bevat namelijk geen enkele regeling over de samenloop van deze bestuursrechtelijke sanctie – die eventueel en onvoorzien als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) kan worden aangemerkt – met een strafvervolgning. Ook in de jurisprudentie is er terughoudendheid bij de externe samenloop in dergelijke gevallen.¹⁰ Volgens De Hullu is terughoudendheid begrijpelijk, omdat het de taak van de wetgever is om stelsels op elkaar af te stemmen.¹¹ Het primaat ligt uiteraard altijd bij de wetgever en tot zover ben ik het dan ook met De Hullu eens. Deze terughoudendheid lijkt echter ook negatieve consequenties te hebben. De belangrijkste consequentie is, dat volgens de huidige koers van de Hoge Raad, behoudens uitzonderlijke gevallen, ervan uitgegaan dient te worden dat er geen rechtsbeginsel bestaat dat de samenloop van een bestuursrechtelijke sanctie – niet zijnde een bestuurlijke boete in de zin van artikel 5:40 Algemene Wet Bestuursrecht en die onvoorzien als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM kan worden aangemerkt – met een strafvervolgning verbiedt.¹² Slechts in zogenaamde uitzonderlijke gevallen verzet het beginsel dat ten grondslag ligt aan artikel 68 Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) tegen een cumulatie met een strafvervolgning, namelijk: de beginselen van een goede procesorde.¹³ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) lijkt daarentegen een andere visie te hebben.¹⁴ De rechtspraak van het EHRM op grondslag van artikel 4, zevende protocol, EVRM staat slechts samenloop van (bepaalde) sancties toe, indien sprake is van *'sufficiently close*

⁸ Zie Van der Vorm, *DD* 2017/9, p. 3 en 8 (van 13).

⁹ Hierover valt enorm veel op te merken, maar het valt buiten het bestek van het onderwerp. Zie o.a. B. van der Vorm, 'Bespiegelingen over de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht', *RegelMaat* 2017/32, p. 347-348; L.J.J. Rogier, *Bestuursrecht of strafrecht. Instrumentaliteit of moraliteit?* (afscheidsrede Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 15-16; J.J.J. Sillen, 'Straffend bestuur, de rechter en de Grondwet', *RMThemis* 2014, p. 36-37; bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 29911, nr. 223, p. 31.

¹⁰ Zie HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, rov. 4.3.2., *AB* 2015/159, m.nt. R. Stijnen. Bevestigd in HR 2 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1818, rov. 2.3, *NJ* 2018/403.

¹¹ Zie J. De Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 564.

¹² Zie o.a. Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2007:AZ7078, bij HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, o. 10, *NJ* 2007/181. Zie bevestiging HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, rov. 3.5., *NJ* 2007/181.

¹³ Zie HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, rov. 4.4., *AB* 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

¹⁴ Zie o.a. EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 51-52 & 118, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

connection' in zowel *'substance*' als in *'time*'.¹⁵ Derhalve is de vraag in hoeverre de huidige koers van de Hoge Raad nog houdbaar is in het licht van de jurisprudentie van het EHRM.

Het zevende protocol van het EVRM is niet geratificeerd door het Koninkrijk.¹⁶ Desondanks zijn er redenen om rekening te houden met de jurisprudentie van het EHRM op grondslag van artikel 4, zevende protocol, EVRM. Daartoe dwingt namelijk het bepaalde in artikel 50 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest). Allereerst heeft artikel 50 Handvest, blijkens het publicatieblad, dezelfde inhoud en reikwijdte als het bepaalde in artikel 4, zevende protocol, EVRM.¹⁷ Voorts lijkt het Hof van Justitie van de Europese Unie de huidige koers van het EHRM te volgen.¹⁸ Dientengevolge ligt – zoals A-G Hartevelde heeft geconcludeerd – het gevaar op de loer, dat er een rechtsorde *'à deux vitesses*' ontstaat.¹⁹ Een concreet voorbeeld van een dergelijk gevaar is makkelijk te geven binnen het bestek van dit onderwerp. Het bepaalde in artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow is thans onderdeel van de uitvoering van secundair Unierecht.²⁰ Ingevolge artikel 51 van het Handvest is daardoor onder meer artikel 50 Handvest van toepassing. Het voorgaande betekent, dat bij de toepassing van artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow (via de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie) de jurisprudentie van het EHRM op grondslag van artikel 4, zevende protocol, EVRM van toepassing is. Dit geldt niet voor het bepaalde in artikel 11a Ow. Ons hoogste rechtscollege – dat ingevolge artikel 81 Wet op de Rechtelijke Organisatie is belast met het dienen van onder meer de rechtseenheid – heeft het gevaar van een rechtsorde *'à deux vitesses*' willen voorkomen. Om deze reden heeft hij bepaald, dat artikel 4, zevende protocol, EVRM van belang is voor de gedachtevorming over de toepassing van artikel 68 Sr.²¹ Daarmee is de waarde van artikel 4, zevende protocol, EVRM gegeven.²²

1.2. Relevantie

Het onderzoek is m.i. relevant, omdat de burgemeester en (vooralsnog) bestuursrechter ervan uitgaan, dat artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow een zuiver reparatoire sanctie is.²³ Het zou echter

¹⁵ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 113, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

¹⁶ Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29800 VI, nr. 9, p. 1-2.

¹⁷ Zie *PbEU* 2007, C 303/31.

¹⁸ Zie HvJ EU 20 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:197, par. 60-63 *V-N* 2018/20.7, m.n. red. (Luca Mengi).

¹⁹ Zie concl. A-G A.E. Hartevelde, ECLI:NL:PHR:2015:8, bij HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:324, o. 8.26., *AB* 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

²⁰ Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30339, nr. 3, p. 10.

²¹ Zie HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, rov. 2.7.1., *NJ* 2011/394, m.nt. Y. Buruma.

²² Zie ook uitgebreide behandeling van de jurisprudentie van het EHRM in o.a. concl. A-G A.E. Hartevelde, ECLI:NL:PHR:2017:1454 bij HR 16 januari, ECLI:NL:HR:2018:23, *NJ* 2018/64; concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2018:772 bij HR 2 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1818, *NJ* 2018/403, m. red. aant.

²³ Zie o.a. Rechtbank Amsterdam 12 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8297, rov. 8.; ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:617.

zomaar eens kunnen dat het toch als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM kan worden aangemerkt, waardoor de effectuering van de bevoegdheid mogelijk een vervolgingsbeletsel vormt voor het openbaar ministerie in verband met het ne bis in idem-beginsel in de zin van artikel 4, zevende protocol, EVRM. Voorts kan een eventuele cumulatie van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow met artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow en/of artikel 11a Ow worden gezien als een concrete uitwerking, waarbij wordt getracht om (niet hét, maar) een antwoord te formuleren op een veel breder bestaand (en steeds verder uitbreidend) probleem. Er is immers een grijs gebied ontstaan tussen het bestuurs- en strafrecht, waarbinnen het niet meer goed mogelijk is om een grens te trekken.²⁴ Derhalve bestaat bij steeds meer bestuursrechtelijke sancties het gevaar, dat deze onvoorzien als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM kunnen worden aangemerkt. Daarentegen geeft wet noch nationale jurisprudentie in deze gevallen handvatten voor een eventuele samenloop met een strafrechtelijke vervolging.

1.3. Onderzoeksmethoden, begrenzing en afbakening

Dit onderzoek is beperkt tot de beantwoording van de vraag of de jurisprudentie van het EHRM op grondslag van artikel 4, zevende protocol, EVRM dwingt tot een cumulatieverbod van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow met de strafbaarstellingen van de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Ow. Hiervoor zal gebruik worden gemaakt van (deels intern en deels extern) rechtsvergelijkend onderzoek. De nadere uitwerking wordt (weliswaar impliciet) tegelijkertijd behandeld met de begrenzing en afbakening, waarbij is gekozen voor categorisering van het onderzoek in drie delen.

In het eerste deel zal het navolgende worden behandeld. Ten eerste zal de (relevante) wetsgeschiedenis en jurisprudentie met betrekking tot de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en 11a Ow worden geanalyseerd, omdat door de wetgever de koppeling is gemaakt met deze strafbaarstellingen in de omschrijving van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow. Het doel is om de inhoud van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow en de verhouding tot de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en 11a Ow te kunnen bepalen. Tevens zal een aantal bestuursrechtelijke bevoegdheden worden behandeld dat nauw samenhangt met artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow, waardoor ook de verhouding van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow tot het bestuursrecht kan worden bepaald. De jurisprudentie met betrekking tot het bepaalde in artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow is

²⁴ Zie o.a. concl. A-G A.E. Hartevelt, ECLI:NL:PHR:2015:8, bij HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:324, o. 8.27., AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

geselecteerd door te zoeken naar arresten van de Hoge Raad.²⁵ De Hoge Raad heeft zich namelijk meerdere malen kunnen uitlaten over het voorgenoemd artikel. Hierdoor zijn de allerbelangrijkste rechtsvragen door de Hoge Raad inmiddels beantwoord. Aangezien de jurisprudentie van de Hoge Raad (materieel) precedentwerking heeft, zal bij artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow enkel de rechtspraak van de Hoge Raad worden geanalyseerd. Over artikel 11a Ow heeft de Hoge Raad zich slechts een aantal keer kunnen uitlaten. Daarom is ervoor gekozen om bij dit artikel ook de feitenrechtspraak te analyseren.²⁶ Bij artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow bestond geen noodzaak tot selectie, omdat er tot op heden slechts zeven uitspraken zijn gepubliceerd. Er is daarenboven gekozen om ook één niet-gepubliceerde uitspraak te gebruiken (zie Bijlage I). De te behandelen bestuursrechtelijke bevoegdheden zijn geselecteerd met behulp van verwijzingen in de wetsgeschiedenis, behorende bij onder meer artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow, en de rechtsgeleerde literatuur.²⁷ Al het overige wordt in het eerste deel achterwege gelaten.

In het tweede deel zal het navolgende worden behandeld. Het uiteindelijke doel van dit onderzoek is om een antwoord te kunnen geven op de vraag, in hoeverre de jurisprudentie van het EHRM op grondslag van artikel 4, zevende protocol, EVRM dwingt tot een verbod om de sancties van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow en de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Ow te cumuleren. Daarvoor is het uiteraard noodzakelijk om de jurisprudentiële koers van het EHRM te analyseren. Ondanks dat de probleemstelling normatief is geformuleerd, heeft het onderzoek ook betrekking op de vergelijking van de koers van de Hoge Raad met de koers van het EHRM. De uiteindelijke vraag kan immers moeilijk worden beantwoord, als aan het eind van het onderzoek niet duidelijk is hoe de Hoge Raad de externe samenloop in deze gevallen exact regelt. Zodoende is ervoor gekozen om ook de jurisprudentie van de Hoge Raad op grondslag van artikel 68 Sr te analyseren. De selectie van de jurisprudentie van het EHRM is gebaseerd op de publicaties van het EHRM.²⁸ Deze publicaties bevatten de zogenaamde *'fundamental judgements and decisions'*.²⁹ Voorts zal waarschijnlijk in de loop van het onderzoek aan de hand van verwijzingen in de arresten van het EHRM meer jurisprudentie

²⁵ Gebaseerd op de zoekresultaten via www.uitspraken.rechtspraak.nl op basis van de volgende zoekcriteria: ARTIKEL 10A + OPIUMWET + EERSTE LID + ONDER 3 + BESTEMD ZIJN TOT + VOORHANDEN & via www.kluwernavigator.nl op basis van de volgende zoekcriteria: ARTIKEL 10A + EERSTE LID + ONDER 3 + OPIUMWET + JURISPRUDENTIE.

²⁶ Gebaseerd op de zoekresultaten via www.uitspraken.rechtspraak.nl op basis van de volgende zoekcriteria: ARTIKEL 11A + OPIUMWET + BESTEMD + STOFFEN OF VOORWERPEN + NA 31 DECEMBER 2014.

²⁷ Op basis van o.a. H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orderecht*, Deventer: Wolter Kluwer 2004; J. Schilder e.a., *Hoofdstukken openbare-orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015.

²⁸ Zie EHRM, *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg 2020; EHRM, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg 2020.

²⁹ Zie o.a. EHRM, *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights*, Straatsburg 2020, p. 4.

worden geselecteerd. De selectie van de jurisprudentie op grondslag van artikel 68 Sr is gebaseerd op vooronderzoek. Op basis van een *quick-scan* zijn in totaal iets meer dan 35 arresten geselecteerd om te analyseren.³⁰ Al het overige wordt in het tweede deel achterwege gelaten.

Het derde deel bestaat in wezen uit de toepassing van de in het tweede deel verkregen resultaten op de in het eerste deel verkregen resultaten, met eventuele aanvullingen naar aanleiding van (de tijdens de uitwerking van het derde deel) gerezen vragen. Allereerst zal worden getoetst of het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow kan worden aangemerkt als een *criminal charge* als bedoeld in artikel 6 EVRM, omdat dan sprake is van twee *criminal proceedings* en derhalve artikel 4, zevende protocol, EVRM van toepassing is.³¹ Als het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow kan worden aangemerkt als een *criminal charge* als bedoeld in artikel 6 EVRM, zal vervolgens worden nagegaan hoe kan worden voldaan aan de zogenaamde *sufficiently close connection*-doctrine. Al het overige wordt in dit deel achterwege gelaten.

1.4. Probleemstelling

“In hoeverre zou het ne bis in idem-beginsel in de zin artikel 4, zevende protocol, van het Europees Verdrag voor Rechten van de Mens een beletsel moeten vormen voor een (eventuele) cumulatie van de bevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Opiumwet met de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Opiumwet?”

1.5. Deelvragen

- 1. Wat houdt het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Opiumwet in en wat is de verhouding tot de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en 11a Opiumwet?*
- 2. Hoe wordt invulling gegeven aan het ne bis in idem-beginsel in de zin van artikel 68 Wetboek van Strafrecht en artikel 4, zevende protocol, Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens?*
- 3. Is het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Opiumwet aan te merken als een criminal charge en (zo ja) hoe kan worden bewerkstelligd dat sprake is van een ‘sufficiently close connection’ in zowel ‘substance’ als in ‘time’ bij een cumulatie met de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Opiumwet?*

³⁰ Gebaseerd op de 561 resultaten op www.kluwernavigator.nl, die voldoen aan de volgende zoekcriteria: ARTIKEL 68 SR + NE BIS IN IDEM + JURISPRUDENTIE + HOGE RAAD.

³¹ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 107, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

2. Het bepaalde in de artikelen 10a, 11a en 13b, eerste lid, sub b, Opiumwet

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staan de vragen centraal wat het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow inhoudt en wat de verhouding van voornoemd artikel is tot de artikelen 10a en 11a Ow. Voor een gedegen beantwoording wordt eerst aan de hand van de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie de inhoud besproken van de artikelen 10a, 11a en 13b, sub b, Ow. De inhoud van zowel artikel 10a als 11a Ow is van belang, omdat anders het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow niet kan worden begrepen. Daarna wordt aan de hand van drie thema's, te weten: de redenen en doelen van de invoering, de achterliggende rechtsgoederen en de opgelegde sanctie blijkens de rechtspraak, de verhouding van de artikelen tot elkaar besproken. Tot slot volgt een tussenconclusie.

2.2. De inhoud van het bepaalde in artikel 10a Opiumwet

Artikel 10a Ow is in werking getreden op 7 oktober 1985.³² Daarmee is dit artikel de eerste toevoeging aan het Nederlands strafrecht sinds 1886, waarin de voorbereiding en/of bevordering van een delict zelfstandig strafbaar is gesteld. Het Wetboek van Strafrecht van 1886 kende namelijk enkel de samenspanningsartikelen van 96, eerste lid, 103 en 122.³³ De strafbaarstelling van een handeling in de voorfase was volgens de wetgever gerechtvaardigd. De Hoge Raad keurde immers structureel de strafbaarstelling door lagere wetgevers van handelingen in de voorfase goed. Hierbij is onder meer het navolgende voorbeeld aangehaald. Sommige gemeenten hadden bijvoorbeeld een bepaling in de APV, die het afsteken van vuurwerk verbood. Om effectief te kunnen handhaven werd ook het aanwezig hebben van vuurwerk verboden.³⁴

Het bepaalde in artikel 10a Ow is door de jaren heen tweemaal (technisch) gewijzigd.³⁵ Bij deze twee wijzigingen is eenmaal artikel 10 Ow vernummerd, waardoor ook de verwijzingen in artikel 10a Ow naar artikel 10 Ow zijn aangepast.³⁶

³² Zie *Stb* 1985, 495.

³³ Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 5.

³⁴ Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 7.

³⁵ Zie *Stb* 1995, 32 en *Stb* 2006, 292.

³⁶ Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30339, nr. 3, p. 7.

2.2.1. De delictomschrijving en bestanddelen

De delictomschrijving van artikel 10a Ow heeft een ingewikkelde structuur. In het navolgende wordt derhalve de delictomschrijving opgeknipt en per bestanddeel besproken. Voorts wordt enkel gefocust op de aanhef en het eerste lid, onder 3, omdat enkel die gedeelten binnen het bestek van het onderwerp vallen.

1. *een feit, bedoeld in het vierde lid of vijfde lid van artikel 10*

Artikel 10, vierde lid, Ow is het verbod om opzettelijk te handelen in strijd met het bepaalde in artikel 2, onder B of D, van de Ow. Artikel 2 Ow heeft (blijkens de aanhef) betrekking op de middelen van lijst I én het bepaalde krachtens artikel 3a, vijfde lid, Ow. Lijst I is een bij de wet behorende uittreksel, waarin overeenkomstig artikel 3a, eerste lid, tweede lid of derde lid, Ow bij AMvB middelen worden toegevoegd of geschrapt. De huidige lijst I bevat middelen, zoals heroïne, cocaïne en LSD. Artikel 3a, vijfde lid, Ow is de bevoegdheid om bij ministeriële regeling van de minister bedoeld in artikel 1, onder a, Ow in het geval van (1) onverwijld spoed, waarbij (2) de totstandkoming van de AMvB bedoeld in artikel 3a, eerste lid of tweede lid, Ow niet kan worden afgewacht, middelen toe te voegen aan onder meer artikel 2. Wel is vereist, dat (3) de minister tegelijkertijd het ontwerp van een AMvB met dezelfde inhoud voorlegt aan de ministerraad. In deze gevallen heeft de ministeriële regeling in beginsel werking tot de inwerkingtreding van de AMvB. Artikel 2, onder B, Ow heeft betrekking op onder meer verkoop, verstrekking, aflevering, etc. van de middelen bedoeld in de aanhef. Artikel 2, onder D, Ow heeft betrekking op het fabriceren van de middelen bedoeld in de aanhef.

Artikel 10, vijfde lid, Ow is het verbod om opzettelijk te handelen in strijd met het bepaalde in artikel 2, onder A, Ow. Derhalve is hetgeen hiervoor is besproken, met betrekking tot de aanhef van artikel 2 Ow, van overeenkomstige toepassing. Het verbod, onder A, heeft betrekking op het binnen of buiten het grondgebied van Nederland brengen van de middelen bedoeld in de aanhef.

2. *voor te bereiden of te bevorderen*

Het bestanddeel voorbereiden of bevorderen heeft betrekking op het bepaalde in artikel 10, vierde lid of vijfde lid, Ow. In het bestanddeel zelf is volgens de wetgever opzet ingeblikt. Er dient minimaal sprake te zijn van voorwaardelijk opzet tot het voorbereiden of bevorderen.³⁷ Het voorgaande betekent, dat de persoon in kwestie tenminste willens en wetens de

³⁷ Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 12.

aanmerkelijke kans op de koop heeft toegenomen dat hij (bijvoorbeeld) het bereiden van de in lijst I verboden middelen voorbereidt of bevordert. Door de wetgever is daarmee afgeweken van de rechtsgeleerde dogmatiek, waarbij wordt aangenomen dat voor voorbereiden en/of bevorderen de zwaardere eis van *oogmerk* nodig is. Volgens de wetgever is deze afwijking noodzakelijk om bewijsproblemen te voorkomen.³⁸ Volgens A-G Aben is deze afwijking van de algemene dogmatiek gerechtvaardigd, omdat het eventueel gaat om het oogmerk van een ander of van anderen. Daarmee draagt de persoon (tenminste) in voorwaardelijke zin bij aan het oogmerk van (een) ander(en).³⁹ De specifieke handelingen, die verricht moeten worden, bestaan uit de in onder 3 te bespreken ‘*voorhanden*’ hebben.

3. *voorwerpen, vervoermiddelen, stoffen, gelden of andere betaalmiddelen voorhanden heeft*
De voorbereiding of bevordering wordt – voor zover relevant voor dit onderwerp – nader ingevuld door het voorhanden hebben van de in artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow genoemde voorwerpen, stoffen en/of middelen.⁴⁰ Ook het voorhanden hebben omvat ingeblikt opzet, minimaal bestaande in voorwaardelijke zin. Al is het volgens A-G Aben ondenkbaar, dat iemand niet-opzettelijk iets voorhanden heeft.⁴¹ In de wetsgeschiedenis is overwogen, dat het dient te gaan om de beschikkingsmacht. De enkele mogelijkheid dat iemand over bijvoorbeeld een vervoermiddel kán beschikken is daardoor onvoldoende.⁴² In de loop der jaren is discussie ontstaan in de rechtspraktijk over de definitie van ‘*stoffen*’. In de parlementaire geschiedenis is immers weinig aandacht besteed wat daar precies onder moet worden verstaan. De wetgever heeft enkel overwogen, dat gedacht moet worden aan precursoren die geschikt zijn om de in de lijst I bedoelde middelen te bereiden.⁴³ De Hoge Raad heeft beslist, dat – op basis van het doel van de wetgever – aangenomen moet worden dat de reikwijdte van ‘*stoffen*’ ruim is en zelfs versnijdingsmiddelen, waaronder paracetamol, omvat.⁴⁴

³⁸ Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 12.

³⁹ Zie concl. A-G D.J.C. Aben, ECLI:NL:PHR:2016:650, bij HR 18 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:977, o. 7.8., *RvdW* 2019/763.

⁴⁰ Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 12.

⁴¹ Zie voetnoot 2 in concl. A-G D.J.C. Aben, ECLI:NL:PHR:2016:650, bij HR 18 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:977, *RvdW* 2019/763.

⁴² Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 14.

⁴³ Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 17975, nr. 5, p. 10.

⁴⁴ Zie HR 08 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5613, rov. 4.4., *NJ* 2003/51.

4. *waarvan hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat zij bestemd zijn tot het plegen van dat feit*

Het onderdeel 'weet' is de uitdrukking van opzet, waarvoor óók een voorwaardelijke vorm voldoende is.⁴⁵ Het onderdeel 'ernstige reden heeft om te vermoeden' is de uitdrukking van *culpa*. Volgens de wetgever mag de *culpa*-omschrijving niet te licht worden opgevat.⁴⁶ In de rechtspraak is echter de invulling nagenoeg volledig geobjectiveerd. Derhalve is het enkele subjectieve oordeelvermogen niet meer bepalend.⁴⁷ Al zijn er ook aanknopingspunten in de parlementaire geschiedenis voor een objectieve invulling. De wetgever heeft namelijk onder meer overwogen, dat bij het aannemen van *culpa* gedacht kan worden aan de navolgende omstandigheid. Een persoon kan bijvoorbeeld stoffen voorhanden hebben, die nagenoeg enkel kunnen worden toegepast bij de productie van een middel vermeld in lijst I.⁴⁸

Het onderdeel 'bestemd zijn tot' heeft ook geleid tot discussie in de rechtspraak. Volgens de Hoge Raad heeft dit onderdeel betrekking op handelingen uitgevoerd in de voor-, uitvoerings- of voltooiingsfase.⁴⁹ Het voorgaande betekent echter niet, dat bijvoorbeeld het treffen van afvalproducten in het voertuig van een persoon op zichzelf de conclusie kan rechtvaardigen dat de voorwerpen 'bestemd zijn tot' het plegen van een feit bedoeld in artikel 10 Ow.⁵⁰ In deze gevallen gaat het immers om een veronderstelling, die niet kan worden onderbouwd met bewijsmiddelen. In de bewoordingen van annotator Keijzer: bevorderen in de zin van artikel 10a Ow kan niet enkel worden gebaseerd op de situatie 'after the fact'. Afkomstig zijn 'van' kan immers niet worden gelijkgesteld met bestemd zijn 'tot'.⁵¹

2.2.2. Enkele additionele opmerkingen

De Hoge Raad heeft verschillende consequenties verbonden aan het feit, dat (1) een voorbereidingshandeling zelfstandig strafbaar is gesteld en (2) de criminele intentie leidend is in de delictomschrijving. In het navolgende worden de belangrijkste consequenties kort besproken.

Ad 1. Het feit dat de wetgever een voorbereidingshandeling zelfstandig strafbaar heeft gesteld, brengt mee dat het feit nog steeds strafbaar is nadat het gronddelict (bedoeld in artikel

⁴⁵ Zie concl. A-G D.J.C. Aben, ECLI:NL:PHR:2016:650, bij HR 18 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:977, o. 9., *RvdW* 2019/763.

⁴⁶ Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 13.

⁴⁷ Zie concl. A-G D.J.C. Aben, ECLI:NL:PHR:2016:650, bij HR 18 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:977, o. 9., *RvdW* 2019/763

⁴⁸ Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 13.

⁴⁹ Zie HR 23 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX6767, rov. 3.1.-3.3., *NJ* 2012/617.

⁵⁰ Zie HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:743, rov. 3.5.2., *NJ* 2016/282, m.nt. N. Keijzer.

⁵¹ Zie paragraaf 5 van de noot bij *NJ* 2016/282, m.nt. N. Keijzer.

10, vierde lid of vijfde lid, Ow) is voltooid of er een strafbare poging is ondernomen.⁵² Voorts had het hof in deze zaak meerdaadse samenloop in de zin van artikel 57 Sr aangenomen, hetgeen door de Hoge Raad in stand is gelaten.⁵³ De Hoge Raad heeft voorts – met een beroep op de wetsgeschiedenis – beslist, dat bij een zelfstandige strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, zoals die van artikel 10a Ow, geen mogelijkheid bestaat tot vrijwillige terugtred in de zin van artikel 46b Sr.⁵⁴

Ad 2. Ook het feit dat de criminele intentie leidend is in de delictsomschrijving heeft verschillende consequenties. Ten eerste is het irrelevant of de handelingen ten tijde van de uitvoering (objectief bezien) niet meer kunnen dienen tot het voorbereiden of bevorderen van hetgeen strafbaar is gesteld in artikel 10, vierde lid of vijfde lid, Ow.⁵⁵ In de voorgenomde zaak was de harddrug onderweg naar Nederland in beslag genomen, maar de verdachte was daar niet van op de hoogte en trof desondanks voorbereidingshandelingen. Ten tweede – en tevens in het verlengde van het eerste punt – is het treffen van voorbereidingshandelingen voor (bijvoorbeeld) een pakketje, waarbij achteraf vaststaat dat in dat pakketje niet de veronderstelde harddrug inzate irrelevant voor strafbaarheid ter zake van artikel 10a Ow.⁵⁶

2.3. De inhoud van het bepaalde in artikel 11a Opiumwet

Artikel 11a Ow (nieuw) is op 1 maart 2015 in werking getreden en tegelijkertijd is artikel 11a Ow (oud) vernummerd tot artikel 11b Ow.⁵⁷ Volgens de wetgever was exact dezelfde argumentatie, die heeft geleid tot de invoering van artikel 10a Ow *mutatis mutandis* van overeenkomstige toepassing. Hierdoor was de invoering van artikel 11a Ow gerechtvaardigd.⁵⁸

2.3.1. De delictsomschrijving en bestanddelen

Aangezien de delictsomschrijving van artikel 11a Ow is gestoeld op de delictsomschrijving van artikel 10a Ow, heeft ook deze bepaling een ingewikkelde structuur. In het navolgende wordt daardoor ook deze bepaling opgeknipt in bestanddelen besproken.

⁵² Zie HR 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0679, rov. 5.5.-5.6., NJ 1997/665.

⁵³ Zie HR 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0679, rov. 3.2., NJ 1997/665.

⁵⁴ Zie HR 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0146, rov. 7.2., NJ 1997/667, m.nt. A.C. 't Hart.

⁵⁵ Zie HR 13 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0494, rov. 4.6., NJ 2001/338.

⁵⁶ Zie HR 27 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB8762, rov. 3.3., JOL 2007/782.

⁵⁷ Zie *Stb* 2014, 444.

⁵⁸ Zie *Kamerstukken I* 2012/13, 32842, nr. B, p. 3.

1. *stoffen of voorwerpen*

Met stoffen of voorwerpen wordt bedoeld op fysiek tastbare goederen. Dit bestanddeel is helemaal niet afgebakend en omvat alle denkbare stoffen of voorwerpen, die overigens in beginsel legaal zijn. Volgens de wetsgeschiedenis dient wel onderscheid te worden gemaakt tussen (1) stoffen of voorwerpen die nagenoeg enkel te verkrijgen zijn in *growshops* en (2) alledaagse stoffen of voorwerpen. Het voorgaande onderscheid zegt op zichzelf weinig, maar heeft invloed op de criminele intentie, waarover later meer.

Ad 1. In de parlementaire geschiedenis is onder meer verwezen naar koolstoffilters, kniptrommels, *'ice-o-laters'*, specifieke assimilatielampen en afzuigers.⁵⁹ In de rechtspraak is een aantal stoffen en voorwerpen toegevoegd aan deze lijst, zoals slakkenhuizen, weegschalen, tijdschriften voor de hennepcultuur (met name *Highlife* en *Bio Green*), groeimiddelen in grote verpakkingen (zoals van 10, 15 of 20 liters), droognetten, droogrekken, luchtbevochtigers, groeitenten, kweekmatten, strijzakken, grote knipbenodigdheden, sealapparaten en verschillende voorwerpen van de merken *Canna*, *Aptus*, *B'cuzz* en *Gold*.⁶⁰

Ad 2. Volgens de parlementaire geschiedenis wordt hiermee bedoeld op voorwerpen en stoffen, die te verkrijgen zijn in reguliere tuincentra en (land)bouwmarkten.⁶¹ Hierbij moet blijkens de rechtspraak gedacht worden aan onder meer potgrond, voedingsmiddelen in kleine verpakkingen, kachels en ventilatoren.⁶²

2. *bereidt, bewerkt, verwerkt, te koop aanbiedt, verkoopt, aflevert, versterkt, vervoert, vervaardigt of voorhanden heeft, dan wel vervoermiddelen, ruimten, gelden of andere betaalmiddelen voorhanden heeft of gegevens voorhanden heeft*

Over dit bestanddeel is eigenlijk weinig relevant op te merken, omdat het voor zich spreekt. Aangezien de wetgever de aansluiting heeft gezocht bij artikel 10a Ow, veronderstel ik wel dat in al deze handelingen opzet is ingeblikt en de beschikkingsmacht leidend is.⁶³ Bovendien lijkt *'voorhanden'* hebben gelijkgesteld te moeten worden met het *'voorhanden'* hebben in de zin van artikel 10, eerste lid, onder 3, Ow.

⁵⁹ Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32842, nr. 3, p. 7.

⁶⁰ Zie o.a. Rb. Den Haag 10 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7905; Rb. Limburg 29 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8220; Rb. Gelderland 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7267; Rb. Oost-Brabant 19 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:144; Rb. Oost-Brabant 19 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:150; Rb. Limburg 22 maart 2016, ECLIL:NL:RBLIM:2016:2466; Rb. Limburg 21 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1579; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 februari 2017, ECLI:NLGHSHE:2017:342.

⁶¹ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32842, nr. 6, p. 3.

⁶² Zie o.a. Rb. Limburg 22 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2469.

⁶³ Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32842, nr. 3, p. 6.

3. waarvan hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden

Het onderdeel 'weet' is de uitdrukking van opzet, waarbij voorwaardelijk opzet voldoende is.⁶⁴ Hierover is tijdens de parlementaire behandeling weinig discussie geweest. Wel is er heel lang gediscussieerd over het onderdeel 'ernstige reden heeft om te vermoeden'. De wetgever heeft voorts uiteenlopende standpunten ingenomen over dit onderdeel. Eerst sprak de wetgever namelijk over 'verwijtbare naïviteit'.⁶⁵ Later is dit standpunt sterk genuanceerd en is gesproken over uitsluitend 'gefingeerde naïviteit'.⁶⁶ Ook is eerst overwogen, dat artikel 11a Ow geen onderzoeksplicht schept. Derhalve zou passiviteit niet strafbaar blijven, hetgeen later toch niet zo bleek te zijn.⁶⁷ Uiteindelijk is namelijk bepaald, dat niet louter het subjectieve oordeelsvermogen maar veeleer een geobjectiveerde situatie leidend is. In een situatie waarin een 'gewoon denkend mens' niet anders had kunnen doen dan vermoeden, dat hij voorbereidingsmiddelen ter beschikking stelde om de feiten van artikel 11, derde lid of vijfde lid, Ow te plegen ontstaat strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁶⁸ Zodoende is uiteindelijk de aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad op grondslag van artikel 10a Ow.

Voorts is volgens de wetgever de criminele intentie sterk verweven met de verrichtte handeling. Bij handelingen die onmiskenbaar zijn bedoeld voor de hennepcultuur, kan immers de criminele intentie grotendeels worden afgeleid uit de aard en de bedoeling van de handeling. Bij alledaagse handelingen moeten daarentegen hoge eisen worden gesteld aan de criminele intentie.⁶⁹ Bij bijvoorbeeld een tuincentrum dient aldus de criminele intentie afgeleid te worden uit concrete transacties.⁷⁰ Dit zogenaamde leerstuk van communicerende vaten is nagenoeg in elke uitspraak ter zake artikel 11a Ow aangehaald en is daarmee verder uitgewerkt. Zo wordt thans de criminele intentie afgeleid uit:

- a. de aard of functie van de voorwerpen of stoffen;⁷¹
- b. de hoeveelheid van de voorwerpen of stoffen, en/of;⁷²
- c. de gezamenlijkheid van de voorwerpen of stoffen.⁷³

⁶⁴ Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32842, nr. 3, p. 7.

⁶⁵ Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32842, nr. 3, p. 7.

⁶⁶ Zie *Kamerstukken I* 2012/13, 32842 nr. B, p. 9.

⁶⁷ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32842, nr. 6, p. 10.

⁶⁸ Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 32842, nr. 13, p. 7.

⁶⁹ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32842, nr. 6, p. 2-3.

⁷⁰ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32842, nr. 6, p. 3.

⁷¹ Zie o.a. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:342; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5056; Rb. Oost-Brabant 19 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:144; Rb. Noord-Nederland 14 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:442.

⁷² Zie o.a. Gerechtshof Amsterdam 21 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5795; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5673; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:945.

⁷³ Zie o.a. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:342; Rb. Noord-Nederland 14 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:442.

4. *dat zij bestemd zijn tot het plegen van in artikel 11, derde lid en vijfde lid, strafbaar gestelde feiten*

Artikel 11, derde lid, Ow is het verbod om opzettelijk te handelen in strijd met artikel 3, onder B, Ow. Artikel 3 Ow heeft (blijkens de aanhef) betrekking op de middelen van lijst II én het bepaalde krachtens artikel 3a, vijfde lid, Ow. Ook lijst II is een bij de Opiumwet behorende uittreksel, waarin overeenkomstig artikel 3a, eerste, tweede of derde lid, Ow bij AMvB middelen worden toegevoegd of geschrapt. De huidige lijst II bevat middelen, zoals hennep en Qat. Het voorgaande betekent, dat de reikwijdte van het artikel ruimer is dan de wetsgeschiedenis doet vermoeden. Al worden tot op heden naar mijn weten voornamelijk personen vervolgd voor voorbereiding of bevordering van het vervaardigen, etc. van het middel hennep. Artikel 3a, vijfde lid, Ow is dezelfde bevoegdheid, die bij artikel 10a Ow is besproken. Voorts is de inhoud van artikel 3 Ow nagenoeg gelijk aan hetgeen besproken is bij artikel 2 Ow.⁷⁴ Het enige verschil tussen artikel 2 Ow en artikel 3 Ow is, dat artikel 3 Ow betrekking heeft op de middelen bedoeld in lijst II.

De reikwijdte van artikel 11, derde lid, Ow is wel beperkt door het bestanddeel *‘in uitoefening van beroep of bedrijf’*. In de parlementaire stukken wordt verwezen naar de Aanwijzing Ow.⁷⁵ In deze Aanwijzing wordt in paragraaf 3.2.1 over beroeps- of bedrijfsmatige teelt het navolgende bepaald. De vaststelling wordt gebaseerd op drie factoren. De eerste factor is de hoeveelheid planten, waarbij bij een hoeveelheid van vijf of minder planten in beginsel wordt aangenomen dat geen sprake is van beroeps- of bedrijfsmatig handelen. De tweede factor is de mate van professionaliteit (zoals belichting, verwarming, bevoeiing), waarbij wordt beoordeeld aan de hand van de in bijlage 1 opgenomen indicatoren én het voldoen aan twee of meer indicatoren – ongeacht het aantal planten – leidt tot de conclusie dat sprake is van professionaliteit. De derde factor is het doel van de teelt.

Artikel 11, vijfde lid, Ow verwijst naar artikel 11, tweede en vierde lid, Ow. Artikel 11, tweede lid, Ow is het opzettelijk handelen in strijd met het bepaalde in artikel 3, onder B, C of D, Ow. Artikel 11, vierde lid, Ow is handelen in strijd met het bepaalde in artikel 3, onder A, Ow. Echter, ook artikel 11, vijfde lid, Ow is beperkt in de reikwijdte, omdat het moet gaan om *‘een grote hoeveelheid’*. Krachtens artikel 11, vijfde lid, laatste volzin, Ow is in artikel 1, tweede lid, van het Opiumwetbesluit *‘een grote hoeveelheid’* gedefinieerd als: (1) 500 gram hennep, (2) 200 hennepplanten, of (3) 500 eenheden van een ander middel bedoeld in lijst II van de Opiumwet. Het voorgaande betekent, dat bijvoorbeeld een *growshop* niet *perse*

⁷⁴ Zie paragraaf 2.2.1. voor nadere duiding.

⁷⁵ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32842, nr. 6, p. 3.

verboden is. Daar zijn ook voorbeelden van in de rechtspraak. Personen, die onmiskenbaar voor bijvoorbeeld de hennepsteelt bestemde voorwerpen en/of stoffen verkopen, kunnen namelijk aannemelijk maken dat zij deze voorwerpen of stoffen nooit in grote hoeveelheden hebben verkocht. Een manier om aannemelijk te maken dat de voorwerpen of stoffen zijn verkocht voor bijvoorbeeld kleinschalige – en tevens niet professionele – hennepsteelt, is het overleggen van de bedrijfsadministratie.⁷⁶

Voorts is over het onderdeel ‘bestemd zijn tot’ – net als bij artikel 10a Ow – meerdere malen geprocedeerd tot de Hoge Raad. In de eerste casus waren de aangetroffen voorwerpen beschadigd, waardoor – volgens het middel – deze voorwerpen niet meer bestemd konden zijn tot de feiten van artikel 11, derde of vijfde lid, Ow. De Hoge Raad heeft het arrest van het hof vernietigd vanwege een motiveringsgebrek.⁷⁷ In de tweede casus heeft de Hoge Raad eveneens het arrest van het hof vernietigd vanwege een motiveringsgebrek, omdat het hof de verklaring van de verdachte heeft gebruikt als bewijsmiddel. Zulks terwijl die verklaring inhield, dat de aangetroffen voorwerpen afkomstig waren van een ontmantelde hennepkwekerij die de verdachte daarna nooit meer heeft opgeruimd.⁷⁸ Zodoende lijkt de stelregel van Keijzer – namelijk afkomstig zijn ‘van’ kan niet worden gelijkgesteld met bestemd zijn ‘tot’ – van overeenkomstige toepassing te zijn bij artikel 11a Ow.⁷⁹

2.4. De inhoud van het bepaalde in artikel 13, eerste lid, sub b, Opiumwet

Artikel 13b Ow is de wettelijke bevoegdheid van de burgemeester om een last onder bestuursdwang op te leggen, hetgeen in de praktijk veelal neerkomt op een bevel tot sluiting voor een bepaalde duur. Op 1 januari 2019 is het gewijzigde artikel 13b Ow in werking getreden.⁸⁰ Daarmee is het de opvolger van de eerste versie van het op 21 april 1999 in werking getreden artikel 13b Ow, dat vervolgens herhaaldelijk is gewijzigd en meerdere malen de reikwijdte ervan is verruimd.⁸¹

2.4.1. De wettelijke omschrijving

De wettelijke omschrijving van artikel 13b Ow is redelijk kort. Blijkens de aanhef van het eerste lid is de burgemeester bevoegd een last onder bestuursdwang op te leggen bij een woning, lokaal of een daarbij behorend erf. Blijkens sub b is dat mogelijk, indien een voorwerp of een

⁷⁶ Zie o.a. Rb. Gelderland 22 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6673.

⁷⁷ Zie HR 21 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2959, rov. 2.4.

⁷⁸ Zie HR 13 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:328, rov. 2.4., NJ 2018/281, m.nt. N. Rozemond.

⁷⁹ Zie paragraaf 5 van de noot bij NJ 2016/282, m.nt. N. Keijzer.

⁸⁰ Zie Stb 2018, 481.

⁸¹ Zie Stb 1999, 167; Stb 2002, 348; Stb 2002, 520; Stb 2007, 355.

stof bedoeld in artikel 10a, eerste lid, onder 3, of artikel 11a Ow voorhanden is. De reden van de formulering van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow is volgens de wetgever, dat met heel weinig tekst de strekking duidelijk is.⁸² Toch heeft de koppeling met de strafbaarstellingen van de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en 11a Ow (ook) tijdens de parlementaire behandeling geleid tot twijfels over het zuiver reparatoire karakter van de bevoegdheid.⁸³ De wetgever heeft uiteindelijk (deels naar aanleiding van de twijfels) de navolgende beperkingen en nuanceringen toegevoegd en aangebracht aan de bevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow.

Volgens de wetgeschiedenis is de bevoegdheid allereerst niet van toepassing, indien het gaat om vervoermiddelen, gelden of andere betaalmiddelen in de zin van artikel 10a eerste lid, onder 3, en artikel 11a Ow.⁸⁴ De bevoegdheid is ook niet van toepassing op geheime ruimten in de zin van artikel 11a Ow.⁸⁵

Voorts is het volgens de wetgever niet de bedoeling, dat de burgemeester een strafbaar feit aannemelijk maakt, maar slechts aannemelijk maakt dat sprake is van een verboden voorbereidingshandeling.⁸⁶ Waarschijnlijk wordt hiermee bedoeld, dat het niet de taak is van de burgemeester om na te gaan wie enig verwijt te maken valt. Deze overweging roept toch een aantal vragen op. Bij de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en 11a Ow gaat het namelijk om een in beginsel legaal voorwerp of stof, waarbij de criminele intentie leidt tot strafbaarheid. Bovendien wordt weliswaar overwogen, dat de verhuurder geen enkel verwijt hoeft te worden gemaakt aangezien de bevoegdheid geen punitieve sanctie is.⁸⁷ Toch wordt later door de minister toegezegd, dat hij zorg zal dragen voor overleg tussen belangenbehartigers van vastgoedeigenaren en burgemeesters. De sluitingsduur kan zodoende worden beëindigd of verkort bij vooraf overeengekomen gevallen. Zoals in het geval dat de verhuurder de huurovereenkomst ontbindt en een nieuwe huurder aantrekt.⁸⁸ Het gevolg is derhalve, dat enkel de persoon wie een verwijt kan worden gemaakt de gevolgen ondervindt van de sluiting. Op basis van de gepubliceerde rechtspraak moet aangenomen worden, dat een dergelijke overeenkomst nog niet tot stand is gekomen. De Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State (hierna: ABRvS) lijkt dat vooralsnog op te lossen door na te gaan of de verhuurder ook een verwijt te maken valt. Uit de overwegingen kan voorts *a contrario* worden afgeleid, dat

⁸² Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 5.

⁸³ Zie o.a. *Kamerstukken II* 2017/18, 34763, nr. 5, p. 3. Zie reactie van de minister in *Kamerstukken II* 2017/18, 34763, nr. 6, p. 1-3. Zie ook *Kamerstukken I* 2017/18, 34763, nr. A, p. 2-3 en p. 4-5. Zie reactie van de minister in *Kamerstukken I* 2018/19, 34763, nr. B, p. 1-3 en p. 6-7.

⁸⁴ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 4.

⁸⁵ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 4.

⁸⁶ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 4, p. 4.

⁸⁷ Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34763, nr. 6, p. 6.

⁸⁸ Zie *Kamerstukken I* 2018/19, 34763, nr. B, p. 2.

afwijken van het beleid op voet van artikel 4:84 Awb gerechtvaardigd kan zijn in het geval dat de verhuurder niet verwijtbaar heeft gehandeld, dan wel nagelaten.⁸⁹ Dientengevolge lijkt het in ieder geval handig, dat de burgemeester nagaat wie enig verwijt te maken valt.

Bovendien overweegt de wetgever enerzijds, dat het aannemelijk is dat de rechtspraak van de ABRvS op grondslag van (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow ook zal gelden bij de voorgestelde verruiming.⁹⁰ Anderzijds overweegt de wetgever, dat het in de rede ligt dat de rechtspraak van de strafrechter op grondslag van de artikelen 10a en 11a Ow betekenis zal hebben voor de beoordeling.⁹¹ Het is echter niet geheel duidelijk, wanneer de rechtspraak van de ABRvS en wanneer de rechtspraak van de strafrechter dient te gelden. Het lijkt daarenboven moeilijk voor te stellen, dat op een bepaald onderdeel zowel de jurisprudentie van de ABRvS als de jurisprudentie van de strafrechter van toepassing is. De voorgaande overwegingen hebben ook in de bestuursrechtelijke rechtspraak geleid tot opmerkelijke conclusies. Zo heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam geoordeeld, dat een oordeel van de strafrechtelijke autoriteiten niet afdoet aan de bestuurlijke afweging van de burgemeester.⁹² Met andere woorden; in een concreet geval komt de burgemeester de bevoegdheid toe om een van de strafrechtelijke autoriteiten afwijkend oordeel te hebben over de strafbaarheid van de aangetroffen voorwerpen of stoffen. Zulks terwijl de burgemeester op basis van door de politie vastgestelde feiten en omstandigheden op voet van artikel 9 Ow, en andere resultaten uit het opsporingsonderzoek, de situatie moet beoordelen.⁹³ Onvermijdelijk dient de beoordeling gebaseerd te zijn op de strafbepalingen van de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Ow én dat op basis van het strafdossier, al dan niet gegoten in de vorm van een bestuurlijke rapportage. Tegelijkertijd lijkt de burgemeester zich niet te hoeven weerhouden door een andersluidend oordeel van de strafrechtelijke autoriteiten in een concreet geval.

De wetgever lijkt dan ook een aantal moeilijkheden te hebben willen voorkomen door te bepalen, dat de bevoegdheid enkel in evidente gevallen kan worden aangewend.⁹⁴ Vooropgesteld moet worden, dat evidente gevallen – blijkens de jurisprudentie van de strafrechter op grond van de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en 11a Ow – denkbaar zijn. Het is daarentegen een betrekkelijk vaag en daarmee rekkelijk begrip, zoals ook blijkt uit de gepubliceerde uitspraken op grondslag van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow. Zo heeft de burgemeester van Waalwijk bevolen een erf te sluiten (inclusief alle daarbij behorende opstallen

⁸⁹ Zie ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:617, o. 7.-7.1.2.

⁹⁰ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 6.

⁹¹ Zie *Kamerstukken I* 2018/19, 34763, nr. B, p. 7.

⁹² Zie Rb. Rotterdam 25 juli 2019, zaaksnummer ROT 19/3654, rov. 6. (niet-gepubliceerd, zie Bijlage I).

⁹³ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 4.

⁹⁴ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 3.

waaronder een woonwagen), omdat in een schuur een schakelbord, een slakkenhuis en een koolstoffilter is aangetroffen. Volgens de burgemeester is het evident, dat de voorwerpen bestemd zijn voor het inrichten van een professionele hennepkwekerij.⁹⁵ Daarentegen is slechts een aantal voorwerpen aangetroffen en daarmee ontbreekt een groot aantal voorwerpen voor een professionele hennepkwekerij. Bovendien was de ruimte slechts 3 m² groot.⁹⁶ In alle andere gepubliceerde uitspraken wordt niets overwogen met betrekking tot de eis, dat sprake moet zijn van een evident geval. Het lijkt derhalve (in ieder geval tot nu toe) geen beperkende factor te zijn bij de effectuering van deze burgemeestersbevoegdheid.

2.5. De verhouding van de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, 11a en 13b, eerste lid, sub b, Opiumwet tot elkaar

In het navolgende wordt de verhouding van de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, 11a en 13b, eerste lid, sub b, Ow tot elkaar besproken. De bespreking wordt onderverdeeld in drie thema's, namelijk: de redenen en doelen van de invoering, de achterliggende rechtsgoederen en de opgelegde sanctie.

2.5.1. De redenen en doelen van de invoering

Elke bepaling heeft specifieke en tijdsgebonden redenen en doelen voor de invoering. Toch is er een tweetal overkoepelende aspecten te ontdekken met betrekking tot de redenen en doelen van de invoering van alle drie de bepalingen. Het eerste aspect is, dat bij de parlementaire geschiedenis bij alle drie de bepalingen wordt gesproken over een ervaren probleem met de bestrijding van de criminaliteit en een gat in het instrumentarium. Dat is niet zo verwonderlijk, omdat in wezen elke bepaling wordt ingevoerd om dezelfde redenen. Bij artikel 10a Ow bleek, dat het veroordelen van 'straatdealers' nauwelijks invloed had op de handel in heroïne.⁹⁷ Bij de invoering van artikel 11a Ow werd als belangrijkste gat in het instrumentarium aangevoerd, dat personen nauwelijks (tot niet) in georganiseerd verband bleken te werken, waardoor (thans) artikel 11b Ow niet van toepassing kon zijn.⁹⁸ Als gevolg hiervan was het niet mogelijk om het voorbereiden van illegale hennepsteelt via artikel 46 Sr in een vroeg stadium tegen te gaan. Ook kwam vanwege het ontbreken van een georganiseerd verband artikel 140 Sr niet in beeld.⁹⁹ Het gat in het instrumentarium – dat heeft geleid tot de invoering van artikel 13b, eerste lid, sub b,

⁹⁵ Zie Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3012, rov. 2.

⁹⁶ Zie Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3012, rov. 4.

⁹⁷ Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 4.

⁹⁸ Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32842, nr. 3, p. 3.

⁹⁹ Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32842, nr. 3, p. 5-6.

Ow – was de focus op personen van de strafrechtelijke zijde van de Opiumwet, waardoor panden telkens buiten schot bleven.¹⁰⁰ Aan al deze ervaren gaten lijkt mij geen woord gelogen, waardoor de invoering van de bepalingen een sec rechtspolitieke kwestie is. Het tweede aspect heeft betrekking op een glijdende schaal. Artikel 10a Ow had nog betrekking op het in de jaren '70 exponentieel toegenomen heroïnegebruik, dat ontwrichtende effecten had op de samenleving. Deze periode is dan ook achteraf geduid als de heroïne-epidemie, die leidde tot het stijgen van het aantal vermogensdelicten en doden door een overdosis aan heroïne in steden zoals Amsterdam.¹⁰¹ Daarentegen had artikel 11a Ow betrekking op strafbaarstelling van de voorfase met betrekking tot veel minder ernstig geachte gedragingen, namelijk: het voorbereiden en/of bevorderen van het vervaardigen, telen, etc. van de in lijst II genoemde middelen. Dat de gedragingen minder ernstig worden geacht, blijkt ook uit onder meer het paragraaf '*Gedoogbeleid coffeeshops*' van de Aanwijzing Ow afkomstig van het College van procureurs-generaal. Kortweg komt het neer op een middel, waarvan de verkoop, het bezit en het gebruik onder voorwaarden wordt gedoogd. Het voorgaande heeft ook grote invloed gehad op de strafrechtelijke jurisprudentie.¹⁰² De invoering van het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow is voortgekomen door de invoering van de artikelen 10a en 11a Ow. Door de jaren heen is voorbereiding en/of bevordering van alle in de Opiumwet genoemde middelen strafbaar gesteld met de artikelen 10a en 11a Ow. Derhalve is de gedachte in de kern geweest, dat in een dergelijk geval ook uitbreiding van de bevoegdheid van de burgemeester tot het geven van een sluitingsbevel bij voorgenoemde gedragingen in panden is gerechtvaardigd.¹⁰³ Het is dan ook mogelijk te stellen, dat de bepalingen op elkaar zijn geënt en elkaars invoering hebben *bevorderd*. Het voorgaande is in overeenstemming met de algemene ervaringsregels, omdat het invoeren van een bepaling precedentwerking creëert. Het Wetboek van Strafrecht zit vol met dergelijke voorbeelden, waarbij de invoering van een bepaling wordt gerechtvaardigd door verwijzing naar een eerder ingevoerde bepaling.¹⁰⁴

Bij de parlementaire geschiedenis behorende bij artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow valt voorts op, dat de wetgever op twee gedachten lijkt te hinken. Enerzijds wordt overwogen, dat het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow tot doel heeft om een integrale aanpak van de negatieve effecten op de lokale veiligheid mogelijk te maken. Een bij uitstek bestuursrechtelijk

¹⁰⁰ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 2.

¹⁰¹ Zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 3. Zie voor achtergrondinformatie ook 'Andere Tijden' NTR-VPRO, 18 september 2014.

¹⁰² Zie o.a. M. Federova, 'De 'achterdeur-problematiek' van de coffeeshop in de rechtspraak: wetgever help de strafrechter uit de spagaat.' *DD* 2016/53.

¹⁰³ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 1-3.

¹⁰⁴ Vergelijk met de ontwikkeling het tweesporenstelsel in het Wetboek van Strafrecht: M.J.F. van der Wolf & S. Struijk, '(Levens)lang toezicht als zelfstandige maatregel: wordt nu echt de Rubicon overgestoken?', *Sancties* 2014/50, p. 48 e.v.

doel. Anderzijds wordt overwogen, dat met de toepassing van het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow een generaal-preventieve werking dient te worden bewerkstelligd.¹⁰⁵ Een overweging dat in dezelfde bewoordingen ook voorkomt bij de parlementaire geschiedenis behorende bij artikel 11a Ow.¹⁰⁶

2.5.2. De achterliggende rechtsgoederen

Dat de wetgever bij artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow op twee gedachten lijkt te hinken, wordt vooral gevoed door het (voornaamste) achterliggende rechtsgoed, namelijk: het reduceren van de risico's voor de volksgezondheid.¹⁰⁷ Daarmee ontstaat overlap met het te beschermen rechtsgoed van de artikelen 10a en 11a Ow en ook met de primaire grondslag van de strafrechtelijke zijde van de Opiumwet.¹⁰⁸ Een opvallende verschuiving, omdat tot de invoering van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow bij de bestuursrechtelijke zijde van de Opiumwet de openbare orde altijd leidend was. Daarvoor heeft de wetgever zelfs bij de invoering van de eerste versie van artikel 13b Ow het doel van de wet uitgebreid met kortweg het beheersen van de openbare orde.¹⁰⁹ De volksgezondheid werd met artikel 13b Ow dan ook slechts indirect beschermd door de bestuursrechtelijke beëindiging van onder meer de verkoop van drugs in een pand.

Daarenboven zijn de eerdere versies van de Opiumwet gebaseerd op elders gecodificeerde bestuursrechtelijke bevoegdheden, waarbij enkel de bewijspositie van de burgemeester is vereenvoudigd.¹¹⁰ Deze bevoegdheden zijn met name de artikelen 174 en 174a Gemw en (thans) artikel 17 Woningwet. Het bepaalde in artikel 174, tweede lid, Gemw geeft de burgemeester de bevoegdheid om onder meer een voor het publiek openstaand gebouw te doen sluiten, omdat dit nodig is met het oog op de bescherming van de veiligheid en gezondheid. Volgens ABRvS is (overeenkomstig de wetsgeschiedenis) het gebruik van deze bevoegdheid enkel gerechtvaardigd, indien onverwijld ingrijpen noodzakelijk is.¹¹¹ Volgens Hennekens is artikel 174 Gemw slechts een concrete uitwerking van de openbare-ordetaak van de burgemeester.¹¹² Artikel 174a, eerste en tweede lid, Gemw is de bevoegdheid van de burgemeester om (kortweg) een niet voor het publiek toegankelijke locatie, zoals een woning,

¹⁰⁵ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 2.

¹⁰⁶ Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32842, nr. 3, p. 6-7; *Kamerstukken I* 2013/14, 32842, nr. D, p. 5-6.

¹⁰⁷ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 1.

¹⁰⁸ Zie voor artikel 10a Opiumwet *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 3. Zie voor artikel 11a Opiumwet *Kamerstukken I* 2012/13, 32842, nr. B, p. 2-3 en *Kamerstukken I* 2013/14, 32842, nr. D, p. 4. Zie voor de strafrechtelijke zijde van de Opiumwet o.a. *Kamerstukken II* 2000/01, 27874, nr. 3, p. 1.

¹⁰⁹ Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25324, nr. 3, p. 5.

¹¹⁰ Zie o.a. *Kamerstukken II* 1996/97, 25324, nr. 3, p. 4; *Kamerstukken II* 2005/06, 30515, nr. 3, p. 4.

¹¹¹ Zie ABRvS 26 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5615, o. 2.7.2., *Gst* 2010/74, m.nt. L.J.J. Rogier.

¹¹² Zie Hennekens, 2004, p. 31.

lokaal of een daarbij behorend erf, te doen sluiten. De reden van de invoering is gelegen in het ontstaan van overlast door drugsgebruik.¹¹³ Bij de motivering van het sluitingsbevel wordt de eis gesteld, dat de verstoring van de openbare orde, of de ernstige vrees daarvoor, moet blijken uit concrete, objectiveerbare en verifieerbare gegevens.¹¹⁴ Artikel 17 Woningwet geeft aan het bevoegd gezag in de zin van artikel 1, eerste lid, Woningwet in de kern de bevoegdheid om een gebouw te doen sluiten, indien de regels van de Woningwet niet worden nageleefd en hierdoor de leefbaarheid wordt bedreigd of er een gevaar voor veiligheid of gezondheid is. Het voorgenoemd artikel heeft voorts enkel betrekking op de fysieke staat van het gebouw, waardoor er een acuut gevaar ontstaat zoals brandgevaar.¹¹⁵ Met betrekking tot (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow is al eerder aangegeven, dat met deze bevoegdheid slechts de bewijspositie van de burgemeester is vereenvoudigd. Deze bevoegdheid blijft in theorie een (zuivere) vorm van bestuursrechtelijke voorkoming van strafbare feiten. De burgemeester dient door de vereenvoudigde bewijspositie enkel op indirecte wijze de verstoring van de openbare orde aan te tonen én op basis van vaststellingen die niet voor discussie vatbaar zijn. Het komt in feite neer op het navolgende. In de gevallen dat een handelshoeveelheid drugs is aangetroffen in een pand, die is bestemd voor de verkoop, de aflevering, de verstrekking, of daartoe aanwezig is, wordt verondersteld dat de openbare orde is verstoord. Daar valt wat voor te zeggen, omdat een pand waarvan bekend is dat er drugs wordt verkocht en/of gebruikt zowel verkopers als gebruikers aantrekt. Ook na ontdekking blijft het aannemelijk, dat verkopers en/of gebruikers blijven komen naar het pand. De verstoring van de openbare wordt met andere woorden (weliswaar) verondersteld, maar staat tegelijkertijd met een grote mate van waarschijnlijk vast. In deze gevallen is – zoals m.i. ABRvS terecht overweegt – sprake van een preventief doel.¹¹⁶ Toch wordt de ABRvS ook een te coulante houding verweten, waarbij onder meer de enkele aanwezigheid van een handelshoeveelheid drugs – zonder dat verkoop in of vanuit het pand aannemelijk is – ook voldoende wordt geacht voor de effectuering van het sluitingsbevel.¹¹⁷ Deze houding heeft immers ertoe geleid, dat de bestuurlijke doelen in de praktijk te veel zijn gaan lijken op strafrechtelijke doelen.¹¹⁸

¹¹³ Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24699, nr. 3, p. 1.

¹¹⁴ Zie o.a. A.E.M. van den Berg, 'Woonoverlast', in: J. Schilder e.a., *Hoofdstukken openbare-orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 97.

¹¹⁵ Zie o.a. Van den Berg 2015, p. 107.

¹¹⁶ Zie ABRvS 8 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6187, o. 2.4.5.

¹¹⁷ Zie paragraaf 9 van de noot bij Rb. Haarlem 4 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY5942, AB 2013/91, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder.

¹¹⁸ Zie o.a. R. Salet & H. Sackers, 'Spanningen tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke aanpak van criminaliteit', *NJB* 2019/766, p. 4-5 (van de 8); L.M. Bruijn & J. Brouwer, 'Verruiming Wet Damocles. Op zoek naar de betekenis in het labyrint dat Opiumwet heet.', *NJB* 2019/767, p. 2 (van de 8).

Het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow lijkt dan ook op de voortzetting van de ontwikkeling in de praktijk bij de toepassing van (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow. De wetgever had namelijk – met (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow – initieel een bevoegdheid voor ogen, waarvan de inzet *ultimum remedium* moest zijn.¹¹⁹ Bovendien slechts om een illegaal verkooppunt te beëindigen of op te heffen.¹²⁰ In de wetsgeschiedenis behorende bij artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow wordt daarentegen overwogen, dat de bestaande bestuursrechtelijke bevoegdheden onvoldoende zijn. De burgemeester moet namelijk kunnen optreden, zodra het pand een schakel vormt in de productie of distributie van drugs.¹²¹ Deze goedkeuring van de ontwikkeling in de praktijk middels wetgeving lijkt de situatie anders te maken. Zo had de ABRvS – ondanks de haar verweten soms coulante houding – de mogelijkheid om met een beroep op de wetsgeschiedenis de toepassing van de burgemeestersbevoegdheid van (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow in bedwang te houden. In 2013 is bijvoorbeeld door de ABRvS beslist, om de effectuering van de bevoegdheid indringer te toetsen dan voorheen.¹²² Daarna is onder meer beslist, dat de effectuering van artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow in een concreet geval een leedtoevoegend karakter kan hebben en in deze gevallen moet worden beschouwd als een punitieve sanctie.¹²³ Daarenboven is niet lang geleden de motiveringsplicht van de burgemeester verder aangescherpt.¹²⁴ Het is wellicht nog steeds mogelijk, dat de ABRvS ook de bevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow begrensd. Toch lijkt de ruimte voor de ABRvS beperkter dan voorheen. Tot de invoering van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow werd immers niet gesproken over de mogelijk generaal-preventieve werking van artikel 13b Ow.

Tegelijkertijd (en ook niet onbelangrijk) is met het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow het verband met de openbare orde niet geheel losgekoppeld. Deze koppeling heeft drie vormen. De eerste vorm is onder meer het (al dan niet ontploffings)gevaar van bijvoorbeeld chemische stoffen. Daaraan kan wat mij betreft worden toegevoegd, dat met name harddrugslaboratoria gepaard kunnen gaan met het dumpen van chemisch afval.¹²⁵ Echter, het is volgens de minister bijvoorbeeld irrelevant voor de effectuering van de bevoegdheid, dat de voorwerpen of stoffen waarschijnlijk in beslag genomen zullen worden door de politie.¹²⁶ Bij illegale hennepkwekerijen geldt een vergelijkbare situatie. Er kan namelijk onder meer

¹¹⁹ Zie o.a. *Kamerstukken II* 2005/06, 30515, nr. 3, p. 8.

¹²⁰ Zie o.a. *Kamerstukken II* 2005/06, 30515, nr. 3, p. 1 en 5.

¹²¹ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 3.

¹²² Zie ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2362, o. 4.1., *Gst* 2014/107, m.nt. J.L.L. Rogier.

¹²³ Zie ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2562, o. 5.1, *JOL* 2014/763.

¹²⁴ Zie ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, o. 4.3.

¹²⁵ Zie M.W. van Laar e.a., *Nationale Drug Monitor. Jaarbericht 2019*, Den Haag 2020, p. 448-449.

¹²⁶ Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34763, nr. 6, p. 6.

brandgevaar zijn. Uit een WODC-onderzoek over ontmantelingen van hennepkwekerijen blijkt daarentegen, dat een hennepkwekerij niet gepaard hoeft te gaan met dergelijk gevaar.¹²⁷ Het gevaar is derhalve niet in alle gevallen – in tegenstelling tot (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow – met een grote mate van waarschijnlijkheid aanwezig. De tweede vorm is om – zoals gangbaar bij (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow – de bekendheid van het adres teniet te doen. Zoals de wetgever eerder (in de parlementaire geschiedenis behorende bij artikel 11a Ow) heeft overwogen, gaat een voorbereidingsproces juist zo geruisloos als mogelijk en is er geen verstoring van de openbare orde.¹²⁸ In deze gevallen kan dan ook geen sprake zijn van de bekendheid van het adres. Bij bevordering kan het daarentegen gerechtvaardigd zijn om de bekendheid van het adres als verkooppunt van voorwerpen of stoffen, waarmee bijvoorbeeld een hennepkwekerij kan worden ingericht, teniet te doen. Het voorgaande betekent desondanks, dat ook hier niet in alle gevallen sprake hoeft te zijn van met een grote mate van waarschijnlijkheid aanwezige (tenminste gevaar) voor de verstoring van de openbare orde. De derde vorm lijkt wel in alle gevallen aanwezig te zijn. Het is daarentegen een ontzettend ver verwijderd verband, dat op geen enkele manier te vergelijken is met (de hiervoor besproken en) elders gecodificeerde openbare-ordebevoegdheden. Het gaat om een verband met de openbare orde, dat wordt bereikt met heel veel argumentatieve (en veelal impliciete) tussenstappen. Het gaat (kortweg) om voorbereidingshandelingen, hetgeen (als eindproduct, dan wel einddoel) drugs opbrengt, waarna de drugs terechtkomt bij de burger via *dealers*. Door het verkopen van die drugs, waardoor mensen het gebruiken en verslaafd raken wordt (mogelijkerwijs) de openbare orde verstoord.¹²⁹

Het voorgaande dwingt tot de conclusie, dat er niet in alle gevallen een zichtbare of met een grote mate van waarschijnlijkheid aanwezige gevaar voor de openbare orde zal zijn. De minister heeft daarentegen te kennen gegeven, dat een dergelijk gevaar niet aanwezig, dan wel zichtbaar, hoeft te zijn in een individueel geval.¹³⁰ Daarenboven lijkt de beëindiging en het voorkomen van herhaling in hetzelfde pand te worden bewerkstelligd door de enkele ontdekking, waardoor de bevoegdheid ook niet noodzakelijk lijkt voor dit (bestuursrechtelijke) doel. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt namelijk, dat een hennepkwekerij na ontmanteling in de regel wordt verplaatst naar een andere locatie.¹³¹ Er is voorts geen reden om bij voorbereiding of bevordering als bedoeld in artikel 10a Ow anders te concluderen. Zodoende lijkt het – op de

¹²⁷ Zie M. Wouters e.a., “*Harde aanpak, hete zomer. Een onderzoek naar de ontmanteling van hennepkwekerijen in Nederland.*” Amsterdam: Rozenberg Publishers 2007, p. 32-33.

¹²⁸ Zie o.a. *Kamerstukken I* 2013/14, 32842, nr. D, p. 4. Zie ook Bruijn & De Brouwer 2019, p. 5 (van de 8).

¹²⁹ Zie o.a. *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 1.

¹³⁰ Zie o.a. *Kamerstukken I* 2018/19, 34763, nr. B, p. 9.

¹³¹ Zie Wouters e.a., 2007, p. 113 en 133.

strafrechtelijke voorkoming van herhaling gelijkend – afschrikwekkend effect leidend te zijn voor de effectuering van de bevoegdheid.¹³²

Wellicht daardoor – en tevens enigszins opmerkelijk – blijkt uit de gepubliceerde bestuursrechtspraak, dat de bovengenoemde (drie) vormen van de verstoring van de openbare orde, dan wel de ernstige vrees daartoe, geen enkele (zichtbare) rol spelen bij een individuele beoordeling.¹³³ Zulks terwijl het in de lijn der verwachting ligt, dat de openbare orde leidend is bij een burgemeestersbevoegdheid.¹³⁴ Daarmee blijven de bovengenoemde vormen slechts beperkt tot abstracte vormen van gevaar.

De burgemeester lijkt dan ook met (het zichtbare deel van) zijn beoordeling weinig toe te voegen aan de strafrechtelijke procedure. Bovendien blijkt uit de wetsgeschiedenis niet op ondubbelzinnige wijze, dat hij rekening dient te houden met het oordeel van de officier van justitie of de strafrechter in een concreet geval. Sterker nog; hem komt (in het algemeen) beoordelingsvrijheid toe in het bestuursrecht.

2.5.3. De opgelegde sanctie

Op basis van de analyse van de gepubliceerde feitenrechtspraak blijkt bij artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow een (al dan niet deels voorwaardelijke) gevangenisstraf de norm te zijn, behoudens één uitzondering.¹³⁵ Al komt het vaak voor dat sprake is van meerdaadse samenloop, waarbij overeenkomstig het bepaalde in artikel 57, eerste lid, Sr één straf wordt opgelegd.¹³⁶ Echter, in de gevallen dat slechts een veroordeling ter zake van artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow is

¹³² Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34763, nr. 3, p. 2.

¹³³ Zie Rb. Zeeland-West-Brabant 14 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1056; Rb. Zeeland-West-Brabant 7 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:2608; Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3012; Rb. Amsterdam 12 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8297; Rb. Zeeland-West-Brabant 23 september 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:4152; Rb. Oost-Brabant 14 november 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:6624; ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:617.

¹³⁴ Zie de expliciete verbinding met de openbare orde bij (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2912, o. 4.1., *Gst.* 2019/177, m.nt. A. Schreijenberg. Vergelijk met o.a. ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:617, waarin de term openbare orde niet voorkomt in de overwegingen van de ABRvS.

¹³⁵ Gebaseerd op de analyse van de resultaten via www.uitspraken.rechtspraak.nl op basis van de volgende zoekcriteria: TUSSEN 01-05-2018 EN 01-05-2020 + ART. 10A OPIUMWET + EERSTE LID + ONDER 3 + BESTEMD ZIJN TOT + VOORHANDEN HEBBEN.

¹³⁶ Zie o.a. Rb. Oost-Brabant 21 juni 2018 ECLI:NL:RBOBR:2018:3041; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9387; Rb. Amsterdam 26 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8378; Rb. Amsterdam 19 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9476; Rb. Rotterdam 11 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2248; Rb. Rotterdam 25 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3992; Rb. Oost-Brabant 2 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2442; Rb. Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4297; Rb. Limburg 25 september 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:8655; Rb. Rechtbank Noord-Nederland 3 oktober 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4091; Rb. Oost-Brabant 17 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5938; Rb. Amsterdam 22 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9029; Rb. Oost-Brabant 4 december 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:6931; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4714; Rb. Limburg 18 december 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:11327; Rb. Oost-Brabant 5 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:601; Rb. Gelderland 2 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1572; Rb. Rotterdam 27 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2749; Rb. Rotterdam 1 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4312. Zie voor geheel voorwaardelijke gevangenisstraf i.c.m. een taakstraf Rb. Rotterdam 25 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2548.

uitgesproken, is de situatie niet anders.¹³⁷ De duur van de gevangenisstraf is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval en daaromtrent kan dan ook geen conclusie worden getrokken.

Bij artikel 11a Ow blijkt de meest opgelegde strafsoort een (veelal geheel of gedeeltelijk voorwaardelijke) gevangenisstraf te zijn van ten hoogste drie maanden en/of een geldboete ter hoogte van maximaal €10.000.¹³⁸ Voorts heb ik slechts één gepubliceerde uitspraak gevonden, waarbij een rechtspersoon is veroordeeld ter zake van artikel 11a Ow. Deze rechtspersoon is veroordeeld tot een geldboete van €10.000.¹³⁹

Uit de gepubliceerde uitspraken (en de gebruikte niet-gepubliceerde uitspraak) met betrekking tot artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow valt op te maken, dat de last onder bestuursdwang altijd een sluitingsbevel inhoudt. Het sluitingsbevel wordt gegeven voor de duur van drie, zes of twaalf maanden. Opmerking verdient, dat er tot op heden slechts zeven uitspraken zijn gepubliceerd.¹⁴⁰

Op basis van het voorgaande kan het navolgende worden gesteld. Ten eerste wijkt de sanctie, die kan worden opgelegd op grondslag van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow, af van het strafrechtelijke sanctierecht. Zoals de wetgever specifiek heeft overwogen met betrekking tot de Opiumwet, lijkt (breder) persoonsgerichtheid een kenmerk van het Nederlands strafrechtelijke sanctierecht te zijn. Naar mijn weten kent immers enkel artikel 7 van de Wet Economische Delicten (hierna: WED) sancties, die verder reiken dan een sec persoonsgerichte aanpak. Al kunnen de sancties in artikel 7 van de WED ook worden beschouwd als een rechtspersoongerichte aanpak, waardoor het hiervoor ingenomen standpunt geen uitzonderingen kent. De burgemeester vormt in die zin een aanvulling, omdat zijn bevoegdheden (in ieder geval deels) sterk lijken te zijn gericht op onroerend goed, al dan niet via het vergunningsstelsel. Men denke ook aan onder meer artikel 3 van de Wet Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur en artikel 35 Wet Drank- en Horecawet.

¹³⁷ Zie o.a. Rb. Oost-Brabant 19 maart 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:1837; Rb. Oost-Brabant 2 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2441; Rb. Gelderland, 14 mei 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2406; Rb. Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4296; Gerechtshof Den Haag 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2388; Rb. Rotterdam 22 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8321; Rb. Rotterdam 27 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2750. Zie voor geheel voorwaardelijke gevangenisstraf Rb. Oost-Brabant 27 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2985.

¹³⁸ Zie voor gevangenisstraf o.a.: Rb. Den Haag 10 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7905; Rb. Limburg 29 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8220; Rb. Gelderland 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7267. Zie voor enkel geldboete o.a.: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5053. Zie voor combinatie van gevangenisstraf en geldboete o.a.: Rb. Oost-Brabant 19 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:150.

¹³⁹ Zie Rb. Limburg 21 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1579.

¹⁴⁰ Zie Rb. Zeeland-West-Brabant 14 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1056; Rb. Zeeland-West-Brabant 7 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:2608; Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3012; Rb. Amsterdam 12 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8297; Rb. Zeeland-West-Brabant 23 september 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:4152; Rb. Oost-Brabant 14 november 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:6624; ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:617.

Ten tweede moet met betrekking tot de gevolgen onderscheid worden gemaakt tussen de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, Ow en 11a Ow. Bij een veroordeling ter zake van artikel 10a Ow worden in de regel (relatief) langdurige gevangenisstraffen opgelegd door de rechterlijke macht. Hierdoor zijn de gevolgen zeer moeilijk te vergelijken met een sluitingsbevel. Toch lijkt het mij, dat het zelfbeschikkingsrecht het allerbelangrijkste is na het leven. Bij een veroordeling ter zake van artikel 11a Ow zijn er veel minder verschillen als het gaat om de gevolgen. Vergeleken met de strafrechtelijke sanctie – die kan worden opgelegd op grondslag van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow – is het aannemelijk, dat de financiële gevolgen van een sluiting voor de duur van twaalf maanden (van een pand waarin een onderneming wordt geëxploiteerd) zelfs veel verstrekkender zijn. Bij een bevel tot woningsluiting gaat de voorgaande vergelijking echter niet zonder meer op.

2.6. Tussenconclusie

Al het voorgaande in acht genomen is de tussenconclusie als volgt. De invoering van artikel 10a Ow was een absolute noodzaak, terwijl de invoering van artikel 11a Ow veeleer een instrumenteel gebruik is van het strafrecht. Uiteindelijk is het een kwestie van rechtspolitieke keuzes. De toepassing in de strafrechtelijke jurisprudentie is voorts sterk geobjectiveerd. Het gevolg van een sterk objectieve invulling is dat er gevallen denkbaar zijn, waarbij het verwijt erg begint te lijken op een vorm risico-aansprakelijkheid. Daarentegen zijn er ook gevallen denkbaar, waarbij een veroordeling op voorhand duidelijk is, hetgeen niet onvermeld mag blijven.

Voorts voegt de burgemeester weinig toe aan de strafrechtelijke beoordeling, al is het mogelijk dat in een individueel geval de bevoegdheid in het kader van de bestuursrechtelijke voorkoming van herhaling en/of de handhaving van de openbare orde (in engere zin) wordt aangewend. Bovendien is er in alle gevallen een koppeling met de openbare orde, al betreft het een ver verwijderd verband en is het geenszins te vergelijken met elders gecodificeerde openbare-ordebevoegdheden. Bij de beoordeling en de daaropvolgende bestuursrechtelijke procedure speelt het daarentegen geen enkele zichtbare rol. Het voorgaande lijkt een trendbreuk te zijn, omdat bij artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow wel een zichtbare koppeling met de openbare orde is. Volgens de wetgever is echter een concreet en tevens zichtbaar verband met (kortweg) de openbare orde dan ook niet vereist en (aangenomen moet worden dat) een afschrikwekkend effect leidend is voor de effectuering van de bevoegdheid bij strafbare handelingen als bedoeld in artikel 10a, eerste lid, onder 3, en/of artikel 11a Ow. De bevoegdheid van artikel 13b, eerste

lid, sub b, Ow komt derhalve *de facto* neer op een (al dan niet her-)beoordeling van de feiten afkomstig uit het strafrechtelijk onderzoek. Bovendien geeft de wetsgeschiedenis niet op een ondubbelzinnige wijze antwoord op enkele fundamentele vragen, zoals de gevallen waarin de officier van justitie de zaak seponeert of de persoon niet eens als verdachte aanmerkt. De wetsgeschiedenis wijst twee richtingen op, namelijk: een geheel onafhankelijke beoordeling van de burgemeester of toch binding aan de beslissing in de strafrechtelijke procedure.

Het langzamerhand in aantal oplopende (en gepubliceerde) bestuursrechtelijke uitspraken geven wel een beeld van de ontwikkeling tot nu toe. Zo is één casus overduidelijk geen sprake van een evident geval. In één casus is de voorzieningenrechter van oordeel, dat de burgemeester niet is gebonden aan de beslissing in de strafrechtelijke procedure. Voorts worden in alle casus enkel het bewijsmateriaal uit de strafrechtelijke procedure beoordeeld door de bestuursrechter en is in géén enkel casus duidelijk wat de stand van zaken is in de strafrechtelijke procedure. Derhalve lijkt de burgemeestersbevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow een eigen leven te leiden.

De enige evidente toevoeging van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow is een in het strafrechtelijk sanctierecht ontbrekende – en tevens te rechtvaardigen – sanctie, namelijk: een bevoegdheid tot het doen sluiten van onroerend goed. Inmiddels een specialisme van de burger '*vader*'. Bij een sluiting van een pand, waarin een onderneming wordt geëxploiteerd, komt de bestuursrechtelijke sanctie, bezien de consequenties, in de buurt van de in de rechtspraak gangbare strafrechtelijke sanctie bij veroordeling ter zake van artikel 11a Ow.

3. Het ne bis in idem-beginsel

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal hoe invulling wordt gegeven aan het ne bis in idem-beginsel door zowel de Hoge Raad als het EHRM. Om de vraag te kunnen beantwoorden is het hoofdstuk als volgt opgebouwd. Eerst wordt in een algemeen deel kennis gemaakt met het ne bis in idem-beginsel, waarin onder meer de ratio van het beginsel kort wordt besproken. Vervolgens wordt de invulling van het beginsel door de Hoge Raad behandeld. Daarna wordt de invulling van het ne bis in idem-beginsel door het EHRM besproken. Tot slot wordt geëindigd met een tussenconclusie.

3.2. Algemeen

Het ne bis in idem-beginsel is een algemeen aanvaard strafrechtelijk beginsel.¹⁴¹ Het is thans dan ook gecodificeerd in tal van internationale documenten, zoals artikel 14, zevende lid, Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (hierna: IVBPR), artikel 54 Uitvoeringsovereenkomst Schengen, artikel 50 Handvest en artikel 4, zevende protocol, EVRM. Door het EHRM is het beginsel omschreven als een belangrijk artikel voor de bescherming van individuen. Deze omschrijving baseert het EHRM op onder meer artikel 4, derde lid, zevende protocol, EVRM, waardoor afwijking van dit recht met toepassing van artikel 15 EVRM is uitgesloten.¹⁴² De ratio van de bepaling is volgens het EHRM de waarborging van een rechtvaardige procedure.¹⁴³ Daarenboven beschermt artikel 4, zevende protocol, EVRM niet zozeer tegen een tweede veroordeling maar primair tegen een tweede vervolging.¹⁴⁴

De Nederlandse equivalent is – al in 1886 – gecodificeerd in artikel 68 Sr en kent voorts een lange voorgeschiedenis.¹⁴⁵ Het ne bis in idem-beginsel in de zin van artikel 68 Sr is volgens A-G Hartevelt gebaseerd op de eisen van billijkheid. Ondanks een andere omschrijving wijkt de ratio van het beginsel daarmee niet af van de ratio van artikel 4, zevende protocol, EVRM. Ook artikel 68 Sr heeft namelijk het doel om individuen te beschermen tegen het voor de tweede keer lastiggevallen worden door de staat vanwege één gedraging.¹⁴⁶ In Nederland dient het

¹⁴¹ Zie H.G.M. Krabbe & H.M. Poolmaan, 'Enkele aspecten van het ne bis in idem-beginsel in internationaal verband', in: *Liber Amoricum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 123-145.

¹⁴² Zie EHRM 8 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0708JUD:005401210, par. 47 (Mihalache/Roemenië).

¹⁴³ Zie EHRM 8 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0708JUD:005401210, par. 48 (Mihalache/Roemenië).

¹⁴⁴ Zie EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 98-100, *NJ* 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland).

¹⁴⁵ Zie voor achtergrondinformatie W.F. van Hattum, *Non bis in idem: De ontwikkeling van een beginsel*, (diss. Groningen) Groningen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 257 e.v.

¹⁴⁶ Zie concl. A-G A.E. Hartevelt, ECLI:NL:PHR:2015:8, bij HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:324, o. 9.1., *AB* 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

bepaalde in artikel 68 Sr daarenboven ook de belangen van de staat, omdat het gezag van een (straf)rechtelijke uitspraak wordt beschermd door van elkaar afwijkende beslissingen te voorkomen.¹⁴⁷

Het bepaalde in artikel 68 Sr wordt echter nauwelijks rechtstreeks en op bindende wijze beïnvloed door de hiervoor genoemde internationale bepalingen. Bij de ratificatie van het IVBPR is door het Koninkrijk namelijk een voorbehoud gemaakt bij onder meer artikel 14, zevende lid, IVBPR. In dit voorbehoud is aangegeven, dat het bepaalde in het voornoemd artikellid enkel wordt aanvaard voor zover het niet meer verplichtingen schept dan hetgeen voortvloeit uit artikel 68 Sr. Het zevende protocol van het EVRM is voorts niet geratificeerd door Nederland, al speelde het ne bis in idem-beginsel geen rol bij deze beslissing.¹⁴⁸ Alleen artikel 50 Handvest speelt voor de Nederlandse rechtsorde een relevante rol, maar dit artikel heeft enkel toepassing in de gevallen als bedoeld in artikel 51 Handvest. Het voorgaande betekent dat onder meer artikel 50 Handvest slechts van toepassing is, wanneer Nederland het recht van de Unie ten uitvoer brengt. Eerder is aangegeven, dat artikel 50 Handvest, blijkens het publicatieblad, dezelfde inhoud en reikwijdte heeft als het bepaalde in artikel 4, zevende protocol, EVRM.¹⁴⁹ Voorts lijkt het Hof van Justitie van de Europese Unie de huidige koers van het EHRM te volgen.¹⁵⁰ Ons hoogste rechtscollege – dat ingevolge artikel 81 Wet op de Rechtelijke Organisatie belast is met het dienen van onder meer de rechtseenheid – heeft een gevaar van een rechtsorde ‘*à deux vitesses*’ willen voorkomen en heeft derhalve bepaald dat artikel 4, zevende protocol, EVRM desondanks van belang is voor de Nederlandse rechtsorde.¹⁵¹

3.3. De invulling van het ne bis in idem-beginsel door de Hoge Raad

Bij de bespreking van de invulling van het ne bis in idem-beginsel door de Hoge Raad is van belang om onderscheid te maken tussen drie situaties. De Hoge Raad is namelijk van oordeel, dat alle drie de situaties een andere benadering dienen te hebben. In dit onderzoek gaat het om een bestuursrechtelijke sanctie, die onvoorzien op grond van artikel 6 EVRM aangemerkt zou kunnen worden als een *criminal charge*. In het navolgende zal de koers van de Hoge Raad vanuit deze invalshoek worden besproken, waarbij de koers is onder te verdelen in (1) de wettelijke (on)mogelijkheden en (2) de niet-wettelijke mogelijkheid. Voorts is ervoor gekozen

¹⁴⁷ Zie o.a. concl. A-G A.E. Hartevelde, ECLI:NL:PHR:2015:8, bij HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:324, o. 8.2., AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

¹⁴⁸ Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29800 VI, nr. 9, p. 1-2.

¹⁴⁹ Zie *PbEU* 2007, C 303/31.

¹⁵⁰ Zie HvJ EU 20 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:197, par. 60-63 V-N 2018/20.7, m.n. red. (Luca Menci).

¹⁵¹ Zie HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, rov. 2.7.1., NJ 2011/394, m.nt. Y. Buruma.

om een bestuurlijke sanctie, die onvoorzien op grond van artikel 6 EVRM aangemerkt kan worden als een *criminal charge*, een punitieve bestuurlijke sanctie te noemen. Op deze manier wordt getracht om een (Babylonische) spraakverwarring te voorkomen.

3.3.1. De wettelijke (on)mogelijkheden

De reikwijdte van artikel 68 Sr is van oudsher beperkt en heeft enkel betrekking op een tweede strafrechtelijke vervolging, terwijl er een eerdere onherroepelijke (materiële) beslissing is van een strafrechter.¹⁵² Deze beperkte reikwijdte is tot op heden door de Hoge Raad gehandhaafd, al is een transactie in de zin van artikel 74 Sr wel gelijkgesteld met een beslissing van de strafrechter.¹⁵³ Bij een punitieve bestuurlijke sanctie kan artikel 68 Sr derhalve niet van toepassing zijn.¹⁵⁴ Zulks terwijl A-G Hartevelde heeft voorgesteld om de reikwijdte van artikel 68 Sr uit te breiden, zodat onder meer ingespeeld kan worden op de vervagende grenzen tussen het straf- en bestuursrecht (die mogelijk maken dat het bestuur op verkapte wijze bestraft).¹⁵⁵

Voorts heeft de Hoge Raad heel lang volgehouden, dat er in Nederland geen rechtsbeginsel bestaat inhoudende dat na een bestuurlijke boete of een punitieve bestuurlijke sanctie geen strafvervolging kan worden ingesteld.¹⁵⁶ Ik geef toe dat daarvoor ook weinig wettelijke aanknopingspunten waren, maar de Hoge Raad past blijkens het bepaalde in artikel 79, eerste lid, onder b, Wet op de Rechterlijke Organisatie het '*recht*' toe. Aangenomen wordt, dat beginselen een grote invloed hebben op het recht.¹⁵⁷ Het lang volgehouden oordeel is uiteindelijk toch deels bijgesteld met een beroep op de codificatie van een algemeen geldend *una via*-beginsel in de Awb.¹⁵⁸ Het voorgaande betekent volgens de thans gevaren koers van de Hoge Raad, dat artikel 243, tweede lid Sv, in verbinding met de artikelen 255 Sv en 5:44 Awb de autoriteiten dwingen om één weg te bewandelen bij een wettelijke mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete en de keuze voor (bijvoorbeeld) een bestuursrechtelijk

¹⁵² Zie o.a. HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:324, rov. 4.3.1., AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen. Zie ook De Hullu 2018, p. 547-551.

¹⁵³ Zie HR 17 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:18, NJ 1964/385, m.nt. W.P.J. Pompe.

¹⁵⁴ Zie concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2017:1305, bij HR 5 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3062, o. 3.8., NJ 2018/231, m.nt. J.M. Reijntjes; Concl. A-G F.W. Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2018:772, bij HR 2 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1818, o. 12-13, NJ 2018/403; HR 6 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2978, rov. 2.5., NJ 2016/130, m.nt. J.M. Reijntjes.

¹⁵⁵ Zie concl. A-G A.E. Hartevelde, ECLI:NL:PHR:2015:8, bij HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:324, o. 8.27., AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

¹⁵⁶ Zie o.a. Concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2007:AZ7078, bij HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, o. 10., NJ 2007/181. Zie voor bevestiging HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, rov. 3.5., NJ 2007/181.

¹⁵⁷ Zie A.C. 't Hart, *Om het OM* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976, p. 3-4.

¹⁵⁸ Zie HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, rov. 2.4.1.-2.5., NJ 2011/394, m.nt. Y. Buruma. Zie ook HR 15 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5166, rov. 2.3.6., NJ 2012/327, m.nt. A.H. Klip.

traject een beletsel vormt voor een latere strafrechtelijke procedure.¹⁵⁹ Deze koers heeft tot gevolg, dat ook het *una via*-beginsel niet van toepassing is op punitieve bestuurlijke sancties.

3.3.2. De niet-wettelijke mogelijkheid

De laatste categorie is de voor dit onderwerp de meest belangrijke mogelijkheid. Het is een mogelijkheid zonder wettelijke grondslag. De Hoge Raad heeft beslist, dat in uitzonderlijke gevallen (en nadat een punitieve bestuurlijke sanctie is opgelegd) een strafvervolgning onaanvaardbaar kan zijn. In deze uitzonderlijke gevallen kan namelijk een cumulatie op gespannen voet staan met het beginsel dat ten grondslag ligt aan artikel 68 Sr, namelijk: de beginselen van een goede procesorde.¹⁶⁰ Voor deze gevallen heeft de Hoge Raad ook een andere toets geïntroduceerd. Deze toets is: (1) de verweten gedraging is identiek, (2) de beschermde rechtsgoederen in hoge mate vergelijkbaar en (3) de gevolgen van de sancties komen in hoge mate overeen.¹⁶¹ Later heeft ons rechtscollege de toets met twee aspecten verder ontwikkeld. Eerst is (zij het impliciet) bepaald dat sprake is van een punitieve bestuurlijke sanctie, indien een bestuurlijke sanctie is opgelegd direct of indirect na het plegen van een strafbaar feit.¹⁶² Daarna is bepaald, dat de strafrechter een bestuurlijke sanctie altijd als relevante omstandigheid mag betrekken bij de strafmaat.¹⁶³

Drie aspecten van deze koers verdienen m.i. nadere aandacht, namelijk: (1) de vertaling van de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM, (2) de verdere ontwikkeling van de uitzonderlijke gevallen-doctrine en (3) het in ieder geval bij de uitzonderlijke gevallen-doctrine losgelaten feitsbegrip.

De vertaling van de jurisprudentie van het EHRM door de Hoge Raad

De jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM, vormt een constitutieve vereiste om een beroep op de zogenaamde uitzonderlijke gevallen-doctrine te kunnen doen. In de Nederlandse rechtspraak is de term *criminal charge* en derhalve de – hierna te bespreken – Engel-criteria leidend. Toch wordt de *criminal charge* wel erg beperkt uitgelegd. In 2016 heeft de Hoge Raad daar expliciete overwegingen aan gewijd. Bepaald is, dat de Nederlandse rechter het EVRM enkel kan toepassen op basis van de

¹⁵⁹ Zie o.a. concl. A-G G. Knigge, ECLI:NL:PHR:2017:1305, bij HR 5 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3062, o. 3.8., NJ 2018/231, m.nt. J.M. Reijntjes.

¹⁶⁰ Zie HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, rov. 4.4., AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

¹⁶¹ Zie HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, rov. 4.3.2., AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen. Bevestigd in HR 2 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1818, rov. 2.3., NJ 2018/403.

¹⁶² Zie HR 3 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3205, rov. 2.5., NJ 2016/72, m.nt. J.M. Reijntjes.

¹⁶³ Zie HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, rov. 2.6., NJ 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes.

gevestigde rechtspraak van het EHRM.¹⁶⁴ Deze eis is in de kern begrijpelijk, omdat hierna zal blijken dat de rechtspraak van het EHRM te vaak (en te veel) grillen vertoont. Bovendien zijn in de rechtsgeleerde literatuur aanknopingspunten te vinden, die deze visie onderschrijven. Zo heeft Kooijmans gesteld, dat zolang (voor zover relevant) de maatstaven van het EHRM niet duidelijk zijn de rechtspraak van de Hoge Raad in lijn met het EVRM moet worden geacht.¹⁶⁵ Vaak betekent het voorgaande echter dat een *criminal charge* pas wordt aangenomen, indien blijkens de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot exact eenzelfde onderwerp (zoals ongeldigverklaring van een rijbewijs) nauwelijks ruimte overblijft om anders te oordelen.¹⁶⁶ In alle andere gevallen is de toetsing aan de Engel-criteria tamelijk formalistisch. Tevens wordt de eigen invulling van een *criminal charge* door de Hoge Raad leidend geacht.

De verdere ontwikkeling van de uitzonderlijke gevallen-doctrine

De formalistische vertaling van de jurisprudentie van het EHRM heeft ook gevolgen gehad voor de verdere ontwikkeling van de zogenaamde uitzonderlijke gevallen-doctrine van de Hoge Raad. De uitzonderlijke gevallen-doctrine is tot op heden immers enkel bij de cumulatie van een strafvervolgning met het (zogenaamde) alcoholslotprogramma aangenomen en daarna is een beroep structureel verworpen.¹⁶⁷ Weliswaar is niet elk arrest (waarin een beroep op de zogenaamde uitzonderlijke gevallen-doctrine is verworpen) even verwonderlijk. Er zaten namelijk casus bij, die m.i. bij voorbaat kansloos waren. Een goed voorbeeld van een kansloos cassatieberoep is een strafvervolgning wegens mishandeling in de zin van artikel 300, eerste lid, Sr. Vóór de strafvervolgning is door de burgemeester een huisverbod opgelegd aan de verdachte op voet van artikel 2 Wet tijdelijk huisverbod.¹⁶⁸ Een dergelijk huisverbod is – blijkens de parlementaire geschiedenis – bedoeld om bij ernstig en onmiddellijk gevaar voor huiselijk geweld aan een persoon, met de bij artikel 2 Wet tijdelijk huisverbod bepaalde (en daarmee beperkte) termijnen, de toegang tot een woning te ontzeggen.¹⁶⁹ Daarmee is het bij uitstek een vorm van bestuursrechtelijke voorkoming van strafbare feiten in de zin van artikel 172, eerste lid, Gemw. Bij andere arresten is er een keuze gemaakt door de Hoge Raad, die ook anders had

¹⁶⁴ Zie HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, rov. 3.3.3., NJ 2017/132, m.nt. E.A. Alkema.

¹⁶⁵ Zie paragraaf 4 van de noot bij HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:222, NJ 2016/143, m.nt. T. Kooijmans.

¹⁶⁶ Zie concl. A-G A.E. Harteveld, ECLI:NL:PHR:2015:8, bij HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:324, o. 8.36.-8.37., AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

¹⁶⁷ Zie o.a. HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:222, NJ 2016/143, m.nt. T. Kooijmans; HR 15 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:405, NJ 2016/176, m. red. aant.; HR 5 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3062, NJ 2018/231, m.nt. J.M. Reijntjes; HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, NJ 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes; HR 16 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:23, NJ 2018/64; HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1014, NJ 2018/299; HR 2 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1818, NJ 2018/403.

¹⁶⁸ Zie HR 5 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:3062, NJ 2018/231, m.nt. J.M. Reijntjes.

¹⁶⁹ Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30657, nr. 3, p. 1.

kunnen zijn. Een goed voorbeeld betreft de navolgende casus. De persoon in kwestie is vervolgd wegens overtreding van artikel 76, eerste lid, van de Wet personenvervoer 2000 (hierna: Wp), een misdrijf blijkens het bepaalde in artikel 1, eerste lid, onder 3, WED. Echter, eerder is een door de minister, en met toepassing van artikel 93 Wp, opgelegde last onder dwangsom verbeurd. Voor de duidelijkheid: het gaat in zowel de strafvervolging als de bestuursrechtelijke procedure over de overtreding van artikel 73, eerste lid, Wp én op exact dezelfde datum.¹⁷⁰ Bovendien bedroeg het i.c. een verbeurd bedrag ter hoogte van €10.000.¹⁷¹ Op basis van de algemeen geformuleerde rechtsregel door de Hoge Raad zou een last onder dwangsom, die direct kan worden opgelegd na het plegen van een strafbaar feit aangemerkt kunnen worden als een *criminal charge*.¹⁷² Ook A-G Machielse laat in zijn conclusie doorschemeren, dat hij twijfels heeft bij een dergelijke gang van zaken. Toch concludeert hij met een beroep op een arrest van de Hoge Raad uit 2016, dat i.c. geen sprake is van een *criminal charge*.¹⁷³ In het door A-G Machielse verwezen arrest heeft de Hoge Raad bepaald, dat indien geen vervangende hechtenis is verbonden aan het verbeuren van een geldsom er geen sprake kan zijn van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.¹⁷⁴ Enerzijds heeft de Hoge Raad door de jaren heen voorkomen, dat de in 2015 geformuleerde uitzondering hoofdregel is gaan worden. Een begrijpelijke keuze van ons hoogste rechtscollege. Anderzijds valt toch op, dat de Hoge Raad ontzettende terughoudendheid toont. Een dergelijke terughoudendheid is echter volgens Reijntjes noodzakelijk, zodat de Hoge Raad niet te veel de grenzen van zijn rechtsvormende taak opzoekt.¹⁷⁵ Een dergelijke terughoudendheid lijkt daarentegen niet te gelden als het om rechtshandhaving gaat.¹⁷⁶

Het bij de uitzonderlijke gevallen-doctrine losgelaten feitsbegrip

Aangezien de Hoge Raad bij de cumulatie van een punitieve bestuurlijke sanctie met een strafvervolging een buitenwettelijk vervolgingsbeletsel heeft aangenomen, is bij de hierbij geïntroduceerde toets het feitsbegrip in de zin van artikel 68 Sr losgelaten. De Hoge Raad stelt namelijk de eis, dat de verweten gedraging identiek is én de rechtsgoederen in hoge mate

¹⁷⁰ Zie concl. A-G A.J.M. Machielse, ECLI:NL:PHR:2017:1344, bij HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, o. 3.2.-3.3., NJ 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes.

¹⁷¹ Zie paragraaf 3 van de noot bij NJ 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes.

¹⁷² Zie HR 3 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3205, rov. 2.5., NJ 2016/72, m.nt. J.M. Reijntjes.

¹⁷³ Zie concl. A-G A.J.M. Machielse, ECLI:NL:PHR:2017:1344, bij HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, o. 3.7.-3.8., NJ 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes. Zie ook paragrafen 1 en 7 van de noot bij NJ 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes voor nadere duiding.

¹⁷⁴ Zie HR 12 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:615, rov. 2.3.1., NJ 2016/215.

¹⁷⁵ Zie paragraaf 3 van de noot bij NJ 2016/72, m.nt. J.M. Reijntjes.

¹⁷⁶ Zie o.a. P.A.M. Mevis, 'Strafrecht als waarborg en bedreiging van kwaliteit van zorg tegelijk', TvGR 2015/39, p. 51.

vergelijkbaar zijn. Het feitsbegrip in de zin van artikel 68 Sr is immers een enorm heikel punt.¹⁷⁷ Volgens Borgers is de rechtsontwikkeling jarenlang belemmerd, omdat zowel bij artikel 313 Sv als bij artikel 68 Sr hetzelfde feitsbegrip wordt gehanteerd.¹⁷⁸ Het thans gehanteerde feitsbegrip van de Hoge Raad stamt volgens De Hullu uit 1961 en is laatstelijk in 2011 bevestigd.¹⁷⁹ Deze standaardtoets bevat een juridische- en feitelijke component, waarbij de juridische component leidend is. In het geval dat de conclusie is dat de juridische component afwijkt, hoeft immers niet meer getoetst te worden aan de feitelijke component.¹⁸⁰ Bij de uitzonderlijke gevallen-doctrine staat de verweten gedraging voorop en wordt daarna getoetst aan de rechtsgoederen. Een gecombineerde toets (waarbij het rechtsgoed nog steeds een rol speelt) zal vast te maken zal hebben met het oordeel van de Hoge Raad dat een louter feitelijke interpretatie onwenselijk is, omdat het kan leiden tot onaanvaardbare uitkomsten.¹⁸¹ In de hierna te behandelen jurisprudentie van het EHRM zal blijken, dat de toets – behorende bij de uitzonderlijke gevallen-doctrine – niet strijdig lijkt te zijn met de jurisprudentie van het EHRM.

3.4. De invulling van het ne bis in idem-beginsel door het EHRM

Blijkens de redactie van artikel 4, zevende protocol, EVRM is het ne bis in idem-beginsel van toepassing bij (1) *criminal proceedings* (2) binnen de jurisdictie van dezelfde staat, waarbij een persoon (3) *finally* is vrijgesproken of veroordeeld. In het navolgende wordt de jurisprudentie behandeld, waarbij de invulling van de termen door het EHRM aan bod komt. Daarbij wordt de indeling gehanteerd, die vaak wordt gebruikt door het EHRM. Eerst wordt getoetst of sprake is van *criminal proceedings*, en daarna of sprake is van een *final* vrijspraak of veroordeling. In de gevallen, dat aan de voorgaande elementen is voldaan, toetst het EHRM daaropvolgend altijd of sprake is van dezelfde feiten (hierna: *idem*) en of sprake is van eenzelfde vervolging (hierna: *bis*). Het vereiste dat sprake moet zijn een zuiver interne situatie wordt achterwege gelaten, omdat dit slechts een feitelijke vaststelling is en voor het onderwerp van deze scriptie tevens niet relevant.

¹⁷⁷ Zie voor nadere duiding o.a. C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, bewerkt door: F. de Jong, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 87.

¹⁷⁸ Zie paragraaf 5 van de noot bij HR 25 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5012, *NJ* 2013/176, m.nt. M.J. Borgers. Zie voor nadere duiding ook paragraaf 4 van de noot bij *NJ* 2013/176, m.nt. M.J. Borgers; concl. A-G A.J.M. Machielse, ECLI:NL:PHR:2005:AR8401, bij HR 29 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8401, o. 3.10., *NJ* 2007/509; paragraaf 8 van de noot bij HR 16 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5833, *NJ* 2008/127, m.nt. N. Keijzer; De Hullu 2018, p. 554.

¹⁷⁹ Zie De Hullu 2018, p. 556. Zie ook HR 2 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3838, rov. 3.3., *NJ* 2000/174, m.nt. J. de Hullu. Zie bevestigingen in HR 16 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5833, rov. 3.4. *NJ* 2008/127, m.nt. N. Keizer; HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, rov. 3.2.2., *NJ* 2011/394, m.nt. Y. Buruma.

¹⁸⁰ Zie paragraaf 3 van de noot bij *NJ* 2013/176, m.nt. M.J. Borgers. Zie voor afwijking HR 4 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:3636, *NJ* 2015/63. Zie voor nadere duiding ook De Hullu 2018, p. 560-562.

¹⁸¹ Zie HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, rov. 2.8., *NJ* 2011/394, m.nt. Y. Buruma.

Vóór de bespreking van de jurisprudentie dient het navolgende opgemerkt te worden. Het destilleren van algemene rechtsregels uit de rechtspraak op grondslag van artikel 4, zevende protocol, EVRM is iets minder makkelijk dan het misschien lijkt. Door gebrek aan handvatten, zoals (een equivalent van) een wetsgeschiedenis is het EHRM afhankelijk van internationale rechtsvergelijkingen en de analyse van de rechtsstelsels van de verdragsstaten.¹⁸² Hierdoor lijkt de rechtspraak soms onderhevig aan schommelingen. Bovendien is de rechtspraak van het EHRM ontzettend casuïstisch. Het gevolg van een te casuïstische benadering is, dat de rechtspraak soms inconsistent en niet-coherent wordt. Een concreet voorbeeld van de inconsistentie met betrekking tot artikel 4, zevende protocol, EVRM is, dat het *idem*-begrip in ieder geval drie verschillende benaderingen heeft gekend in de rechtspraak van het EHRM.¹⁸³ Deze benaderingen hebben voorts een lange tijd naast elkaar bestaan.¹⁸⁴ Daarentegen is het volgens het EHRM de taak van de verdragsstaten om het verdrag ‘*as a whole*’ te interpreteren en lijkt het bevorderen van de interne consistentie daarmee buiten de bevoegdheid van het EHRM te vallen.¹⁸⁵ Deze beslissing is nauw verbonden met de internationaal erkende *Kompetenz-Kompetenz*-doctrine en dient gerespecteerd te worden.¹⁸⁶ Dientengevolge is ervoor gekozen om op onderdelen, en voor zover dat mogelijk is, niet door het EHRM gemaakte koppelingen te maken. In het vervolg zal een dergelijke bijdrage telkens worden ingeleid met de zinnsnede ‘*naar mijn oordeel*’, waardoor het voor de lezer duidelijk is dat het een toevoeging van mijn hand betreft.

3.4.1. *Criminal proceedings*

Van een zogenaamde *criminal proceeding* is volgens het EHRM sprake, indien is voldaan aan de eisen met betrekking tot een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM of een *penalty* in de zin van artikel 7 EVRM. Echter, in de jurisprudentie van het EHRM speelt artikel 7 EVRM geen rol meer. In 2016 is namelijk definitief beslist, dat ter bepaling van *criminal proceedings*

¹⁸² Zie voor internationale rechtsvergelijking o.a. EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 31-44, *NJ* 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland); zie voor analyse van de nationale rechtsstelsels o.a. EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 51-52 & 118, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

¹⁸³ Zie voor een *idem factum*-benadering (lees: zuiver feitelijke interpretatie) EHRM 23 oktober 1995, ECLI:CE:ECHR:1023JUD001596390, par. 54-55 (Gradinger/Oostenrijk); zie voor *concoures idéal d'infactions*-benadering (lees: zuiver juridische interpretatie) EHRM 30 juli 1998, ECLI:CE:ECHR:0730JUD0730008681080, par. 25-28 (Oliveira/Zwitserland); zie voor *essential elements*-benadering (lees: juridische interpretatie, waarbij cumulatie is uitgesloten in de gevallen dat essentiële juridische elementen identiek zijn) EHRM 29 mei 2011, ECLI:CE:ECHR:0529JUD003795097, par. 23-30 (Franz Fischer/Oostenrijk).

¹⁸⁴ Zie EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 71-77, *NJ* 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland).

¹⁸⁵ Zie o.a. EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 107, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen); EHRM 26 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:1026JUD003021096, par. 152 (Kudła/Polen); EHRM 12 april 2006, ECLI:CE:ECHR:0412JUD006573101, par. 45 (Stec e.a./VK).

¹⁸⁶ Zie o.a. ICTY 2 oktober 1995, IT-94-1-AR72, par. 18 (Duško Tadić).

getoetst dient te worden aan de Engel-criteria. Deze criteria zijn ontwikkeld ter bepaling van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.¹⁸⁷ Naar mijn oordeel is dat beter ook, omdat het de rechtszekerheid ten goede komt. Bovendien zijn de termen *criminal charge* en *penalty* volgens Nan toch reeds sterk met elkaar verweven.¹⁸⁸

De definitie van een *criminal charge* heeft een autonome betekenis, omdat anders de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM (en de daaruit voortvloeiende procedurele waarborgen) afhankelijk zouden zijn van de ‘*sovereign will*’ van de verdragsstaten.¹⁸⁹ Bovendien heeft het Öztürk-arrest ertoe geleid, dat bestuursrechtelijke sancties (al dan niet verplaatst vanuit het strafrecht in het kader van decriminalisering) steeds vaker en makkelijker onder de reikwijdte van een *criminal charge* zijn gaan vallen.¹⁹⁰ In het Jussila-arrest is het voorgaande door het EHRM erkend. Door de jaren heen zijn volgens het EHRM steeds meer sancties – die niet behoren tot de ‘*hardcore*’ van het strafrecht – onder de reikwijdte van een *criminal charge* gebracht.¹⁹¹

De Engel-criteria zijn in 1976 ontwikkeld, vanwege de autonome betekenis van een *criminal charge*. Deze criteria blijken tot op heden nog steeds leidend te zijn. Sindsdien worden deze criteria immers structureel toegepast, al is de rechtspraak niet altijd even rechtlijnig. De Engel-criteria bestaan uit drie onderdelen, namelijk: de kwalificatie naar nationale wetgeving, de aard van de overtreding en de ernst van de sanctie.¹⁹² De toets dient altijd op de volgorde, zoals hiervoor aangegeven, plaats te vinden.¹⁹³ De criteria zijn alternatief, hetgeen betekent dat enkel voldoen aan één van de criteria voldoende is voor het aannemen van een *criminal charge*. Indien alle drie de criteria op zichzelf onvoldoende zijn, kan het daarenboven cumulatief worden toegepast, waardoor de optelsom kan leiden tot de conclusie dat er een *criminal charge* is.¹⁹⁴

In het navolgende zullen de voorgenoemde drie criteria afzonderlijk worden behandeld. Voorafgaand aan de behandeling dient echter een aantal opmerkingen te worden gemaakt. Naar mijn oordeel is de beoordeling of sprake is van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM nattevingerwerk (zo u wil een billijkheidsoordeel). Het enige wat het grootste gedeelte

¹⁸⁷ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 107, BNB 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

¹⁸⁸ Zie J.S. Nan, *Het Lex Certa-beginsel*, (diss. Tilburg), Den Haag: SDU Uitgevers 2011, p. 142-144.

¹⁸⁹ Zie EHRM 21 februari 1984, ECLI:CE:ECHR:0221JUD000854479, par. 49 (Öztürk/Duitsland). Zie ook EHRM 23 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:0323JUD004715206, par. 179 (Blokhin/Rusland).

¹⁹⁰ Zie de paragrafen 26-31 van dissenting opinion van Pinto de Albuquerque bij EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, BNB 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

¹⁹¹ Zie EHRM 23 november 2006, ECLI:CE:ECHR:1123JUD007305301, par. 43, BNB 2007/150, m.nt. M.W.C. Feteris (Jussila/Finland). Zie ook de paragrafen 18-22 van dissenting opinion van Pinto de Albuquerque bij EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, BNB 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

¹⁹² Zie EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:0608JUD000537072, par. 82, NJ 1978/223 (Engel e.a./Nederland).

¹⁹³ Zie EHRM 25 augustus 1987, ECLI:CE:ECHR:0925JUD000991282, par. 54-55 (Lutz/Duitsland).

¹⁹⁴ Zie EHRM 24 februari 1994, ECLI:CE:ECHR:0224JUD001254786, par. 47, NJ 1994/496, m.nt. E.A. Alkema (Bendenoun/Frankrijk). Zie ook EHRM 9 oktober 2003, ECLI:CE:ECHR:1009JUD03966598, par. 86 (Ezeh e.a./VK).

van de hiernavolgende bespreking per criterium verbindt, is dat het EHRM vaak gebruik maakt van deze elementen of indicaties en dat deze voor dit onderzoek relevant lijken te zijn. Desondanks heeft de navolgende bespreking ook zijn tekortkomingen. Deze tekortkomingen worden vooral veroorzaakt door het gebruik van niet-limitatieve indicaties en elementen door het EHRM ter invulling van de Engel-criteria. Het is voorts niet duidelijk in welke gevallen en waarom het EHRM een bepaald element of bepaalde indicatie gebruikt. Bij een concrete beoordeling behoudt het EHRM ook nog eens altijd de mogelijkheid om een nog nooit eerder gebruikte element of indicatie te introduceren. Hierdoor biedt de jurisprudentie te weinig zekerheid en is het moeilijk te voorspellen.

1. De kwalificatie naar nationale wetgeving.

Volgens het EHRM is de kwalificatie naar nationale wetgeving slechts een startpunt. Aangezien de criteria alternatief zijn, betekent dat kwalificatie als straf blijktens de nationale wetgeving voldoende is voor de gelijkstelling met een *criminal charge*. In alle andere gevallen moet aan de overige criteria worden getoetst.¹⁹⁵

2. De aard van de overtreding.

Dit criterium is volgens het EHRM (in relatieve zin) veel belangrijker.¹⁹⁶ In de rechtspraak speelt dit criterium derhalve al decennia een belangrijke rol, waardoor een enorm aantal (niet-limitatieve) indicaties is ontwikkeld. Het is niet duidelijk wat de onderlinge verhouding van de indicaties is. Naar mijn oordeel maakt het voldoen aan meerdere indicaties de conclusie aannemelijker, dat (wegens de aard van de overtreding) het om een *criminal charge* gaat.

De vaststelling dat een bepaling algemeen bindend is, en niet gericht tegen een specifieke groep personen, speelt een belangrijke rol in de jurisprudentie.¹⁹⁷ Bij een bepaling gericht op een specifieke groep personen, moet niet gedacht worden aan de burger in een bepaalde hoedanigheid – zoals ondernemer, belastingbetaler, etc. – maar veeleer aan een afdoeningsmodaliteit zoals het tuchtrecht waarvan de toepassing volledig onafhankelijk is van strafrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Zie EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:0608JUD000537072, par. 82, *NJ* 1978/223 (Engel e.a./Nederland).

¹⁹⁶ Zie EHRM 23 november 2006, ECLI:CE:ECHR:1123JUD007305301, par 38, *BNB* 2007/150, m.nt. M.W.C. Feteris (Jussila/Finland).

¹⁹⁷ Zie o.a. EHRM 24 februari 1994, ECLI:CE:ECHR:0224JUD001254786, par. 47, *NJ* 1994/496, m.nt. E.A. Alkema (Bendenoun/Frankrijk).

¹⁹⁸ Zie o.a. EHRM 22 mei 1980, ECLI:CE:ECHR:0522JUD001103484, par. 33 (Weber/Zwitserland). Zie ook EHRM 21 februari 1984, ECLI:CE:ECHR:0221JUD000854479, par. 53 (Öztürk/Duitsland); EHRM 19 februari 2013, ECLI:CE:ECHR:0221JUD004719506, par. 42-47 (Müller Hartburg/Oostenrijk); EHRM 5 april 2016, ECLI:CE:ECHR:0405JUD003306010, par. 59 (Helmut Blum/Oostenrijk).

Het gereconstrueerde doel van de sanctie wordt ook vaak toegepast. Indien het doel vergelding en/of afschrikking (lees: voorkomen van herhaling) is, zal al snel sprake zijn van een indicatie dat het om een *criminal charge* gaat. Het voorgaande betekent echter niet, dat het doel uitsluitend vergelding en/of afschrikking moet zijn. Zoals het EHRM veelvuldig heeft overwogen betekent het enkele feit, dat sprake is van andere doelen niet dat een vergeldend en/of afschrikwekkend doel is uitgesloten.¹⁹⁹ In de rechtspraak wordt daarentegen het voorkomen van herhaling soms een preventief en soms een punitief doel toegedicht.²⁰⁰ Een voorbeeld van preventieve voorkoming van herhaling is een maatregel, waarbij een veroordeling slechts een aanleiding vormt voor nader onderzoek. Voorts kan de maatregel slechts worden opgelegd bij een (naar aanleiding van het onderzoek) gebleken reëel gevaar voor gewelddadig gedrag.²⁰¹ Op basis van de analyse van de rechtspraak lijkt (voor zover relevant voor de aard van de overtreding) met name (1) de reden van de invoering, (2) de mate van koppeling met een strafbaar feit en (3) de aannemelijkheid van het gevaar bepalend of sprake is van preventie of bestraffing.²⁰²

Het belang dat de sanctie beoogt te beschermen is ook een indicatie. In het geval dat de sanctie een belang beschermt, dat normaliter door het strafrecht wordt beschermd is sprake van een indicatie dat het om een *criminal charge* gaat.²⁰³ Een goed voorbeeld daarvan is de Stenuit-casus. In deze casus gaat het om de wettelijke mogelijkheid van de minister om te reageren met een geldelijke sanctie op een gedraging, die bij wet als strafbaar feit is aangemerkt. Derhalve behoort tegen eenzelfde gedraging ook een strafrechtelijke vervolging tot de mogelijkheden.²⁰⁴

De vereisten voor de oplegging van een sanctie is niet een regelmatig toegepaste indicatie. Desondanks lijkt de redenering interessant te zijn. Onder meer het afhankelijk stellen van de oplegging van een sanctie aan opzet of *culpa* kan worden aangemerkt als een punitief element.²⁰⁵

¹⁹⁹ Zie EHRM 21 februari 1984, ECLI:CE:ECHR:0221JUD000854479, par. 53 (Öztürk/Duitsland).

²⁰⁰ Zie EHRM 17 december 2009, ECLI:CE:ECHR:1217JUD19533904, par. 130 (M/Duitsland). Zie ook EHRM 24 februari 1994, ECLI:CE:ECHR:0224JUD001254786, par. 47, *NJ* 1994/496, m.nt. E.A. Alkema (Bendenoun/Frankrijk); EHRM 4 november 2008, ECLI:CE:ECHR:0411JUD007259601, par. 58 (Balsyte Lideikene/Litouwen).

²⁰¹ Zie EHRM 9 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:1009JUD001912015, par. 81-84 (Seržin/Kroatië).

²⁰² Zie o.a. EHRM 9 februari 1995, ECLI:CE:ECHR:0209JUD001744090, par. 30 (Welch/VK); EHRM 28 oktober 1999, ECLI:CE:ECHR:1028JUD002678095, par. 37 (Escoubet/België); EHRM 11 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:0711JUD001984408, par. 27 (Becker/Oostenrijk).

²⁰³ Zie o.a. EHRM 23 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:1023JUD004707215, par. 42 (Produkcija/Slovenië). Zie ook EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 55, *NJ* 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland).

²⁰⁴ Zie ECRM 30 mei 1995 ECLI:CE:ECHR:0523DEC001159885, par. 62 (Stenuit/Frankrijk). Zie ook *mutatis mutandis* ECRM 4 maart 1978, ECLI:CE:ECHR:0304DEC000734176, par. 79 (Herbert Eggs/Zwitserland).

²⁰⁵ Zie o.a. EHRM 10 juni 1996, ECLI:CE:ECHR:0610JUD001938092, par. 56 (Benham/VK).

3. De ernst van de sanctie.

Naar mijn oordeel wordt in beginsel de ernst van de sanctie door het EHRM niet erg relevant geacht, omdat het strafrecht altijd onderscheid maakt tussen ernstige en minder ernstige gedragingen. In de letterlijke bewoordingen van het EHRM: “*There is in fact nothing to suggest that the criminal offence referred to in the Convention implies a certain degree of seriousness.*”²⁰⁶ Ook in het nabije verleden is herhaaldelijk aangenomen, dat sprake is van een *criminal charge* ondanks het ontbreken van een mogelijk ernstige sanctie.²⁰⁷ Derhalve lijkt de ernst van de sanctie voornamelijk van belang, indien niet is voldaan aan de eerste twee criteria. In deze gevallen kan de ernst van de sanctie desondanks rechtvaardigen, dat er sprake is van een *criminal charge*. Hierbij is het van belang op te merken dat het niet om de daadwerkelijke opgelegde sanctie gaat, maar om de hoogte van de sanctie volgens de wettelijke omschrijving.²⁰⁸ Dat de ernst van de sanctie niet een *hard and fast rule* is, blijkt naar mijn oordeel ook uit de rechtspraak op grondslag van artikel 7 EVRM, waarin is overwogen dat ook sec preventieve maatregelen grote effecten kunnen hebben op een individu.²⁰⁹

3.4.2. *Finally* vrijgesproken of veroordeeld

De termen vrijspraak en veroordeling worden ruim geïnterpreteerd door het EHRM. Het gaat immers om elke beslissing van een persoon ‘*participating in the administration of justice*’.²¹⁰ Indien sprake is van een vrijspraak of veroordeling, dient aan de term *final* te worden voldaan. Daarvan kan enkel sprake zijn, indien sprake is van minimaal één onherroepelijke beslissing op basis van een inhoudelijke beoordeling.²¹¹ Het voorgaande betekent voorts, dat er geen gewoon rechtsmiddel meer open moet staan. De gewone rechtsmiddelen moeten dan ook zijn uitgeput of de termijn voor het instellen van een gewoon rechtsmiddel moet zijn overschreden.²¹² In het zogenaamde Mihalache-arrest is daarenboven bepaald, dat indien geen gewoon rechtsmiddel openstaat de beslissing direct als *final* moet worden beschouwd.²¹³ Overigens vallen buitengewone rechtsmiddelen buiten de reikwijdte van het bepaalde in artikel 4, eerste lid,

²⁰⁶ Zie EHRM 21 februari 1984, ECLI:CE:ECHR:0221JUD000854479, par. 53 (Öztürk/Duitsland). Zie ook EHRM 9 oktober 2003, ECLI:CE:ECHR:1009JUD03966598, par. 104 (Ezeh e.a./VK).

²⁰⁷ Zie o.a. EHRM 1 januari 2005, ECLI:CE:ECHR:0201JUD006182100, par. 34-35 (Zilibierberg/Moldavië); EHRM 3 april 2012, ECLI:CE:ECHR:0403JUD002347005, par. 26 (Nicoleta Gheorghe/Roemenië).

²⁰⁸ Zie o.a. EHRM 28 juni 1984, ECLI:CE:ECHR:0628JUD000787877, par. 72 (Campbell e.a./VK). Zie ook EHRM 9 oktober 2003, ECLI:CE:ECHR:1009JUD03966598, par. 120 (Ezeh e.a./VK).

²⁰⁹ Zie EHRM 21 oktober 2013, ECLI:CE:ECHR:1021JUD004275009, par. 82 (Del Rio Prada/Spanje).

²¹⁰ Zie EHRM 8 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0708JUD:005401210, par. 95 (Mihalache/Roemenië).

²¹¹ Zie EHRM 8 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0708JUD:005401210, par. 95 en 97 (Mihalache/Roemenië).

²¹² Zie EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 107, *NJ* 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland).

²¹³ Zie EHRM 8 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0708JUD:005401210, par. 109 (Mihalache/Roemenië).

zevende protocol, EVRM, hetgeen expliciet is gecodificeerd in artikel 4, tweede lid, zevende protocol, EVRM.²¹⁴

3.4.3. *Idem*

Zoals eerder in dit hoofdstuk is aangegeven, heeft het EHRM door de jaren heen met betrekking tot *idem* geen eenduidige koers gevaren. In 2009 is daar een einde aan gekomen. De feiten van de casus zijn als volgt. Zolotukhin is aangehouden, omdat hij op een eerder moment samen met zijn vriendin (blijkbaar) een militair terrein heeft betreden. Hij is op het moment van de aanhouding dronken, verbaal agressief jegens de politieambtenaren en bezigt obscene taal. Vanwege dat gedrag wordt een proces-verbaal opgesteld voor het niet opvolgen van bevelen. Na het opstellen van het proces-verbaal bedreigt Zolotukhin onderweg naar een ander politiebureau de politieambtenaar – die het proces-verbaal heeft opgesteld – met de dood. Voor de gedragingen op het politiebureau wordt hij gesanctioneerd tot een administratieve detentie voor de duur van drie dagen. Vervolgens wordt hij strafrechtelijk vervolgd voor de gedragingen verricht op het politiebureau én voor de gedragingen in het politievoertuig.²¹⁵

Het EHRM overweegt eerst, dat de eerder gebruikte interpretaties te veel rechtsonzekerheid hebben gecreëerd, omdat niet meer duidelijk is welke interpretatie het EHRM exact toepasselijk acht en tevens de interpretaties te dynamisch worden toegepast. Derhalve is gekozen voor de benadering met een nadruk op een feitelijke gang van zaken, waarbij is voldaan aan het vereiste indien de feiten identiek of substantieel identiek zijn.²¹⁶ Aangezien de strafrechtelijke vervolging deels is gebaseerd op hetzelfde proces-verbaal, dat ten behoeve van de bestuursrechtelijke procedure is opgesteld, lagen met betrekking tot de gedragingen op het politiebureau dezelfde (en tevens) identieke feiten ten grondslag aan de vervolging.²¹⁷ Voorts wordt door het EHRM de gedragingen in het politievoertuig – in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval – omschreven als '*different manifestations of the same conduct*', waardoor ook de vervolging voor deze feiten valt onder de reikwijdte van *idem*.²¹⁸

In de rechtsgeleerde literatuur is onenigheid over de betekenis van dit arrest. Buruma is (of was) namelijk van oordeel, dat het EHRM met dit arrest heeft gekozen voor een zuiver feitelijke

²¹⁴ Zie ook EHRM 8 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0708JUD:005401210, par. 110 (Mihalache/Roemenië).

²¹⁵ Zie EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 8-24, *NJ* 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland).

²¹⁶ Zie EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 78-84, *NJ* 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland).

²¹⁷ Zie ook EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 90-96, *NJ* 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland).

²¹⁸ Zie ook EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 92, *NJ* 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland).

interpretatie.²¹⁹ Onder meer Borgers is echter van oordeel, dat door het EHRM is gekozen voor een overwegend feitelijke interpretatie.²²⁰ Ik ben het met Borgers eens, dat het EHRM uitgaat van een overwegend feitelijke interpretatie. Met name vanwege de reden, dat het EHRM in het Zolotukhin-arrest expliciet afstand doet van de *idem factum*-benadering en kiest voor de harmonisatie van alle (drie de) benaderingen.²²¹ Een contra-indicatie is daarentegen, dat het EHRM overweegt dat sprake moet zijn van een onlosmakelijk verband in tijd en ruimte.²²² Toch blijkt uit de latere rechtspraak, dat de hiervoor genoemde contra-indicatie genuanceerd is. In de gevallen dat een gedraging niet onvermijdelijk gepaard hoeft te gaan met een andere gedraging is het EHRM nog steeds van oordeel, dat geen sprake is van (tenminste) substantieel dezelfde feiten.²²³ Het is echter niet meer toegestaan om bepalingen enkel op abstract niveau te vergelijken.²²⁴ Naar mijn oordeel is het een kwestie van een juiste evenwicht, waarbij enkel is bepaald dat de juridische component te nimmer de overhand mag krijgen én de feitelijke interpretatie royaal dient te zijn. Zo hoeft het niet opvolgen van bevelen niet gepaard te gaan met onder meer bedreigingen, maar dat is wel het geval als de persoon in kwestie een ‘*episode*’ heeft.²²⁵ Daarmee dwingt het EHRM niet tot een in de Nederlandse rechtsgeleerde literatuur gevreesde uitkomst bij een te feitelijke benadering. Het gaat in de casus van 1931 om een persoon, die eerst is vervolgd ter zake van de overtreding van de Veewet en daarna ter zake van onder meer bedreiging met doodslag van opsporingsambtenaren. In verband met de eerdere vervolging ter zake van de overtreding van de Veewet is het openbaar ministerie niet-ontvankelijk verklaard in de tweede vervolging.²²⁶ Het overtreden van de Veewet leidt echter niet onvermijdelijk ertoe, dat een agent wordt bedreigd met doodslag. Derhalve lijkt – volgens de koers van het EHRM – geen sprake te zijn van *idem*. Daarentegen lijkt het EHRM wel te dwingen tot de conclusie dat sprake is van *idem*, indien een persoon eerst wordt vervolgd ter zake van artikel 285 Sr én de feitelijke beschrijving inhoudt dat de verdachte slingerend heeft gereden. Maar nadat hij ter zake van artikel 285 Sr onherroepelijk is vrijgesproken, hij opnieuw wordt vervolgd en deze keer ter zake van artikel 5 Wegenverkeerswet, waarbij de feitelijke

²¹⁹ Zie paragraaf 5 van de noot bij NJ 2010/36, m.nt. Y. Buruma. Zie ook paragraaf 3 van de noot bij NJ 2011/394, m.nt. Y. Buruma. Zie ook paragraaf 10 van de noot bij HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:222, AB 2016/351, m.nt. C. Saris & L. van Boven.

²²⁰ Zie paragraaf 7 van de noot bij NJ 2013/176, m.nt. M.J. Borgers. Zie ook paragraaf 4 van de noot bij NJ 2016/143, m.nt. T. Kooijmans.

²²¹ Zie EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 78-84, NJ 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland).

²²² Zie EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 84, NJ 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland). Zie ook EHRM 25 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:0625JUD005575907, par. 63 (Maresti/Kroatië).

²²³ Zie EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:0520JUD003523211, par. 49-51 (Pirttimäki/Finland).

²²⁴ Zie EHRM 19 december 2017, ECLI:CE:ECHR:1219JUD007847711, par 87 (Ramda/Frankrijk).

²²⁵ Zie EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, par. 92, NJ 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland).

²²⁶ Zie De Hullu 2018, p. 552

beschrijving opnieuw inhoudt dat hij slingerend heeft gereden. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld, dat geen sprake is van *hetzelfde feit als bedoeld in artikel 68 Sr.*²²⁷ Kortom; naar mijn oordeel heeft het EHRM het vereiste *idem* willen ontdoen van beide – onaanvaardbare gevolgen hebbende – uitersten.

3.4.4. *Bis*

Het Zolotukhin-arrest heeft kennelijk de Europese rechtsstelsels op hun grondvesten doen schudden. In een arrest van 2016, waarin weer eens artikel 4, zevende protocol, EVRM aan bod kwam bij de Grote Kamer, hebben dan ook in totaal zes Europese regeringen zich gevoegd als derde-partij overeenkomstig het bepaalde in artikel 36 EVRM.²²⁸ Wat daar ook van zij; het EHRM heeft in dit arrest het bepaalde in Zolotukhin weliswaar niet gewijzigd, maar wel over de band van *bis* zo goed als ongedaan gemaakt en wel met een overweldigende meerderheid. Deze wijziging was bovendien ‘gewoon’ mogelijk met een beroep op de eerdere rechtspraak.

De rechtspraak is echter niet zomaar gewijzigd. Het EHRM voert hiervoor de navolgende twee redenen aan. Ten eerste heeft een aantal staten het zevende protocol van het EVRM niet geratificeerd en een aantal staten heeft een voorbehoud gemaakt op het bepaalde in artikel 4, zevende protocol, EVRM.²²⁹ Ten tweede blijkt uit de analyse van de rechtsstelsels van de verdragsstaten, dat met name lidstaten van de Europese Unie (voor zover relevant) op het gebied van ‘*public safety*’ de verweten gedragingen duaal afdoen, namelijk: bestuursrechtelijk en strafrechtelijk.²³⁰ Overigens is ‘*public safety*’ een synoniem van de term ‘*public order*’.²³¹ Daarbij zijn de verdragsstaten – volgens de vaststaande rechtspraak van het EHRM – in beginsel vrij hun rechtsstelsels naar eigen inzicht in te richten.²³²

Voorts is naar mijn oordeel het A en B-arrest door het EHRM aangegrepen om diens eigen rechtspraak, waarin de zogenaamde ‘*sufficiently close connection*’-doctrine is behandeld, nagenoeg volledig te harmoniseren.²³³ Het A en B-arrest kan dan ook worden samengevat in

²²⁷ Zie HR 25 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5012, rov. 2.5., *NJ* 2013/176, m.nt. M.J. Borgers.

²²⁸ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 9, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²²⁹ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 114, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²³⁰ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 118, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen). Zie ook conclusie A-G Cruz Villalón bij HvJ EU 26 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:105, par. 70 e.v., *NJ* 2013/348, m.nt. M.R. Kok (Akerberg Franson).

²³¹ Zie F.H.S. Bridge, *The Council of Europe French-English legal dictionary*, Straatsburg: Council of Europe Press 1994, p. 281.

²³² Zie o.a. EHRM 16 november 2010, ECLI:CE:ECHR:1016JUD000092605, par. 83 (Taxquet/België).

²³³ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 113, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

één zin: in dit arrest is de cumulatie van *criminal proceedings* geconsolideerd en deze cumulatiemogelijkheid is vervolgens gestroomlijnd met algemene regels.

De algemene regels die uit dit arrest – in combinatie met de (ervoor en erna) gewezen arresten – kunnen worden gedestilleerd zijn als volgt. De eerste regel heeft betrekking op een cumulatie van *criminal proceedings*, die aanvaardbaar dient te zijn en vormt als het ware de voortoets. Indien de voortoets geen belemmeringen oplevert, wordt overgegaan tot de inhoudelijke toets. De tweede regel heeft betrekking op de feitenverzameling, die zo veel als mogelijk door één autoriteit dient plaats te vinden. De derde regel heeft betrekking op de beoordeling van de feiten én toepassing ervan op de wettelijke criteria, die door één autoriteit dient plaats te vinden. De vierde regel heeft betrekking op het verband in tijd. De vijfde en laatste regel heeft betrekking op de proportionaliteit van de twee sancties.

1. De cumulatie van twee verschillende *criminal proceedings* dient aanvaardbaar te zijn

De aanvaardbaarheid van de twee verschillende *criminal proceedings* is onder te verdelen in drie elementen, namelijk: de consolidatie van duale afdoening, de wettelijke verankering en de toegevoegde waarde.

Zoals eerder vermeld lijkt het A en B-arrest te zijn bedoeld om de huidige wet- en regelgeving van verdragsstaten te consolideren. Derhalve lijkt een duale afdoening, waarbij sprake is van cumulatie van *criminal proceedings*, thans alleen mogelijk met betrekking tot fiscale wetgeving, milieuwetgeving of openbare orde of -veiligheid.²³⁴ In ieder geval geldt de navolgende concrete eis. Er moet een rechtscultuur zijn ontwikkeld, waarin bepaalde feiten duaal worden afgehandeld.²³⁵

Het tweede element houdt in dat een dergelijke cumulatie niet spontaan mag plaatsvinden, maar zowel in de wet als in de rechtspraktijk moet zijn verankerd. Dat wil zeggen; de burger moet vooraf hebben kunnen voorzien, dat bij een bepaalde gedraging twee procedures elkaar zouden opvolgen.²³⁶

Het derde element houdt in, dat de procedures een toegevoegde waarde moeten hebben ten opzichte van elkaar. Het bepaalde in het A en B-arrest is daarom enkel van toepassing op de

²³⁴ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 118, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²³⁵ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 118 & 145, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen); EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, *NJ* 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland); EHRM 14 januari 2014, ECLI:CE:ECHR:0114JUD003204211 (Muslija/Bosnië Herzegovina); EHRM 18 oktober 2011, ECLI:CE:ECHR:1018JUD005378509, par. 4-11 (Tomasović/Kroatië).

²³⁶ Zie o.a. EHRM 13 december 2005, ECLI:CE:ECHR:1213JUD007366101 (Nilsson/Zweden); EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:0520JUD003739411 (Glantz/Finland); EHRM 4 oktober 2016, ECLI:CE:ECHR:0410JUD002156312 (Rivard/Zwitserland).

cumulatie van punitieve bestuursrechtelijke- en strafrechtelijke sancties, waarbij op proportionele (en een met elkaar samenhangende) wijze verschillende behoeften van de samenleving worden bevredigd.²³⁷ Voorts lijkt het EHRM de koers thans aan te scherpen en te eisen, dat ook daadwerkelijk verschillende sancties worden opgelegd, waardoor beide procedures ook *in concreto* toegevoegde waarde moeten hebben ten opzichte van elkaar.²³⁸ Voor het overige is dit element voornamelijk te beschrijven door uit te leggen bij welke cumulaties sprake is van geen enkele toegevoegde waarde. Ten eerste kan geen sprake zijn van toegevoegde waarde, indien beide cumulaties behoren tot de 'hardcore' van het strafrecht, ongeacht de nationale kwalificatie.²³⁹ Hierbij moet worden gedacht aan onder meer een casus waarin de persoon in kwestie twee keer is gesanctioneerd voor het bezit van drugs, waarvan eenmaal bestuursrechtelijk en eenmaal strafrechtelijk. De bestuursrechtelijke sanctie bestond uit een aanzienlijke geldboete en de strafrechtelijke sanctie uit een gevangenisstraf en beide procedures dienden exact hetzelfde doel.²⁴⁰ Een harde eis is dan ook, dat de bestuursrechtelijke sancties geen stigmatiserend effect mogen hebben.²⁴¹ Wanneer daarvan sprake is, lijkt echter niet volledig duidelijk. In ieder geval staat vast, dat een stigmatiserend effect wordt aangenomen bij de wettelijke mogelijkheid tot vrijheidsbeneming.²⁴² Ten tweede kan geen sprake zijn van een aanvaardbare cumulatie, indien de sancties niet elkaar aanvullen in doeleinden. Een voorbeeld hiervan is het Muslija-arrest, waar de desbetreffende verzoeker bestuursrechtelijk én strafrechtelijk is gesanctioneerd tot een geldboete voor de mishandeling van zijn vrouw, in de aanwezigheid van hun minderjarige kinderen.²⁴³ Zulks terwijl de bestuursrechtelijke sanctionering in theorie een aanvullend doel had kunnen dienen. Daar kan echter geen sprake van zijn, als in beide procedures de sanctionering leidt tot in grote mate dezelfde uitkomst en de sancties exact hetzelfde doel dienen.²⁴⁴

²³⁷ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 130, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²³⁸ Zie EHRM 6 juni 2019, ECLI:CE:ECHR:0606JUD004734214, par. 53 (Nodet/Frankrijk). Zie voor goedkeuring van *in concreto* dezelfde sancties EHRM 17 februari 2015, ECLI:CE:ECHR:0217JUD004160411 (Boman/Finland).

²³⁹ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 115, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²⁴⁰ Zie EHRM 18 oktober 2011, ECLI:CE:ECHR:1018JUD005378509, par. 4-11 (Tomasović/Kroatië).

²⁴¹ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 133, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²⁴² Zie o.a. EHRM 15 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:0115JUD001773506, par. 64 (Chopenko/Oekraïne). Zie voor aanname stigmatiserend effect bij geldboete EHRM 29 september 2009, ECLI:CE:ECHR:0929JUD003737605, par. 27 (Talabér/Hongarije).

²⁴³ Zie EHRM 14 januari 2014, ECLI:CE:ECHR:0114JUD003204211, par. 5-13 (Muslija/Bosnië Herzegovina). Vergelijk met EHRM 9 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:1009JUD001912015 (Seražin/Kroatië).

²⁴⁴ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 129, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

2. De feiten moeten zo veel als mogelijk door één autoriteit worden verzameld

De feitenvaststelling in de eerste procedure (die relevant is voor de tweede procedure) mag niet meer ter discussie mag staan.²⁴⁵ In ieder geval mag het onderzoek nooit worden herhaald in een tweede procedure.²⁴⁶ Al is het wel toegelaten om in het kader van een *ex nunc* toets feiten vast te stellen, die de bijvoorbeeld strafrechter niet had kunnen weten.²⁴⁷ Daarbij is bepaald, dat staten in beginsel vrij zijn om het wettelijk stelsel naar eigen inzicht in te richten en dus te bepalen welke autoriteit de feiten verzamelt.²⁴⁸

3. De beoordeling van het feitenmateriaal en toepassing op de wettelijke criteria moet plaatsvinden door één autoriteit

In alle gevallen dient één autoriteit de feiten te beoordelen en de wettelijke termen, indien deze in beide procedures (minimaal) inhoudelijk gelijk aan elkaar zijn, te interpreteren. Alle andere autoriteiten dienen de uitleg van deze inhoudelijk aan elkaar gelijk zijnde termen en de beslissing – over de vraag of in een concreet geval is voldaan aan een wettelijke term – te volgen. Het EHRM heeft immers in de gevallen, waarin tegelijkertijd of achtereenvolgens is geprocedeerd over de vraag of is voldaan aan de wettelijke criteria, die voorts in beide procedures gelijk aan elkaar waren, regelmatig een schending van artikel 4, zevende protocol, EVRM aangenomen.²⁴⁹ Derhalve dienen de sancties zo veel als mogelijk elkaar op te volgen.²⁵⁰ Het is daarom niet vereist, dat de twee procedures tegelijkertijd onherroepelijk worden en het is niet in strijd met artikel 4, zevende protocol, EVRM, dat de tweede procedure aanvangt of wordt voortgezet op de dag of nadat de eerste procedure onherroepelijk is geworden.²⁵¹ De twee formuleringen die dwingen tot een dergelijke gang van zaken zijn: er moet feitelijk sprake zijn van een *'single process'* en de tweede procedure moet zijn gebaseerd op een onherroepelijke

²⁴⁵ Zie o.a. EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 130, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²⁴⁶ Zie o.a. EHRM 18 mei 2017, ECLI:CE:ECHR:0518JUD02200711, par. 50-52 (Jóhannesson e.a./IJsland); EHRM 6 juni 2019, ECLI:CE:ECHR:0606JUD004734214, par. 53 (Nodet/Frankrijk).

²⁴⁷ Zie EHRM 4 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:0104JUD002156312, par. 31 (Rivard/Zwitserland).

²⁴⁸ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 120, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²⁴⁹ Zie voor concurrerende procedures o.a. EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:0520JUD003739411 (Glantz/Finland). Zie voor achtereenvolgende procedures o.a. EHRM 30 april 2015, ECLI:CE:ECHR:0430JUD000345312 (Kapetanios e.a./Griekenland). Zie vooral een greep uit de aangenomen schendingen tegen Finland veroorzaakt door de wettelijke regeling o.a. EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:0420JUD000075811 (Häkki/Finland); EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:0420JUD001182811 (Nykänen/Finland); EHRM 27 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:0127JUD0001703913 (Rinas/Finland); EHRM 10 februari 2015, ECLI:CE:ECHR:0215JUD005319713 (Österlund/Finland).

²⁵⁰ Zie o.a. EHRM 13 december 2005, ECLI:CE:ECHR:1213JUD007366101 (Nilsson/Zweden); EHRM 17 februari 2015, ECLI:CE:ECHR:0217JUD004160411 (Boman/Finland). Zie ook EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 114, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²⁵¹ Zie o.a. EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 126-127, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen); EHRM 13 december 2005, ECLI:CE:ECHR:1213JUD007366101 (Nilsson/Zweden); EHRM 4 oktober 2016, ECLI:CE:ECHR:0410JUD002156312, par. 31-32 (Rivard/Zwitserland).

veroordeling.²⁵² Er zijn tot op heden slechts twee uitzonderingen erkend op de voorgaande hoofdregel. De eerste (logische) uitzondering is in de gevallen, dat beide sancties door dezelfde autoriteit worden opgelegd.²⁵³ De tweede uitzondering is, dat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de beslissing in de eerste procedure vaststaat. Een concreet voorbeeld van de tweede uitzondering is: in de gevallen dat de persoon in kwestie de feiten heeft bekend en er overigens voldoende bewijsmateriaal is.²⁵⁴

Het is daarentegen in het geheel niet duidelijk wie een dergelijke beoordelings- en interpretatiebevoegdheid toekomt en hoe de procedure exact ingericht dient te worden. Het EHRM geeft in het zogenaamde Lucky Dev-arrest namelijk niet aan, waarom het i.c. ervan uitgaat dat de interpretatie van de fiscale wetgeving door de strafrechter leidend is.²⁵⁵ In een ander arrest is bovendien een herbeoordeling van de feiten door de strafrechter, nadat in een bestuursrechtelijke de feiten zijn beoordeeld, in strijd met artikel 4, zevende protocol, EVRM geacht.²⁵⁶ Al gaat het in deze zaak over twee bepalingen van één wet, waarbij ook in de bestuursrechtelijke procedure de Franse cassatierechter bevoegd is.²⁵⁷ Voorts werden beide bepalingen uit de ‘*code monétaire et financier*’ door de Franse rechter exact op dezelfde wijze gedefinieerd, uitgelegd en toegepast.²⁵⁸ De situatie wordt iets ingewikkelder in een (door het EHRM toegestane) procedure, waarbij het bewijs tussen twee autoriteiten heen en weer is gestuurd en met één dossier is gewerkt, maar de uiteindelijke beoordeling toch in twee procedures heeft plaatsgevonden.²⁵⁹ Al kan deze goedkeuring ook een toevalstreffer worden genoemd, met name omdat deze gang van zaken i.c. gunstig heeft uitgepakt voor de verzoeker. In twee andere arresten is immers de gang van zaken in de verdragsstaat IJsland – met *nota bene* dezelfde wet- en regelgeving – in strijd met artikel 4, zevende protocol, EVRM geacht.²⁶⁰

De conclusie die in de internationale rechtsgeleerde literatuur aan deze rechtspraak is verbonden, is dat het EHRM toestaat dat de feiten worden beoordeeld en geïnterpreteerd in een

²⁵² Zie voor ‘*single process*’-formulering: EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 130, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen). Zie voor verwachte of onherroepelijke veroordeling-formulering: EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:0520JUD001182811, par. 51 (Nykänen/Finland).

²⁵³ Zie EHRM 8 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0708JUD:005401210, par. 82-84 (Mihalache/Roemenië).

²⁵⁴ Zie voor bekennen van feiten EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 13-16 & 145, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen). Vergelijk met de gang van zaken bij de andere verzoeker: EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 32, 148-150, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²⁵⁵ Zie o.a. EHRM 27 november 2014, ECLI:CE:ECHR:1127JUD000735610 (Lucky Dev/Zweden).

²⁵⁶ EHRM 6 juni 2019, ECLI:CE:ECHR:0606JUD004734214, par. 49 (Nodet/Frankrijk).

²⁵⁷ EHRM 6 juni 2019, ECLI:CE:ECHR:0606JUD004734214, par. 18 (Nodet/Frankrijk).

²⁵⁸ EHRM 6 juni 2019, ECLI:CE:ECHR:0606JUD004734214, par. 48 (Nodet/Frankrijk).

²⁵⁹ Zie EHRM 4 december 2018, ECLI:CE:ECHR:1204JUD002277914 (Matthildur Ingvarsdottir/IJsland).

²⁶⁰ Zie voor schendingen EHRM 18 mei 2017, ECLI:CE:ECHR:0518JUD02200711 (Jóhannesson e.a./IJsland); EHRM 6 april 2019, ECLI:CE:ECHR:0416JUD007209814 (Bjarni Ármannsson/IJsland).

administratiefrechtelijke procedure.²⁶¹ Het is namelijk niet mogelijk om – met een beroep op ‘*droit interne*’ van een rechtsgebied en de daarin geldende bewijsmaatstaf en overige interne regels – af te wijken van een beslissing in een andere procedure over de feitenbeoordeling en over de inhoudelijk aan elkaar gelijk zijnde wettelijke termen.²⁶² De interpretatie van het verdrag ‘*as a whole*’ maakt echter een dergelijke conclusie m.i. onhoudbaar.²⁶³ De rechtswaarborgen uit artikel 6 EVRM kunnen bij een dergelijke conclusie namelijk niet worden gegarandeerd in de procedure, waarbij een tot de ‘*hardcore*’ van het strafrecht behorende sanctie kan worden opgelegd. In de laatstgenoemde procedure ontstaat immers een onweerlegbaar vermoeden van schuld. Toch lijkt het voorgaande toegestaan te zijn.²⁶⁴

Dientengevolge is bij deze rechtswaarborg de situatie uiterst ingewikkeld. Het gaat bovendien om sterk van elkaar afwijkende type procedures. Een fiscale procedure is bijvoorbeeld geenszins te vergelijken met een procedure met betrekking tot openbare orde of -veiligheid. Derhalve wil ik mijn oordeel beperken tot de procedures met betrekking tot de openbare orde- of veiligheid. Naar mijn oordeel worden de verdragsstaten – zij het impliciet – allemaal één kant opgeduwd. Zo lijkt te worden gestreefd naar een procedure, waarbij de navolgende gang van zaken de norm wordt in de meerderheid van de verdragsstaten. Door de autoriteiten wordt (1) in een vroeg stadium de betrokkene(n) medegedeeld, dat een tweede sanctie kan worden opgelegd, (2) zodra de feiten vaststaan en geconcludeerd kan worden dat aan de wettelijke criteria is voldaan, (3) wordt de tweede (bestuursrechtelijke) procedure geïnitieerd.²⁶⁵ Als in acht wordt genomen, dat de rechtsstelsels van de verdragsstaten een grote invloed hebben gehad op de jurisprudentiële koers van het EHRM. Dan is het niet ondenkbaar, dat het EHRM op den duur – met een beroep op de ontwikkelde norm in een groot deel van de verdragsstaten – een procedure zal eisen, waarbij de feiten worden beoordeeld en

²⁶¹ Zie o.a. G. Lasagni en S. Mirandola, ‘The European *ne bis in idem* at the Crossroads of Administrative and Criminal Law’, *EUCRIM* 2019/2, p. 129.

²⁶² Zie o.a. EHRM 30 april 2015, ECLI:CE:ECHR:0430JUD000345312, par. 71-72 (Kapetanios e.a./Griekenland).

²⁶³ Zie o.a. EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 107, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²⁶⁴ Zie de paragrafen 60-64 van dissenting opinion van Pinto de Albuquerque bij EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen). De kern van de kritiek is, dat de overwegingen in par. 130-134 *de iure condendo* (lees: met betrekking tot een rechtsstelsel in transitie) zijn geformuleerd. De overwegingen zijn om deze reden niet dwingend genoeg. Dientengevolge kunnen verdragsstaten bij de transitie het toch mogelijk maken, dat de feiten worden vastgesteld in een bestuursrechtelijke procedure.

²⁶⁵ Gebaseerd op de gang van zaken in EHRM 13 december 2005, ECLI:NL:CE:ECHR:1213JUD007366101 (Nilsson/Zweden). Zie voor expliciete verwijzing van het EHRM naar de Zweedse rechtspraak in EHRM 17 februari 2015, ECLI:CE:ECHR:0217JUD004160411, par. 17 (Boman/Finland). Zie ook EHRM 30 mei 2000, ECLI:CE:ECHR:0530DEC003198296 (R.T./Zwitserland); EHRM 21 september 2006, ECLI:CE:ECHR:005989200 (Maszni/Roemenië); EHRM 4 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:0104JUD002156312 (Rivard/Zwitserland).

geïnterpreteerd in een strafrechtelijke procedure.²⁶⁶ Tegelijkertijd kunnen verdragsstaten bewerkstelligen dat een totaal andere procedure de norm wordt, waardoor het EHRM kan worden belet om de voorgaande eis op den duur te stellen. Daardoor is de toekomst van deze regel redelijk onduidelijk en lijkt het voor een groot deel afhankelijk te zijn van de ontwikkeling in de verdragsstaten.

4. Er moet sprake zijn van een ‘sufficiently close connection’ in ‘time’

De tweede procedure mag niet te lang op zich laten wachten, waardoor de ‘*substance in time*’ ontbreekt.²⁶⁷ Ook in deze gevallen kan geen sprake zijn van een ‘*single process*’. Er is echter nog nooit een tijdslimiet gegeven, waarbinnen de tweede procedure moet zijn geëindigd. Tot op heden is volstaan met de overweging, dat de vertraging gerechtvaardigd moet kunnen worden door de staat. Het voorgaande betekent, dat voortvarend moet worden gehandeld.²⁶⁸ Overigens is het benutten van de rechtsmiddelen in de tweede procedure nog nooit als vertraging aangemerkt.

5. In één van de twee procedures moet (desnoods toevalligerwijs) rekening worden gehouden met de oplegging van de andere sanctie

De cumulatie van de sancties mag te nimmer disproportioneel zijn. Om deze reden dient in één van de twee procedures bij de oplegging van de sanctie rekening te worden gehouden met de oplegging van de andere sanctie.²⁶⁹ Voor de hand ligt, dat bij de tweede procedure rekening wordt gehouden met de oplegging van de eerste sanctie.²⁷⁰ Echter, een omgekeerde volgorde is ook goedgekeurd door het EHRM.²⁷¹ De matiging mag voorts ook op andere gronden berusten, terwijl daarmee eigenlijk toevalligerwijs rekening is gehouden met de andere sanctie.²⁷² Al met al; het maakt niet uit in welke procedure en om welke redenen een straf wordt gematigd, als maar wordt voldaan aan de eis dat de cumulatie van sancties proportioneel is.

²⁶⁶ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 133, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen). De overweging is: “*In this regard, it is also instructive to have regard to the manner of application of article 6 of the Convention in the type of case that is now under consideration*”

²⁶⁷ Zie o.a. EHRM 18 mei 2017, ECLI:CE:ECHR:0518JUD02200711, par. 50-54 (Jóhannesson e.a./IJsland).

²⁶⁸ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 134, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen). Zie ook EHRM 4 oktober 2016, ECLI:CE:ECHR:0410JUD002156312, par. 31-32 (Rivard/Zwitserland).

²⁶⁹ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 121, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²⁷⁰ Zie EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 133, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

²⁷¹ Zie EHRM 13 december 2005, ECLI:NL:CE:ECHR:1213JUD007366101 (Nilsson/Zweden).

²⁷² Zie EHRM 18 mei 2017, ECLI:CE:ECHR:0518JUD02200711, par. 50-54 (Jóhannesson e.a./IJsland).

3.5. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal hoe invulling wordt gegeven aan het ne bis in idem-beginsel door zowel de Hoge Raad als het EHRM. De conclusies zijn desondanks verstrekkender. De Nederlandse wetgever is namelijk niet de enige, die de afgelopen decennia steeds meer mogelijkheden heeft gecreëerd in het bestuursrecht. Uit de omvangrijke jurisprudentie van het EHRM blijkt, dat als gevolg hiervan het internationaal erkende ne bis in idem-beginsel onder druk is komen te staan.

Ons hoogste rechtscollege is voorts tot op heden niet verder gekomen dan in 2015 slechts een aantal algemene – en tevens zeer summier geformuleerde – regels, waardoor een vervolgingsbeletsel ontstaat voor het openbaar ministerie. Desalniettemin is er een zeer cruciale keuze gemaakt in 2015, namelijk: het niet koppelen van de externe samenloop aan artikel 68 Sr. De externe samenloop is derhalve ontdaan van ingewikkelde discussies, die kleven aan artikel 68 Sr. Daarmee is de basis gelegd om in te kunnen spelen op ontwikkelingen op supranationaal niveau, zoals de jurisprudentie van het EHRM op grondslag van artikel 4, zevende protocol, EVRM, die via een omweg verplichtingen lijkt te scheppen voor Nederland. In de daaropvolgende stroom van arresten heeft de Hoge Raad zich echter zeer afzijdig getoond. Het is mooi om te weten, dat in bepaalde gevallen – namelijk als de (1) de verweten gedraging identiek is, (2) de rechtsgoederen in hoge mate vergelijkbaar zijn én (3) de gevolgen van de sancties in hoge mate overeenkomen – een vervolgingsbeletsel ontstaat voor het openbaar ministerie. Deze toets zou overigens naar alle waarschijnlijkheid een beoordeling door het EHRM kunnen doorstaan, zij het dat het EHRM zich hierover niet kan uitlaten. Het grootste probleem is, dat met deze toets slechts een fractie van het probleem van de externe samenloop wordt opgelost. In de meeste gevallen komen de gevolgen van de sancties namelijk niet in grote mate overeen. Wat te doen in deze gevallen?

Het EHRM heeft uiteindelijk een oplossing weten te formuleren. Het motto is consolideren en stroomlijnen. In de kern komt het erop neer, dat thans cumulatie van punitieve sancties – onder omstandigheden – zijn toegestaan. Het EHRM blijft echter vasthouden aan het *nemo debet bis vexari*-beginsel. Aangezien we zitten in een transitieperiode, lijkt het EHRM vooralsnog coulant te zijn. Het zal echter naar mijn verwachting niet lang meer duren, voordat het EHRM – en derhalve ook het Hof van Justitie van de Europese Unie – de teugels zal aantrekken. In de toekomst zullen naar mijn verwachting steeds meer ingewikkelde bestuursrechtelijke constructies onder de reikwijdte van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM worden gebracht en de procedurele eisen voor de externe samenloop zullen steeds strikter worden. Hoe de jurisprudentie zich exact zal ontwikkelen, blijft daarentegen niet

te voorspellen. Met name omdat de jurisprudentie mede lijkt af te hangen van de ontwikkelingen in de verdragsstaten.

Dientengevolge is de jurisprudentie van het EHRM nog steeds té abstract op twee elementen. Het eerste element is, dat nauwelijks te voorspellen lijkt wanneer sprake is van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. De tamelijk formalistische toetsing van de Hoge Raad aan artikel 6 EVRM lijkt daarom ook gerechtvaardigd te zijn. Het tweede element is, dat de rechtspraak van het EHRM op grondslag van artikel 4, zevende protocol, EVRM op onderdelen nog steeds te onduidelijk is.

Terug naar Nederland. De Nederlandse orde heeft geen algemene regels voor de externe samenloop van sancties. Het palet aan keuzes lijkt daarentegen breed te zijn, waardoor (aangenomen moet worden dat) slechts de wetgever de bevoegdheid toekomt om keuzes te maken met betrekking tot procedurele regels bij externe samenloop. De wetgever lijkt immers per regeling ervoor te kunnen kiezen om de afstemming tussen verschillende rechtsgebieden anders te regelen. Het standpunt van De Hullu over de terughoudendheid van de Hoge Raad lijkt dan ook geheel gerechtvaardigd. De Hoge Raad zou namelijk de grenzen van zijn rechtsvormende taak opzoeken door de wetgever te dwingen op een bepaalde wijze om te gaan met de externe samenloop.

4. De artikelen 10a, 11a en 13b, eerste lid, sub b Opiumwet en internationale maatstaven

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk staan de vragen centraal of artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow kan worden aangemerkt als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM en (zo ja) hoe kan worden bewerkstelligd dat sprake is van een ‘*close connection*’ in zowel ‘*substance*’ als in ‘*time*’ bij een eventuele cumulatie met artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow en/of artikel 11a Ow. Om deze vragen te kunnen beantwoorden wordt eerst artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow langs de meetlat van het EHRM op grondslag van artikel 6 EVRM gelegd. Indien sprake is van een *criminal charge* (volgens dit onderzoek), wordt nagegaan hoe een eventuele cumulatie van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow met de artikelen 10a, eerste lid, onder 3 en/of 11a Ow kan voldoen aan de ‘*close connection*’-doctrine van het EHRM.

4.2. Het bepaalde in artikel 13b, eerste lid sub b, Opiumwet een *criminal charge*?

In dit onderzoek is gebleken, dat een *criminal charge* als bedoeld in artikel 6 EVRM een autonome betekenis heeft. Om te bepalen of sprake is van een *criminal charge* dient derhalve getoetst te worden aan de zogenaamde Engel-criteria, te weten: (1) de kwalificatie naar nationale wetgeving, (2) de aard van de overtreding en (3) de ernst van de sanctie. Voorts dient de toets op de hiervoor aangegeven volgorde plaats te vinden.²⁷³ In het navolgende wordt derhalve aan deze drie stappen getoetst op basis van de resultaten uit de hoofdstukken twee en drie.

4.2.1. Stap 1: de kwalificatie naar nationale wetgeving

De eerste stap bestaat uit het nagaan hoe een artikel is gekwalificeerd volgens de nationale wetgeving. Het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow is door de wetgever niet aangemerkt als een *criminal charge*.²⁷⁴ Daarmee is niet voldaan aan het ‘*startpunt*’ en dient getoetst te worden aan de tweede stap.

4.2.2. Stap 2: de aard van de overtreding

In dit onderzoek zijn vier indicaties geselecteerd en behandeld. Deze indicaties zijn: (1) de algemene binding van de bepaling, (2) het gereconstrueerde doel van de wetgever, (3) het

²⁷³ Zie paragraaf 3.4.1.

²⁷⁴ Zie paragraaf 2.4.1.

belang dat de bepaling beschermt en (4) de afhankelijkheid van de oplegging van een sanctie van opzet of *culpa*.²⁷⁵ De indicaties worden weliswaar vaak toegepast door het EHRM, maar deze indicaties zijn onderdeel van een niet-limitatieve aantal indicaties. Het is dan ook niet duidelijk, wanneer een waarom ze worden toegepast in een concreet geval. Voorts is gebleken, dat de onderlinge verhouding tussen de indicaties niet duidelijk is. De daaraan verbonden conclusie was, dat het voldoen aan meerdere indicaties de aanname van een *criminal charge* waarschijnlijker maakt.²⁷⁶ Derhalve wordt aan alle vier de indicaties getoetst.

Is de bepaling algemeen bindend of gericht tegen een specifieke groep?

Op het eerste gezicht lijkt de bepaling gericht te zijn tegen een specifieke groep, namelijk: gebruikers van onroerend goed met welk doel en in welke hoedanigheid dan ook. In dit onderzoek is echter gebleken, dat aan deze indicatie bijna altijd is voldaan.²⁷⁷ Slechts in uitzonderlijke situaties (zoals het tuchtrecht) neemt het EHRM aan, dat de bepaling is gericht tegen een specifieke groep personen. Het moet immers gaan om een sec interne situatie, waarvan de regels en de rechtspraak in wezen volledig onafhankelijk functioneren van het overige recht. In het geval van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow is daar geen sprake van. Derhalve lijkt te zijn voldaan aan de eerste indicatie.

Is het gereconstrueerde doel van de wetgever aan te merken als punitief?

De vraag of aan deze indicatie is voldaan, is veel minder makkelijk te beantwoorden. Allereerst staat vast, dat vergelding – zoals is gebleken in dit onderzoek – niet het doel van de wetgever is geweest bij de invoering van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow.²⁷⁸ Daarenboven staat vast, dat de wetgever met artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow (deels) de openbare orde heeft willen dienen. Het gaat wel om een (1) niet met een grote mate van waarschijnlijkheid vaststaande verstoring van de openbare orde en in alle gevallen (2) een erg ver verwijderd verband met de openbare orde.²⁷⁹ Desondanks is te concluderen, dat er wel degelijk een verband is. Echter, enig verband met de openbare orde brengt niet mee, dat het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow een punitief karakter ontbeert. In dit onderzoek is namelijk vastgesteld, dat het dienen van niet-punitieve doeleinden niet uitsluit dat er ook een punitief karakter is.²⁸⁰ Daar valt ook wat voor te zeggen. In de wetsgeschiedenis (zoals gebleken in dit onderzoek) is namelijk gesproken over

²⁷⁵ Zie paragraaf 3.4.1.

²⁷⁶ Zie paragraaf 3.4.1.

²⁷⁷ Zie paragraaf 3.4.1.

²⁷⁸ Zie paragraaf 2.4.1.

²⁷⁹ Zie paragraaf 2.5.2.

²⁸⁰ Zie paragraaf 3.4.1.

een afschrikwekkend effect, dat de bevoegdheid zal moeten hebben.²⁸¹ Daarmee is het voorkomen van herhaling ontegenzeggelijk een doel geweest van de wetgever.

De voorgaande constatering zegt op zichzelf weinig. Het EHRM kent immers het voorkomen van herhaling soms een punitief en soms een preventief karakter toe. Op basis van de rechtspraak lijken (1) de reden van invoering, (2) de mate van koppeling met een strafbaar feit en (3) de aannemelijkheid van het gevaar bepalend of sprake is van een preventie of (ook) bestraffing.²⁸² Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet onomstotelijk, dat met de invoering een punitief karakter is beoogd. De wetgever was (uiteindelijk) overtuigd van diens eigen visie, dat i.c. geen sprake kon zijn van een punitieve sanctie. De mate van koppeling met een strafbaar feit levert wel een sterke indicatie op, dat sprake is van een punitief karakter. De bevoegdheid lijkt (voor zover zichtbaar in de procedure) immers één op één gekoppeld te zijn met strafbare feiten. De enige toevoeging van de burgemeester is, dat *'hij'* zelf (al dan niet her-)beoordeelt of in *'zijn'* visie sprake is van een strafbaar feit in de zin van artikel 10a, eerste lid, onder 3, of artikel 11a Ow.²⁸³ Die beoordeling lijkt mij niet echt het karakter van een aanvullend onderzoek dragen. In de bewoordingen van de Hoge Raad: de sanctie wordt direct of indirect opgelegd na het plegen van een strafbaar feit.²⁸⁴ De voorgaande conclusie lijkt te worden gesterkt door de derde (sub)toets, namelijk: de aannemelijkheid van het gevaar. Vooropgesteld moet worden, dat in een concreet geval wel degelijk sprake kan zijn van een reëel gevaar voor de verstoring van de openbare orde. Het voorgaande blijkt namelijk uit wetenschappelijk onderzoek.²⁸⁵ Echter, artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow stelt geen enkele concrete eis aan de mate van gevaar, die er moet zijn alvorens de bevoegdheid kan worden toegepast. In de gepubliceerde rechtspraak wordt er derhalve geen rekening mee gehouden.²⁸⁶ *Eo ipso* betekent het voorgaande, dat een dergelijke bevoegdheid ook kan worden geëffectueerd zonder dat sprake is van enig aannemelijk (en tevens zichtbaar) gevaar voor verstoring van de openbare orde. Daarenboven is er een wetssystematisch argument om aan te nemen, dat de mate van gevaar irrelevant is. Ten tijde van de invoering van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow bestonden immers voldoende wettelijke bevoegdheden voor (onder meer) de burger *'vader'* om bij een reëel gevaar voor de verstoring van de openbare orde een sluitingsbevel te geven, namelijk: artikel 17 Woningwet, artikel 174 Gemw en artikel 174a Gemw. In de wetsgeschiedenis behorende bij artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow is desondanks overwogen, dat de hiervoor genoemde

²⁸¹ Zie paragraaf 2.4.1.

²⁸² Zie paragraaf 3.4.1.

²⁸³ Zie paragraaf 2.5.2.

²⁸⁴ Zie HR 3 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3205, rov. 2.5., NJ 2016/72, m.nt. J.M. Reijntjes.

²⁸⁵ Zie paragraaf 2.5.2.

²⁸⁶ Zie paragraaf 2.5.2.

bevoegdheden onvoldoende zijn. De burgemeester moest namelijk kunnen optreden, zodra het pand een schakel vormt in de productie of distributie van drugs.²⁸⁷ Hier voorgaande dwingt tot de conclusie dat het wegnemen van de mate van gevaar, die vanuit een onroerend goed uitgaat, niet uitsluitend het doel is geweest van de wetgever. Tegelijkertijd is er wel in alle gevallen een ver verwijderd verband met de openbare orde.²⁸⁸ Indien echter een dergelijk verband voldoende zou zijn voor het aannemen van een preventief karakter, is het mogelijk om bij nagenoeg alle strafbare feiten de burgemeester bevoegdheden toe te kennen. Ondanks dat het verband niet te ontkennen is, moet daar m.i. niet te veel waarde aan worden gehecht. Derhalve lijkt te zijn voldaan aan de tweede indicatie.

Welk belang beoogt de sanctie te beschermen?

Deze indicatie kan op twee wijzen worden benaderd, die beide grotendeels leiden tot dezelfde conclusie. De eerste benadering is een abstracte en komt neer op de vergelijking van de beschermde rechtsgoederen. In dit onderzoek is gebleken, dat het primair beschermde rechtsgoed van de strafrechtelijke zijde van de Opiumwet de volksgezondheid is. Bij de invoering van (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow is het doel van de wet daarom uitgebreid. Sindsdien heeft de Opiumwet ook betrekking op (kortweg) de verstoring van de openbare orde ten behoeve van de bestuursrechtelijke zijde.²⁸⁹ Daarentegen is in dit onderzoek vastgesteld, dat artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow (deels) is bedoeld om de volksgezondheid te beschermen.²⁹⁰ Wel dient de navolgende nuancering te worden gemaakt. In een concreet geval kan de bescherming van de volksgezondheid ook betrekking hebben op de openbare orde, namelijk bij onder meer een nagenoeg onomkeerbaar gevaar door de in het pand aanwezige goederen. Tegelijkertijd is hiervoor aangevoerd (en elders in dit onderzoek vastgesteld), dat bij de toepassing van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow in een individueel geval daarvan geen sprake hoeft te zijn.²⁹¹ Derhalve beoogt artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow deels hetzelfde belang te beschermen op abstract niveau. De tweede benadering is een meer concrete benadering, hetgeen tevens meer gebruikelijk is in de rechtspraak van het EHRM. In dit geval is voorts een één-op-één vergelijking te maken met de feiten en omstandigheden van een door de ECRM gewezen uitspraak. Net zoals bij de Stenuit-casus heeft (i.c.) de burgemeester de bevoegdheid om een sanctie op te leggen bij een gedraging, die bij wet is aangemerkt als strafbaar feit.²⁹² Het

²⁸⁷ Zie paragraaf 2.5.2.

²⁸⁸ Zie paragraaf 2.5.2.

²⁸⁹ Zie paragraaf 2.5.2.

²⁹⁰ Zie paragraaf 2.5.1. en 2.5.2.

²⁹¹ Zie paragraaf 2.5.2.

²⁹² Zie paragraaf 3.4.1.

voorgaande lijkt al snel tot de conclusie te dwingen, dat ook bij de concrete benadering met de sanctie een belang wordt beoogd te beschermen dat normaliter door het strafrecht wordt beschermd. Voorts laat het EHRM zich, zoals in dit onderzoek is gebleken, leiden door onder meer analyse van de rechtsstelsels van verdragsstaten.²⁹³

Op basis van het eerder aangehaalde Kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie met betrekking tot (kortweg) minimumvoorschriften voor illegale drugshandel kan worden opgemaakt, dat in ieder geval binnen de Unie door alle lidstaten voorbereiding of bevordering als bedoeld in artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow strafbaar is gesteld.²⁹⁴ Artikel 11a Ow is voorts een (weliswaar niet door de Europese Unie verplichte) uitbreiding van de reikwijdte van artikel 10a Ow, omdat het in wezen dezelfde gedragingen strafbaar stelt. Het enige verschil is, dat het bij artikel 11a Ow gaat om de middelen bedoeld in lijst II. Derhalve zie ik geen reden om daaromtrent een ander oordeel te hebben. Met name omdat de wetgeving met betrekking tot verdovende middelen in de lidstaten van de Europese Unie bijzonder stringent is.²⁹⁵ Voorts is de internationale norm in beginsel, dat onder meer het vervaardigen van hennep moet worden bestreden door staten.²⁹⁶ Op basis van het voorgaande is de conclusie, dat zowel bij de abstracte als bij de concrete benadering lijkt te zijn voldaan aan de derde indicatie.

Is de oplegging van de sanctie afhankelijk van het bestaan opzet of culpa?

Ook bij deze indicatie is de vraag, of aan de indicatie is voldaan, niet eenvoudig te beantwoorden. De oplegging van de sanctie is immers deels afhankelijk van het bestaan van opzet of *culpa*. Bij de overtreder van de artikelen 10a, eerste lid onder 3, en 11a Ow dient sprake te zijn van opzet of *culpa*.²⁹⁷ Hier is geen speld tussen te krijgen. De situatie wordt echter iets gecompliceerder, omdat in de gevallen dat sprake is van een huurrelatie ook de verhuurder *de iure* de consequenties ervan ondervindt, terwijl hem niets verweten hoeft te worden. Daar zat ook de wetgever mee in zijn maag, waardoor de toezegging is gedaan om die situatie *de facto* op te lossen. Door de minister is immers toegezegd om zorg te dragen voor overleg tussen belangenbehartigers van vastgoedeigenaren en burgemeesters, zodat de bonafide verhuurders niet de consequenties van een sluiting hoeven te ondervinden en de gevolgen enkel worden

²⁹³ Zie paragraaf 3.4.

²⁹⁴ Zie o.a. paragraaf 1.1.

²⁹⁵ Zie o.a. J.M. Bener, 'Detentie in de Europese Unie', *Sancties* 2018/12, p. 5 (van de 8).

²⁹⁶ Zie o.a. P.H.P.H.M.C. van Kempen & M.I. Fedorova, *Internationaal recht en cannabis. Een beoordeling op basis van VN-drugsverdragen en EU-drugsregulering van gemeentelijke en buitenlandse opvattingen pro regulering van cannabisteelt voor recreatief gebruik*, Deventer: Kluwer 2014; P.H.P.H.M.C. van Kempen & M.I. Fedorova, *Internationaal recht en cannabis II. Regulering van cannabisteelt en -handel voor recreatief gebruik: positieve mensenrechtenverplichtingen versus VN-drugsverdragen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

²⁹⁷ Zie paragraaf 2.4.1.

beperkt tot degene(n) die een verwijt valt te maken.²⁹⁸ Op basis van het voorgaande lijkt de conclusie te zijn, dat *de iure* sprake is van een twijfelgeval en *de facto* de oplegging van de sanctie afhankelijk is van het bestaan van opzet of *culpa*. De uiteindelijke conclusie is, dat het een twijfelgeval betreft.

4.2.3. Stap 3: de ernst van de sanctie

Vooropgesteld moet worden, dat de derde stap weinig handvat biedt. De derde stap is namelijk niet aan te merken als een *hard and fast rule*. Door het EHRM wordt enerzijds geoordeeld, dat de ernst van de sanctie niet relevant is voor een *criminal charge*. In elk Wetboek van Strafrecht (of een equivalent ervan) wordt namelijk onderscheid gemaakt tussen ernstige en niet-ernstige strafbare feiten. Anderzijds wordt door het EHRM geoordeeld, dat preventieve maatregelen een zeer ingrijpende invloed op het leven van een individu kunnen hebben.²⁹⁹ Mijn conclusie was, dat de derde stap vooral een rol speelt bij twijfelgevallen. In het geval dat sprake is van twijfel of een sanctie moet worden aangemerkt als een *criminal charge* én de sanctie verstrekkende gevolgen heeft, neemt het EHRM een *criminal charge* aan om toch enigszins rechtswaarborgen te kunnen garanderen.³⁰⁰ Met betrekking tot de ernst van de sanctie van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow is voorts geen eenduidige conclusie te formuleren. Er kan namelijk in ieder geval onderscheid worden gemaakt tussen drie situaties.

De eerste situatie heeft betrekking op een pand waarin een onderneming wordt geëxploiteerd. Door de ABRvS is een sluiting voor de duur van twaalf maanden in het algemeen evenredig geacht.³⁰¹ Dit oordeel is gebaseerd op (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow, maar volgens de wetgever dient de rechtspraak van de ABRvS op grondslag van het voornoemd artikel van overeenkomstige toepassing te zijn op artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow.³⁰² Voor een ondernemer – denk aan de exploitant van een tuincentrum – heeft dit enorm verstrekkende gevolgen. Het gaat immers om de broodwinning van een persoon of zelfs van meerdere personen. In dergelijke gevallen is voorts een faillissement een nauwelijks te vermijden gevolg. Inkomsten uit de (desbetreffende) onderneming worden namelijk voor een duur van twaalf maanden onmogelijk gemaakt. Zulks terwijl de huurovereenkomst doorloopt en daarmee een enorme kostenpost blijft bestaan. Vooral als daarbij in acht wordt genomen, dat zo'n commerciële overeenkomst wel vijf jaren kan duren, hetgeen een feit van algemene bekendheid

²⁹⁸ Zie paragraaf 2.4.1.

²⁹⁹ Zie paragraaf 3.4.1.

³⁰⁰ Zie paragraaf 3.4.1.

³⁰¹ Zie ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2043, *Gst.* 2013/95, m.nt. L.J.J. Rogier.

³⁰² Zie paragraaf 2.4.1.

is. Het is ook nog eens niet ongebruikelijk, dat bij huurovereenkomsten met betrekking tot bedrijfsruimten exploitatiebedingen worden opgenomen. Bij een wanprestatie van de huurder (in de zin van artikel 6:74 Burgerlijk Wetboek) verbeuren geldsommen voor het niet-exploiteren van de ruimte. Hierdoor ontstaat nog een extra kostenpost voor de huurder.³⁰³ Een sluiting voor de duur van twaalf maanden bij een ondernemer betekent dan ook een economische doodssteek.

De tweede situatie heeft betrekking op de sluiting van een woning. Op het eerste oog lijkt de sluitingsbevoegdheid een zeer ernstige sanctie. Het gaat *nota bene* om het in artikel 8 EVRM vervatte mensenrecht. Desondanks hoeven de consequenties in de praktijk niet altijd dermate verstrekkend te zijn, tenzij het pand eigendom is van de bewoner. Bij een huurrelatie kan het navolgende worden gesteld. De verhuurder kan proberen de huurovereenkomst te doen ontbinden op grondslag van artikel 7:231, eerste lid, Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Bovendien komt het bij artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow voor, dat huurders van sociale huurwoningen door woningcorporaties op een zogenaamde *zwarte lijst* worden geplaatst. Als gevolg daarvan kunnen zij gedurende een zekere tijd niet meer van dezelfde corporatie een woning huren.³⁰⁴ Ik kan mij geen reden bedenken, waarom bij een sluitingsbevel van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow op den duur huurders niet op een dergelijke *zwarte lijst* geplaatst zullen worden. Toch komt het in de praktijk slechts neer op de verplichting om te verhuizen. Vooral omdat de burgemeester ervoor zorgt, dat personen niet dakloos worden door een sluitingsbevel.³⁰⁵ Bij een woning die eigendom is van de persoon, is de situatie iets anders. In veel gemeenten wordt immers bij de toepassing van (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow – en indien sprake is van een hypotheekwoning – informatie doorgespeeld naar banken, die vervolgens het hypotheekbedrag direct opeisen.³⁰⁶ Ook hier kan ik mij geen reden bedenken, waarom banken de hypotheekakten niet zullen gebruiken bij de sluitingsbevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow. Het lijkt mij slechts een kwestie van tijd totdat er afspraken zijn tussen gemeenten en banken, waardoor informatie wordt doorgespeeld naar de laatstgenoemden. Opmerking verdient, dat de hiervoor genoemde nevenconsequenties – zoals de ontbinding van de huurovereenkomst, het opeisen van het hypotheekbedrag, etc. – civiel van aard zijn. Daarentegen doet een sluitingsbevel op grondslag van artikel 13b, eerste lid, Ow een keten van reacties ontstaan. Om deze reden lijken ook de civiele consequenties van belang te

³⁰³ Zie o.a. N. van Deinsen, 'De afdwingbaarheid van een contractuele exploitatieverplichting. Remedies bij het schenden van contractuele exploitatieverplichtingen', *TvHB* 2019/3.

³⁰⁴ Zie o.a. ABRvS 22 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1329.

³⁰⁵ Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34763, nr. B, p. 3.

³⁰⁶ Zie Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Omgevingsveiligheid hennepkwekerijen. Onderzoek naar de fysieke veiligheidsrisico's voor omwonenden van bedrijfsmatig opgezette hennepkwekerijen*, Den Haag 2018, p. 32 en 89.

zijn, omdat ze eventueel een met (meer) rechtswaarborgen omklede procedure kunnen rechtvaardigen. De conclusie is uiteindelijk, dat bij een woningsluiting in de regel geen sprake zal zijn van een ernstige sanctie, tenzij het gaat om een hypotheekwoning. In het laatstgenoemde geval is het immers aannemelijk, dat het sluitingsbevel een keten van reacties doet ontstaan. Deze keten heeft bovendien verstreckende gevolgen op de financiële situatie van de persoon (of personen) in kwestie.

De derde situatie heeft betrekking op het gebruik van langdurig leegstaande panden middels bijvoorbeeld een onderhandse overeenkomst.³⁰⁷ Het lijkt mij dat het de personen, die een dergelijk (langdurig leegstaand) pand huren, helemaal niets kan schelen dat het pand op bevel van de burgemeesters wordt gesloten. Ondanks dat de verhuurder geen poot heeft om op te staan, omdat in ieder geval een dergelijke huurovereenkomst nietig is ingevolge artikel 3:40 BW, zal de sluiting ook voor de verhuurder geen verstreckende consequenties hebben. Het gaat immers om een pand, dat hij toch niet verhuurd krijgt op de legale markt. Hij mag *de facto* enkel en alleen het pand voor een bepaalde duur niet betreden. In deze situaties lijkt derhalve geen sprake te zijn van een ernstige sanctie.

4.2.4. Recapitulatie

Artikel 13b, eerste lid, sub b, Opiumwet een <i>criminal charge</i> in de zin van artikel 6 EVRM			
Stappen	voldaan	twijfelgeval	niet-voldaan
stap 1: de nationale kwalificatie			X
stap 2: de aard van de overtreding	X		
stap 3: de ernst van de sanctie		X	

Al het voorgaande in acht genomen is de conclusie, dat sprake zou kunnen zijn van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. Volgens het EHRM zijn de criteria (vervat in de stappen) namelijk in beginsel alternatief. Het voldoen aan één van de drie criteria rechtvaardigt derhalve de conclusie, dat sprake is van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. Bij de tweede stap lijkt voorts te zijn voldaan aan in totaal drie van de vier indicaties. Bij één indicatie is bovendien geconcludeerd, dat sprake is van een twijfelgeval. Eerder is al gesteld, dat het voldoen aan meerdere indicaties de conclusie rechtvaardigt dat sprake is van een *criminal charge* op basis van de aard van de overtreding. Toch blijft het een redelijk wankel basis om te concluderen, dat het hier met enige zekerheid om een *criminal charge* in de zin van artikel 6

³⁰⁷ Zie o.a. B. Endedijk ‘‘Drugsjongens’ azen op schuren’, *NRC* 24 juli 2016.

EVRM gaat. De gebruikte vier indicaties lijken in dit geval van toepassing te zijn, maar vormen tegelijkertijd een onderdeel van een reeks aan niet-limitatieve indicaties. Het is derhalve niet uitgesloten, dat het EHRM andere (bijvoorbeeld niet vaak toegepaste) indicaties zal gebruiken of zelfs ontwikkelen voor bijvoorbeeld de beoordeling van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow. De beoordeling kan derhalve niet gelijkgesteld worden met een voorspelling, dat het EHRM ook een *criminal charge* zou aannemen. Het is dan ook slechts mogelijk te stellen, dat het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow lijkt op een *criminal charge*. Met betrekking tot de derde stap wil ik ten overvloede het navolgende opmerken. Er zijn – zoals aangegeven – concrete gevallen denkbaar, waarbij de gevolgen van de sanctie zeer verstrekkend zijn. Toch rechtvaardigt het voorgaande niet de conclusie, dat in het algemeen geconcludeerd kan worden dat (mogelijk) is voldaan aan de eisen van een *criminal charge* over de band van de ernst van de sanctie. Aangezien de ernst van de sanctie afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, zal dat dan ook steeds afhangen van de concrete situatie.

4.3. Is er sprake van een ‘*sufficiently close connection*’ in zowel ‘*substance*’ als ‘*time*’?

Sinds het A en B-arrest van het EHRM staat vast, dat de cumulatie van twee *criminal proceedings* niet *per se* een schending oplevert van het ne bis in idem-beginsel in de zin van artikel 4, zevende protocol, EVRM. Over de band van *bis* kan namelijk de cumulatie acceptabel zijn. In dit onderzoek is gebleken, dat eerst voldaan moet worden aan de overige vereisten. Het dient derhalve te gaan om (1) *criminal proceedings*, (2) binnen de jurisdictie van dezelfde staat, waarbij een persoon (3) *finally* is vrijgesproken of veroordeeld en (4) sprake is van *idem*.³⁰⁸

Aan de eerste twee vereisten lijkt (in ieder geval in dit onderzoek) te zijn voldaan en deze behoeven dan ook geen nadere bespreking. Het vereiste van *criminal proceedings* is hiervoor behandeld met betrekking tot artikel 13, eerste lid, sub b, Ow. Voorts is het feit dat de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en 11a Ow *an sich* aangemerkt kunnen worden als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM niet aan twijfel onderhevig. Daarbij kan zonder enig onderzoek worden geconcludeerd, dat het i.c. gaat om twee procedures binnen de jurisdictie van dezelfde staat.

Over het derde vereiste dient het navolgende te worden opgemerkt. Het behoeft geen betoog, dat bij een cumulatie van een bestuursrechtelijke procedure op voet van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow met een strafrechtelijke procedure ingevolge artikel 10a, eerste lid, onder

³⁰⁸ Zie paragraaf 3.4.

3, Ow en/of artikel 11a Ow in de regel niet de vraag is of, maar wanneer sprake is van een *final* materiële beslissing. Verderop in dit hoofdstuk zal een aantal situaties worden onderscheiden bij de procedurele waarborg, dat het feitenmateriaal door één autoriteit moet worden beoordeeld en geïnterpreteerd. Bij de te onderscheiden situaties zal een *final* materiële beslissing wel aan bod komen.

In het navolgende wordt zodoende het volgende besproken. Eerst wordt getoetst of is voldaan aan het vereiste *idem*. Als aan het vereiste van *idem* is voldaan, wordt aan de procedurele eisen van het EHRM, zoals gebleken in dit onderzoek, getoetst. Daarvoor is noodzakelijk, dat de cumulatie van twee verschillende *criminal proceedings* aanvaardbaar dient te zijn, de feiten zo veel als mogelijk door één autoriteit worden verzameld, de beoordeling van het feitenmateriaal en de toepassing op de wettelijke criteria plaatsvindt door één autoriteit, er sprake is van een '*sufficiently close connection*' in '*time*' en in één van de twee procedures rekening wordt gehouden met de oplegging van de andere sanctie.

4.3.1. Het vereiste *idem*

Het bepaalde in het A en B-arrest is enkel van toepassing, indien sprake is van identieke of substantieel identieke feiten. Is namelijk geen sprake van *idem*, dan is er überhaupt geen probleem. Hierover is het mogelijk een heel lang betoog te houden, maar dat lijkt helemaal niet nodig te zijn. Sinds het Zolotukhin-arrest is daar namelijk weinig discussie over mogelijk. Bovendien is bij de cumulatie van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow en artikel 10a, eerste lid, onder 3, en/of artikel 11a Ow sprake van één zeer grote overeenkomst met het Zolotukhin-arrest. In die casus was de strafrechtelijke vervolging namelijk (deels) gebaseerd op hetzelfde proces-verbaal, dat was opgesteld ten behoeve van de administratiefrechtelijke sanctie.³⁰⁹ Daarmee is de analogie zeer voordehand liggend. De sanctie van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow wordt namelijk volledig gebaseerd op de resultaten van het strafrechtelijk onderzoek.³¹⁰ Aan het eerste toetsingselement lijkt derhalve te zijn voldaan.

4.3.2. Een aanvaardbare cumulatie van twee *criminal proceedings*

De eerste procedurele waarborg is een aanvaardbare cumulatie. Eén '*hardcore*' strafrechtelijke sanctie, zoals vrijheidsbeneming, moet worden gecumuleerd met een – diep in het bestuursrecht gewortelde en tevens een ander doel dienende – niet '*hardcore*' sanctie. Bovendien lijkt een

³⁰⁹ Zie paragraaf 3.4.3.

³¹⁰ Zie paragraaf 2.4.1.

dergelijke cumulatie alleen mogelijk met betrekking tot (voor zover relevant) de openbare orde of -veiligheid.³¹¹

Om met de laatste eis te beginnen. Eerder in dit onderzoek is al meermaals aangegeven, dat de bevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow wel degelijk verband houdt met de openbare orde. Een zeer ver verwijderd verband of een niet met een grote mate van waarschijnlijkheid vaststaand verband, maar dat neemt niet weg dat dit verband er wel is. Daarenboven is de bevoegdheid van het sluitingsbevel diepgeworteld in het bestuursrecht. In dit onderzoek is namelijk gebleken, dat de eerste versie van artikel 13b Ow stamt uit 1999 en daarmee bestaat de bevoegdheid ruim twee decennia.³¹² Daartegen kan worden ingebracht, dat (thans) artikel 13b, eerste lid, sub a, Ow een herstelsanctie is. In dit onderzoek is echter gebleken, dat de praktijk toch weerbarstiger is.³¹³ Over een andere boeg is te concluderen, dat de bevoegdheid – en met name het pandgericht optreden van de burgemeester, dat de strafrechtelijke zijde van de Opiumwet niet mogelijk maakt – diepgeworteld is in het bestuursrecht.³¹⁴

Met het voorgaande is het aanvullende doel van de bevoegdheid ook reeds gegeven. In een strafrechtelijke procedure op grond van de Opiumwet valt het pand namelijk steevast buiten schot, hetgeen een kenmerk van het Nederlands strafrechtelijke sanctierecht lijkt te zijn.³¹⁵ Slechts in één specifieke categorie gevallen twijfel ik over de toegevoegde waarde van de sanctie. Een sluiting van een pand waarin een onderneming wordt geëxploiteerd, kan ook worden gezien als een verkapte geldboete.³¹⁶ Nu hoeft dat bij een verdenking van gedragingen bedoeld in artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow geen probleem te zijn. Bij een verdenking van gedragingen bedoeld in artikel 11a Ow ligt het iets anders. In dit onderzoek is immers gebleken, dat bij een strafrechtelijke veroordeling ter zake van artikel 11a Ow hoogstens een gevangenisstraf voor de duur van drie maanden wordt opgelegd (veelal deels of geheel voorwaardelijk).³¹⁷ Blijkens de Aanwijzing Ow paragraaf 3.2.1 wordt bij artikel 11a Ow in beginsel voorlopige hechtenis gevorderd. Derhalve dient – met toepassing van artikel 27a Sr – de persoon in kwestie in de praktijk nagenoeg nooit het onvoorwaardelijke deel van de straf uit te zitten. Voorts zijn er handvatten om de gevangenisstraf, die veelal (zo veel als mogelijk) in voorwaardelijke vorm wordt opgelegd om te zetten in een geldelijk equivalent. Overeenkomstig

³¹¹ Zie paragraaf 3.4.4.

³¹² Zie paragraaf 2.4.

³¹³ Zie paragraaf 2.5.2.

³¹⁴ Zie paragraaf 2.5.3.

³¹⁵ Zie paragraaf 2.5.3.

³¹⁶ Zie paragraaf 2.6.

³¹⁷ Zie paragraaf 2.5.3.

het bepaalde in artikel 88 Sr moet onder een maand een tijd van 30 dagen worden verstaan. Daarenboven bepaalt artikel 24c, derde lid, Sr, dat voor elke €25 niet meer dan één dag vervangende hechtenis kan worden opgelegd. Bij analoge toepassing van het bepaalde in 24c, derde lid, Sr *juncto* artikel 88 Sr kan een gevangenisstraf voor de duur van drie maanden worden ‘omgezet’ in een geldelijk equivalent van €2.250 (€25*90 dagen). Tezamen met de opgelegde geldboete betekent het voorgaande, dat het geldelijk equivalent van de sanctie in de strafrechtelijke procedure hoogstens €12.250 is, ervan uitgaande dat een geldboete – ongeacht de draagkracht van de justitiabele – altijd evenredig moet zijn ten opzichte van het begane strafbare feit.³¹⁸ In een fictief geval, dat een tuincentrum een omzet heeft van exact hetzelfde bedrag in één maand overschrijdt een sluitingsbevel op grondslag van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow voor de duur van twaalf maanden het geldelijk equivalent van de strafrechtelijke sanctie maar liefst twaalf maal. Ik denk dat echt heel veel personen zelfs een geheel onvoorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van drie maanden, in combinatie met een geldboete ter hoogte van €10.000, zouden prevaleren boven een sluitingsbevel. Derhalve lijkt de toegevoegde waarde van het sluitingsbevel in deze categorie gevallen twijfelachtig. Het voorgaande geldt niet voor alle andere gevallen, waardoor – behoudens de voornoemde uitzondering – sprake is van toegevoegde waarde.

Tot slot dient de sanctie niet te behoren tot de ‘hardcore’ van het strafrecht. Zoals in dit onderzoek is geconcludeerd, wordt een zogenaamd stigmatiserend effect over het algemeen enkel aangenomen bij de wettelijke mogelijkheid tot vrijheidsbeneming.³¹⁹ Artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow maakt vrijheidsbeneming niet mogelijk. Naar het lijkt is derhalve ook voldaan aan het tweede element.

4.3.3. De feitenverzameling door één autoriteit

Dit onderdeel lijkt mij betrekkelijk evident. Uit de wetsgeschiedenis blijkt namelijk, dat de burgemeester het strafdossier, waarschijnlijk in de vorm van een bestuurlijke rapportage, ter beschikking krijgt.³²⁰ Impliciet houdt het voorgaande in, dat de feitenverzameling plaatsvindt door de politie op voet van artikel 12 Politiewet, oftewel: onder het gezag van de officier van justitie. Het voorgaande betekent opsporing van strafbare feiten in de zin van artikel 132a Sv, verricht door de personen als bedoeld in artikel 141 Sv. Daarenboven geldt in deze gevallen een verbaliseringsplicht ingevolge het bepaalde in artikel 152 Sv. Deze processen-verbaal

³¹⁸ Zie F.W. Bleichrodt & P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 399-400.

³¹⁹ Zie paragraaf 3.4.4.

³²⁰ Zie paragraaf 2.5.2.

vormen in een latere fase de basis voor het oordeel van de burgemeester. Kortom; de bewijsverzameling vindt plaats door of onder het gezag van de officier van justitie. Aan deze procedurele waarborg is derhalve voldaan.

4.3.4. De beoordeling en interpretatie van de feiten door één autoriteit

Er is door de wetgever over de samenloop van een sanctie op grondslag van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow en artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow of artikel 11a Ow niets geregeld. Hiervoor zijn drie oplossingen. De eerste oplossing is om – in navolging van het zogenaamde Alcoholslotprogramma-arrest – de cumulatie feitelijk onmogelijk te maken.³²¹ De tweede oplossing – en tevens een veel vaker toegepaste methode van ons hoogste rechtscollege – is om met rechtsvorming de rechtspraktijk te sturen en de regeling in stand houden.³²² Nu hoeft rechtsvorming lang niet in alle gevallen problematisch te zijn. Met Borgers ben ik het dan ook eens, dat het recht wordt bepaald door de wisselwerking tussen de wetgever en de rechter.³²³ Toch kent rechtsvorming ook zijn grenzen, omdat de wetgever niet gedwongen kan worden om een oplossing te formuleren. Vooral als deze oplossing (voor zover relevant) niet op ondubbelzinnige wijze blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM. In dit specifieke geval is het belangrijkste obstakel, dat niet met enige zekerheid vaststaat dat sprake is van een *criminal charge*. Het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow lijkt te kunnen worden aangemerkt als een *criminal charge*, maar daar blijft het ook bij. Zoals in hoofdstuk 3 is vastgesteld, toont de Hoge Raad in deze gevallen (geheel gerechtvaardigd) terughoudendheid. Derhalve lijkt rechtsvorming in dit geval niet aangewezen. De derde oplossing is, dat de wetgever bij wet (of anderszins) procedurele regels formuleert voor de samenloop van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow met de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Ow. Een dergelijke oplossing kan wel aangewezen zijn uit het oogpunt van behoorlijkheid. Het ne bis in idem-beginsel is immers ook bedoeld om tegenstrijdige rechterlijke uitspraken te vermijden, waardoor het gezag van een strafrechtelijke uitspraak wordt aangetast.³²⁴ Bovendien vloeien uit het EVRM enkel

³²¹ Zie voor de overweging over het ontbreken van een samenloopsregeling HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:324, rov. 4.3.4., AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

³²² Zie voor een greep uit de recente voorbeelden o.a. HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0578, NJ 2011/44, m.nt. N. Keijzer; HR 3 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:199, NJ 2015/173, m.nt. M.J. Borgers; HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1941, NJ 2019/272, m.nt. K. Rozemond; HR 6 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:389; HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712. Zie ook M.J. Borgers, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad en de reikwijdte van de strafbaarstellingen van witwassen', DD 2013/33; noot bij HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1941, SR 2018-0397, m.nt. S.M.A. Lestrade; Y. Buruma, 'Strafrechtelijke rechtsvorming', Strafolblad 2013/3; noot bij Rb. Den-Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, GJ 2019/142, m.nt. T. Schalken.

³²³ Zie M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: W.J.M. Woerman e.a., *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, NJV-advies 2011, Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 156.

³²⁴ Zie concl. A-G A.E. Hartevelt, ECLI:NL:PHR:2015:8, bij HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:324, o. 8.2., AB 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

minimumregels voort, waardoor er niets op tegen is om als nationale wetgever verder te gaan dan strikt noodzakelijk volgens de jurisprudentie van het EHRM. Aangezien de eerste oplossing geen bespreking behoeft en de tweede oplossing in dit specifieke geval niet aangewezen lijkt, wordt in het navolgende enkel ingegaan op de derde oplossing. Daarbij moet wel onderscheid gemaakt worden in verschillende situaties en kan niet worden volstaan met één antwoord. Echter, eerst moet op twee punten helderheid worden verschaft. Deze punten betreffen de vraag wie in de Nederlandse rechtsorde de bevoegdheid toekomt om de feiten te beoordelen en te interpreteren in het licht van de wettelijke criteria en de vraag welke ruimte de andere autoriteiten moeten gunnen aan de beoordelende autoriteiten.

Wie komt de bevoegdheid toe om de feiten te beoordelen en te interpreteren?

Beoordeling en interpretatie door zowel een (veelal gespecialiseerde) administratiefrechtelijke autoriteit als strafrechtelijke autoriteit wordt door het EHRM (vooralsnog) goedgekeurd.³²⁵ Mijn conclusie was, dat het EHRM – zij het impliciet – dwingt tot interpretatie door de strafrechtelijke autoriteiten. Voorts heb ik geconcludeerd, dat het EHRM nu nog geen al te strenge eisen stelt omdat de rechtsstelsels in transitie zijn.³²⁶ Met deze conclusies staat echter niet vast, dat het ook daadwerkelijk zo gaat lopen. Derhalve lijkt het toch aangewezen om op zoek te gaan naar aanknopingspunten in het Nederlandse stelsel. Er zijn drie dwingende redenen om de beoordelings- en interpretatiebevoegdheid van de feiten exclusief toe te kennen aan de strafrechtelijke autoriteiten.

De eerste reden is dat de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, Ow en 11a Ow – wat het kader is voor de beoordeling of de bevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow kan worden toegepast – door de wetgever zijn aangemerkt als strafbepalingen. Nu kan daartegen worden ingebracht, dat het ook de wil is geweest van de wetgever dat de burgemeester deze bepalingen interpreteert met toepassing van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow. Het voorgaande berust echter op een misvatting. De wetgever ging er namelijk vanuit, dat het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow geen *criminal charge* was.³²⁷

De tweede reden is een in de strafrechtelijke jurisprudentie onbestreden visie. De strafrechter gaat er namelijk vanuit, dat interpretatie van strafbepalingen exclusief toekomt aan hem.³²⁸ Het

³²⁵ Zie voor interpretatie door strafrechtelijke autoriteit o.a. EHRM 27 november 2014, ECLI:CE:ECHR:1127JUD000735610 (Lucky Dev/Zweden). Zie voor interpretatie door gespecialiseerde administratiefrechtelijke autoriteit o.a. EHRM 6 juni 2019, ECLI:CE:ECHR:0606JUD004734214 (Nodet/Frankrijk).

³²⁶ Zie paragraaf 3.5.

³²⁷ Zie paragraaf 2.4.1.

³²⁸ Zie o.a. Rb. Den-Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, rov. 3.3., *GJ* 2019/142, m.nt. T. Schalken.

voorgaande heeft vast ook te maken met de (in de bewoordingen van Reijntjes) ‘*waarheidsliefde*’ van de strafrechter.³²⁹

De derde reden heeft te maken met de bevoegdheidsverdeling in het staatsbestel. De burgemeester komt immers helemaal geen bevoegdheid toe om de strafrechtelijke rechtsorde te handhaven en derhalve strafbepalingen te interpreteren. Volgens de Afdeling verzet de huidige rolverdeling van het staatsbestel zich ertegen.³³⁰

De ruimte die de andere autoriteiten aan de beoordelende autoriteiten moeten gunnen

De burgemeester moet wel de ruimte geven aan de strafrechtelijke autoriteiten, zodat deze de feiten kunnen beoordelen en interpreteren in het licht van de wettelijke criteria. Het voorgaande vloeit immers voort uit de inrichting van het Nederlandse bestuursrecht. Een besluit dient ingevolge artikel 3:2 Awb namelijk voorbereid te worden met de relevante feiten. Er geldt dan ook een zogenaamde onderzoeksplicht. Het voorgaande vloeit (impliciet) voort uit de artikelen 5:24 en 5:9 Awb, die een last onder bestuursdwang definiëren als een beschikking. Om deze reden dient in beginsel onder meer een verdachte (in de strafzaak) van een strafbaar feit bedoeld in de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, of 11a Ow te worden gehoord op grond van artikel 4:8 Awb.³³¹ De zogenaamde zienswijzen van onder meer een verdachte (in de strafzaak) moet voorafgaan door een schriftelijk voornemen van het bestuursorgaan, dat overeenkomstig het motiveringsbeginsel (artikel 3:46 Awb) deugdelijk dient te worden gemotiveerd.³³² Met andere woorden; de procedure tot de oplegging van een last onder bestuursdwang zoals bedoeld in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow gaat vanaf het allereerste moment gepaard met feitenbeoordeling door i.c. de burgemeester.

Daarmee doet de burgemeester vanaf het moment, dat hij de procedure doet aanvangen een parallelle en tevens concurrerende procedure ontstaan. Immers; de bestuursrechter gunt de burgemeester beoordelingsvrijheid.³³³ In een dergelijk geval is al heel snel sprake van een ontbrekende ‘*close connection*’ in ‘*substance*’.³³⁴ Er is slechts één uitzondering, namelijk indien sprake is van een uitzonderlijke situatie dat een veroordeling met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat.³³⁵ In dit onderzoek is gebleken, dat een dergelijk geval zich zeker

³²⁹ Zie J.M. Reijntjes, ‘Opsporingshulp en kleine rechtshulp’, in: R. van Elst e.a., *Handboek internationaal strafrecht. Internationaal en Europees strafrecht vanuit Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 381.

³³⁰ Zie advies van de Afdeling in de bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 29911, nr. 223, p. 31.

³³¹ Zie F.C.M.A. Michiels e.a., *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 64-65.

³³² Zie Michiels e.a. 2016, p. 312.

³³³ Zie paragraaf 2.4.1.

³³⁴ Zie o.a. EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:0520JUD003739411 (Glantz/Finland).

³³⁵ Zie paragraaf 3.4.4.

kan voordoen.³³⁶ Relevant voor dit onderzoek uit de jurisprudentie van het EHRM is, dat met name op basis van een bekentenis van de verdachte, in combinatie met overig bewijsmateriaal, voldoende grond lijkt te zijn om vooruit te lopen op een eventuele veroordeling.

Twee aspecten dienen wel goed in de gaten gehouden te worden. Het eerste aspect is, dat de burgemeester van deze uitzonderingssituatie geen hoofdregel maakt, waardoor in de meeste gevallen de procedures toch zullen cumuleren. Het voorgaande lijkt mij mogelijk door in individuele gevallen het openbaar ministerie niet-ontvankelijk te verklaren in de vervolging, uiteraard indien de casus zich leent voor een dermate verregaande consequentie. Hierdoor gaat er een sterke prikkel uit naar onder meer de burgemeester om niet té slagvaardig te handelen. Het tweede aspect heeft betrekking op (onverhoeds en totaal onverwacht) een vrijspraak in de strafrechtelijke procedure, nadat de bestuursrechtelijke procedure onherroepelijk is geworden. Blijkens de redactie van artikel 8:119 Awb is herziening in deze gevallen niet mogelijk. Toch hoeft dat geen beletsel te zijn, omdat met toepassing van artikel 6:162 BW de staat aansprakelijk kan worden gesteld voor de geleden schade. Een schending van het ne bis in idem-beginsel, zoals ingevuld door het EHRM en daarmee door het Hof van Justitie van de Europese Unie, lijkt in deze gevallen niet voorkomen, maar wel gecompenseerd.

De te onderscheiden situaties

De effectuering van de bevoegdheid van de burgemeester zal, behoudens uitzonderingsgevallen, gebaseerd moeten worden op de beslissing in de strafrechtelijke procedure. Er zijn drie (overkoepelende) mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is, dat sprake is van een *final* veroordeling of een daarmee gelijk te stellen beslissing. De tweede mogelijkheid is, dat sprake is van een *final* vrijspraak of een daarmee gelijk te stellen beslissing. De derde mogelijkheid is, dat de strafrechtelijke eindbeslissing niet berust op een beoordeling ten gronde waardoor artikel 4, zevende protocol, EVRM niet van toepassing is. Deze overkoepelende mogelijkheden zijn te onderscheiden in een aantal concrete situaties. Zonder de pretentie te hebben om een uitputtend overzicht te geven, kunnen de navolgende (en meest voorkomende) situaties worden onderscheiden: (1) nadat opsporingsambtenaren (bijvoorbeeld) zich de toegang hebben verschaft tot een pand, beslist de officier van justitie geen vervolgstappen te nemen, (2) de officier van justitie beslist om een persoon eerst aan te merken als verdachte in de zin van artikel 27, eerste lid, Sv én seponeert vervolgens de zaak onvoorwaardelijk overeenkomstig het bepaalde in artikel 167, tweede lid, Sv of artikel 242, tweede lid, Sv, (3) de

³³⁶ Zie paragrafen 2.2. en 2.3.

officier van justitie transigeert op voet van artikel 74 Sr of besluit het feit onder voorwaarden te seponeren op voet van artikel 167, tweede lid, Sv of artikel 242, tweede lid, Sv, (4) de officier van justitie doet de zaak af met het vervaardigen van een strafbeschikking in de zin van artikel 257a Sv en (5) de officier van justitie beslist om een persoon te dagvaarden overeenkomstig het bepaalde in artikel 258, eerste lid, Sv.

De officier van justitie neemt geen vervolgstappen

In deze gevallen kan worden gesproken van een handeling, die blijkens de rechtspraak van het EHRM, is gelijk te stellen met een vrijspraak.³³⁷ Het gaat namelijk om een beslissing ten gronde door een persoon *'participating in the administration of justice'*. Voorts staat tegen een dergelijke beslissing geen gewoon rechtsmiddel open, waardoor de beslissing direct als *final* is aan te merken.³³⁸ Bij een dergelijke beslissing, betekent de effectuering van de bevoegdheid ingevolge artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow door de burgemeester een schending van artikel 4, zevende protocol, EVRM. Er ontbreekt immers een *'close connection'* in *'substance'* blijkens de rechtspraak van het EHRM.³³⁹

Het feit wordt onvoorwaardelijk geseponerd door de officier van justitie

In deze gevallen lijkt onderscheid mogelijk te zijn naar de sepotgrond. In navolging van de bestuursrechtelijke jurisprudentie zal een aantal sepotgronden gelijkgesteld moeten worden met een vrijspraak, zoals een sepot met de code 01 (ten onrechte als verdachte aangemerkt).³⁴⁰ Andere sepotgronden kunnen daarentegen een dergelijke conclusie niet rechtvaardigen. Denk aan een sepot met de code 41 (gering aandeel in het feit).³⁴¹ Op basis van het voorgaande is het mogelijk het onderscheid te maken tussen zogenaamde technische- (codes 01-09) en beleidsmatige sepotgronden en te concluderen, dat een technisch sepot altijd gelijkgesteld moet worden met een vrijspraak. Dat zal weliswaar behoorlijk zijn, maar de jurisprudentie van het EHRM dwingt niet in alle gevallen daartoe. Bij sepotcode 07 (onrechtmatig verkregen bewijs) kan immers niet worden gesproken van een beslissing ten gronde. In deze gevallen is het bepaalde in artikel 4, zevende protocol, EVRM helemaal niet van toepassing. Uiteindelijk is het een kwestie van keuzes maken. Bij de beleidssepots is evenmin mogelijk om een alomvattende conclusie te formuleren uit het oogpunt van behoorlijkheid. Zo lijkt mij de

³³⁷ Zie EHRM 8 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0708JUD:005401210, par. 95 (Mihalache/Roemenië).

³³⁸ Zie EHRM 8 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0708JUD:005401210, par. 109 (Mihalache/Roemenië).

³³⁹ Zie o.a. EHRM 30 april 2015, ECLI:CE:ECHR:0430JUD000345312, par. 71-72 (Kapetanios e.a./Griekenland).

³⁴⁰ Zie o.a. ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:333, AB 2015/146, m.nt. B. van der Vorm.

³⁴¹ Zie o.a. ABRvS 9 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5294, AB 2012/282, m.nt. A.E.M. van den Berg en S.H. van den Ende.

sepotcode 31 (wetswijziging) wel degelijk van belang, al blijkt dat niet uit de rechtspraak van het EHRM. De conclusie is derhalve, dat slechts in beginsel een technisch sepot gelijkgesteld moet worden met een *'final'* vrijspraak en een afwijkend oordeel van de burgemeester zal leiden tot het ontbreken van een *'close connection'* in *'substance'*. Bij een beleidssepot is het mogelijk iets stilliger te zijn en te concluderen, dat artikel 4, zevende protocol, EVRM niet van toepassing lijkt te zijn.

Het feit wordt voorwaardelijk geseponeerd of getransigeerd

Het voorwaardelijk sepot en de transactie lenen zich voor gezamenlijke behandeling, omdat de argumentatie bij één van de twee rechtsfiguren m.i. *mutatis mutandis* geldt voor de andere rechtsfiguur.³⁴² In de strafrechtsgeleerde literatuur zijn er twee verschillende opvattingen over de transactie en het voorwaardelijk sepot. De eerste visie is onder meer bepleit door Crijns en Van der Meij en houdt het navolgende in. Het voorwaardelijk sepot of de transactie moet worden gezien als een op een overeenstemming gebaseerde afdoening, waarbij het materiële strafrecht niet wordt toegepast. Het is immers een strafvorderlijke bevoegdheid, waardoor slechts een vervolging wordt voorkomen.³⁴³ In deze visie is geen sprake van een beslissing ten gronde, waardoor – volgens de jurisprudentie van het EHRM – artikel 4, zevende protocol, EVRM niet van toepassing is. Deze visie lijkt daarentegen fundamenteel onjuist te zijn, omdat het in strijd is met het karakter van ons strafrecht. In tegenstelling tot een accusatoir proces is in ons strafrecht namelijk de materiële waarheid heilig en wordt het strafprocesrecht gebruikt om deze waarheid boven tafel te krijgen.³⁴⁴ Samen met onder meer Knigge en De Doelder vind ik dan ook dat een transactie in de zin van artikel 74 Sr enkel mogelijk is, indien het feit daadwerkelijk is gepleegd en de dader ter zake strafbaar heeft gehandeld.³⁴⁵ De laatstgenoemde visie is voorts ook het in de rechtspraak gehanteerde uitgangspunt.³⁴⁶ Ook in paragraaf 3 van de Aanwijzing gebruik sepotgronden van het College van procureurs-generaal is een dergelijke visie af te leiden. Derhalve is bij zowel een voorwaardelijke sepot als de transactie sprake van een met een veroordeling gelijk te stellen beslissing en is – volgens de rechtspraak van het EHRM – artikel 4, zevende protocol, EVRM wel van toepassing. Bovendien mag de

³⁴² Zie J.H. Crijns & P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman, *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 66, die er ook zo over lijken te denken. Zie ook J.M. van Bemmelen e.a., *Strafprocesrecht*, bewerkt door: B.F. Keulen & G. Knigge, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 58, die er anders over lijken te denken.

³⁴³ Zie Crijns & Van der Meij, p. 66-67.

³⁴⁴ Zie o.a. Van Bemmelen e.a./Keulen & Knigge 2016, p. 2.

³⁴⁵ Zie H. de Doelder, *Het OM in positie* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 26; G. Knigge, 'Strafvordering in het geding', in: NJV *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 57-58.

³⁴⁶ Zie o.a. Zie HR 17 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:18, NJ 1964/385, m.nt. W.P.J. Pompe; CRvB 8 juli 2009, ECLI:NL:CVRB:2009:BJ3991, AB 2009/379, m.nt. H.E. Bröring.

burgemeester gebruik maken van zijn sanctiebevoegdheid ingevolge artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow.

De officier van justitie doet de zaak af met een strafbeschikking

Een strafbeschikking in de zin van artikel 257a Sv moet worden gelijkgesteld met een veroordeling.³⁴⁷ Nadat de gewone rechtsmiddelen zijn uitgeput of indien door voldoening de strafbeschikking onherroepelijk is, kan de burgemeester derhalve uitgaan van een (onweerlegbare) schuld van de persoon en de bevoegdheid ingevolge artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow effectueren.

De officier van justitie dagvaardt de persoon in kwestie

In de gevallen dat de officier van justitie beslist de persoon in kwestie te dagvaarden, vangt overeenkomstig het bepaalde in artikel 258, eerste lid, Sv het rechtsgeding aan. In deze gevallen zal de burgemeester in de regel een onherroepelijke veroordeling moeten afwachten, voordat hij gebruik kan maken van zijn bevoegdheid. Tegelijkertijd zijn ook in deze fase gevallen denkbaar, waardoor na het vonnis van de rechtbank – en ondanks dat er een rechtsmiddel is ingesteld – de burgemeester gerechtvaardigd kan stellen, dat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijk een onherroepelijke veroordeling vaststaat. Denk aan de gevallen, waarin de verdachte ter terechtzitting de feiten bekennt en enkel een rechtsmiddel instelt met betrekking de opgelegde straf.

4.3.5. Een ‘sufficiently close connection’ in ‘time’

De eisen die het EHRM stelt aan de ‘close connection’ in ‘time’ zijn helemaal niet streng.³⁴⁸ De enige concrete eisen, die voortvloeien zijn: (1) de burgemeester moet handelen zodra daartoe de mogelijkheid ontstaat en (2) daarna mag de procedure niet stagneren.

4.3.6. Proportionele sanctieoplegging

De eisen van het EHRM bij dit vereiste zijn ook coulant. Bepalend is slechts, dat aan het einde van de twee procedures de cumulatie van de sancties niet disproportioneel is.³⁴⁹ Voorts wordt in de ideale situatie expliciet te kennen gegeven, dat rekening is gehouden met de oplegging van de eerste of tweede sanctie. Aandacht verdient, dat het hier lijkt te gaan om de

³⁴⁷ Zie o.a. F. van Tulder e.a., ‘Van schikking naar strafbeschikking?’, *NJB* 2017/310, p. 308.

³⁴⁸ Zie paragraaf 3.4.4.

³⁴⁹ Zie paragraaf 3.4.4.

strafrechtelijke pendant van het evenredigheidsbeginsel. Het voorgaande betekent in ieder geval, dat de sanctie in verhouding moet zijn tot het begane delict. Tegelijkertijd is de concrete uitwerking van het evenredigheidsbeginsel bij sanctietoemeting niet eenvoudig te omschrijven. Volgens Bleichrodt en Vegter is het dan ook veeleer een pragmatisch proces van afwegen.³⁵⁰ Volgens Mevis is de sanctietoemeting sterk verbonden met de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij alle relevante omstandigheden in de sanctietoemeting tot hun recht moeten komen.³⁵¹ Ook uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt, dat de proportionaliteit nauw is verbonden met de eisen van billijkheid en er geen algemene regels ervoor zijn. Dat lijkt i.c. ook onvermijdelijk, omdat het bijvoorbeeld onmogelijk is om een gevangenisstraf en een woningsluiting met elkaar te vergelijken. Het evenredigheidsbeginsel ingevolge artikel 3:4, tweede lid, Awb wordt daarentegen over het algemeen gekenmerkt door een zeer terughoudende toetsing door de bestuursrechter.³⁵² Derhalve zal het bepaalde in artikel 3:4, tweede lid, Awb uitgelegd moet worden met behulp van artikel 6 EVRM.³⁵³ Een andere mogelijkheid is, dat de strafrechter rekening houdt met de effectuering van de bevoegdheid door de burgemeester. De Hoge Raad lijkt dat immers toe te staan.³⁵⁴

Met betrekking tot het karakter van de twee sancties kan het navolgende opgemerkt worden. De in met name Scandinavische verdragsstaten heersende visie lijkt een bruikbare voor de Nederlandse rechtsorde. Zo wordt in Noorwegen een fiscale geldboete gezien als een sanctie ten behoeve van generale preventie én om een deel van de kosten met betrekking tot de controle en opsporing van fiscale feiten – die namens de samenleving worden gemaakt – te verhalen. Zulks terwijl de strafrechtelijke sanctie wordt aangemerkt als een op vergelding gerichte sanctie.³⁵⁵ Ook bij de cumulatie van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow en de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Ow kan een vergelijkbaar onderscheid worden gehanteerd, maar wel met inachtneming van de eigenaardigheid van ons strafrecht. De visie in onder meer Noorwegen is immers niet één-op-één toepasbaar in de Nederlandse situatie, omdat generale preventie thans onlosmakelijk is verbonden met de doelen ons (strafrechtelijke) sanctierecht.³⁵⁶ Derhalve is er wel een overlap in doelen, omdat zowel de bestuursrechtelijke sanctie van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow als de strafrechtelijke sancties van de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en 11a Ow (deels) generale preventie beogen te bewerkstelligen. Desondanks is er nog steeds een

³⁵⁰ Zie Bleichrodt & Vegter 2016, p. 44-45.

³⁵¹ Zie P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht. Een thematische indeling*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 987-988.

³⁵² Zie Michiels e.a. 2016, p. 225.

³⁵³ Zie Michiels e.a. 2016, p. 225.

³⁵⁴ Zie HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, rov. 2.6., NJ 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes. Zie ook paragraaf 3.3.2.

³⁵⁵ EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, par. 46, BNB 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

³⁵⁶ Zie o.a. Bleichrodt & Vegter 2016, p. 1-2. Zie ook Mevis 2013, p. 174-175; Kelk/De Jong 2019, p. 26-28.

onderscheid mogelijk. Immers; vergelding is inherent aan een strafrechtelijke sanctie.³⁵⁷ Bij de bestuursrechtelijke sanctie van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow lijkt echter vergelding nauwelijks een rol te spelen. Derhalve lijkt het aangewezen om te benadrukken, dat het bij de bestuursrechtelijke sanctie van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow met name gaat om een punitieve vorm van bestuursrechtelijke voorkoming van herhaling. De artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en 11a Ow kunnen dan gelden als strafrechtelijke sancties ten behoeve van met name vergelding. Het voorgaande lijkt het makkelijker te maken om (gerechtvaardigd) de voorgenoemde sancties te cumuleren en biedt tevens handvatten voor matiging in één van de twee procedures.

4.4. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk stonden de vragen centraal of artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow kan worden aangemerkt als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM en (zo ja) hoe een ‘*close connection*’ in zowel ‘*substance*’ als in ‘*time*’ bij een eventuele cumulatie met artikel 10a, eerste lid, onder 3, Ow en/of artikel 11a Ow kan worden bewerkstelligd. De conclusies zijn als volgt.

Op basis van de aard van de overtreding lijkt het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, Ow aangemerkt te kunnen worden als een *criminal charge*. Een verdergaande conclusie is simpelweg niet mogelijk. Artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow lijkt weliswaar te voldoen aan drie van de vier gebruikte indicaties in dit onderzoek, maar deze indicaties vormen een onderdeel van een hele reeks aan niet-limitatieve indicaties. Derhalve kan niet worden uitgesloten, dat – mocht het EHRM het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow ooit toetsen aan artikel 6 EVRM – het andere indicaties gebruikt (of zelfs ontwikkeld specifiek voor de voorliggende casus). Aangezien het EHRM naar mijn weten zich niet heeft uitgelaten in een vergelijkbare zaak, is het oordeel nauwelijks te voorspellen. Twee aspecten bij de toepassing van de bevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow kunnen toch rechtvaardigen om (in ieder geval) te spreken van een op een *criminal charge* lijkende sanctie. Ten eerste is de oplegging van de sanctie in de praktijk mogelijk direct na het plegen van een strafbaar feit, zonder dat in de procedure op een zichtbare wijze een koppeling wordt gemaakt met de openbare orde. Ten tweede heeft het bepaalde in artikel 13b, eerste lid sub b, Ow – naast een element van openbare orde – ook een heel erg op een punitief element gelijkend doel, namelijk: het bewerkstelligen van een generaal preventief effect door de effectuering van de sanctie.

³⁵⁷ Zie o.a. Kelk/De Jong 2019, 26-28; Bleichrodt & Vegter 2016, p. 41.

Aangezien niet met enige zekerheid is voldaan aan het vereiste van twee *criminal proceedings*, lijkt zowel het feitelijk onmogelijk maken via jurisprudentie als via rechtsvorming regels te formuleren voor de samenloop van de twee sancties niet aangewezen. De Hoge Raad zal immers daarmee de grenzen van zijn rechtsvormende taak opzoeken. Het lijkt daarentegen wel behoorlijk (en tevens toch ook aangewezen) om bij wet of anderszins regels te formuleren voor de samenloop van de twee procedures. De procedurele eisen van het EHRM kunnen voorts in dit geval gemakkelijk worden ingepast, waardoor op een aanvaardbare wijze de sancties kunnen worden gecumuleerd. De in dit geval duidelijke bevoegdheidsverdeling tussen de strafrechtelijke autoriteiten en de burgemeester kan tevens behulpzaam zijn bij het formuleren van een oplossing.

De exclusieve bevoegdheid van de strafrechtelijke autoriteiten om feiten te verzamelen is al erkend door de wetgever, waardoor bovendien sprake zal zijn van een aantal kleine praktische toevoegingen. In de gevallen dat de afdoening door de strafrechtelijke autoriteiten is (1) gelijk te stellen met een onherroepelijke veroordeling, (2) de komst van een met een onherroepelijke veroordeling gelijk zijnde beslissing met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat of er (3) geen beslissing ten gronde is, komt de burger 'vader' de bevoegdheid toe om een last onder bestuursdwang te effectueren als bedoeld in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow. In de eerste twee gevallen is in de bestuursrechtelijke procedure géén discussie mogelijk over de feiten. In het derde geval is de jurisprudentie van het EHRM op grondslag van artikel 4, zevende protocol, EVRM helemaal niet van toepassing. De burgermeester komt in het laatste geval aldus ook beoordelingsvrijheid toe, al is het de vraag of de rolverdeling van het staatsbestel zich niet verzet tegen een beoordelingsvrijheid van de burgemeester.

Tot slot, de eisen dat sprake moet zijn van een '*close connection*' in '*time*' en een proportionele cumulatie van de sancties, hoeven in de praktijk geen enkel probleem op te leveren. De eerste eis houdt immers in wezen slechts in, dat de burgemeester voortvarend moet handelen, zodra dat mogelijk is. Voor de heden ten dage slagvaardig handelende burgemeester geen obstakel. De tweede eis houdt idealiter slechts in, dat in één der procedures op een zichtbare wijze rekening is gehouden met de eerder opgelegde of nog op te leggen sanctie.

5. Besluit

5.1. Inleiding

In dit onderzoek stond de vraag centraal in hoeverre het ne bis in idem-beginsel in de zin van artikel 4, zevende protocol, EVRM een beletsel zou moeten vormen voor een eventuele cumulatie van de bevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow met de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Ow.

Ter beantwoording van deze vraag is eerst de inhoud van het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow onderzocht en is de verhouding van voornoemd artikel tot de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en 11a Ow bepaald. De bevindingen zijn als volgt. Artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow lijkt in de praktijk niets meer dan een (al dan niet her-)beoordeling van de strafbare feiten bedoeld in artikel 10a, eerste lid, onder 3, en/of artikel 11a Ow door de burgemeester. Ook al is in een individueel geval mogelijk dat de effectuering van de bevoegdheid de handhaving van de openbare orde dient, speelt het geen enkele zichtbare rol in de procedure. Het voorgaande is precies hoe de wetgever deze bevoegdheid voor ogen had. Een – zeer sterk op een strafrechtelijke voorkoming van herhaling gelijkend – afschrikwekkend effect in combinatie met een (altijd aanwezige) zeer ver verwijderd verband met de openbare orde moest immers voldoende zijn om handhavend te kunnen optreden. De burgemeestersbevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow leidt voorts een eigen leven in de bestuursrechtelijke rechtspraak. Deze gang van zaken maakt het mogelijk dat de strafrechtelijke autoriteiten geen aanleiding zien voor een (nader) strafrechtelijk onderzoek, maar de desbetreffende persoon toch te maken krijgt met een sluitingsbevel op grond van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow. De beperking van de wetgever, dat de bevoegdheid enkel kan worden geëffectueerd in evidente gevallen lijkt voorts in de rechtspraak nauwelijks een belemmering te vormen. Zulks terwijl het gaat om vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, die extra aandacht verdienen. Op basis van de strafrechtelijke jurisprudentie, waarin het bepaalde in de artikelen 10a en 11a Ow sterk geobjectiveerd is geïnterpreteerd, zijn er immers gevallen denkbaar waarbij het verwijt karaktertrekken vertoont van een risico-aansprakelijkheid. Tegelijkertijd moet worden opgemerkt, dat de bevoegdheid in de meeste gevallen een evidente toevoeging bevat op het strafrechtelijke sanctierecht. Bij de strafrechtelijke zijde van de Opiumwet valt het pand immers buiten schot.

Vervolgens is onderzocht hoe invulling wordt gegeven aan het ne bis in idem-beginsel door zowel de Hoge Raad als het EHRM. De bevindingen zijn als volgt. De huidige koers van de Hoge Raad biedt geen soelaas voor de samenloop van de artikelen 13b, eerste lid, sub b, Ow

met 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Ow. De jurisprudentie van het EHRM op grondslag van artikel 4, zevende protocol, EVRM is (op z'n zachtst gezegd) te diffuus. Het omvat zo veel verschillende situaties en door de jaren heen zijn zo ontzettend veel verschillende visies geuit, dat het simpelweg onmogelijk is om daar een alomvattend antwoord uit te halen. Het grootste probleem is, dat het EHRM vooralsnog nauwelijks ergens toe dwingt. Het lijkt mij dan ook wenselijk, dat het EHRM, voor zover dat mogelijk is, op den duur meer handvatten geeft. Het voorgaande ligt voorts voor de hand, omdat volgens het EHRM de rechtsstelsels van de verdragsstaten nog in transitie zijn. In ieder geval is bij deze stand van zaken de vertaling van de jurisprudentie van het EHRM naar bijvoorbeeld de Nederlandse rechtsorde nog steeds te moeilijk. Eén Straatsburgse keuze lijkt desondanks thans niet meer ter discussie te staan. Staten moeten een einde maken aan de cumulatie van bestuursrechtelijke constructies – die wel heel erg veel op een *criminal charge* lijken – met een strafvervolging, zonder dat sprake is van procedurele regels voor de samenloop. Met een bestuursrechtelijke constructie die wel heel erg veel op een *criminal charge* lijkt, wordt het navolgende bedoeld. Het zijn weliswaar sancties die ontegenzeggelijk een verbinding hebben met de doelen van het bestuursrecht, maar de sancties zijn (al dan niet na verloop van tijd) niet meer zuiver bestuursrechtelijk en evenmin zuiver punitief. Hoe de externe samenloop exact eruit moet zien, is echter niet geheel af te leiden uit de jurisprudentie van het EHRM. Hierdoor blijft in alle gevallen de noodzaak bestaan om op onderdelen terug te vallen op het nationale stelsel.

Tot slot is onderzocht wat de jurisprudentie van het EHRM op grondslag van artikel 4, zevende protocol, EVRM betekent voor de samenloop van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow met de artikelen 10a, eerste lid onder 3, en/of 11a Ow. De bevindingen zijn als volgt. Dat er een oplossing moet worden geformuleerd bij de cumulatie van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow met de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Ow lijkt aangewezen. Op basis van de aard van de overtreding lijkt artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow immers aangemerkt te kunnen worden als een *criminal charge*. Twee aspecten lijken daarbij een beslissende rol te spelen. Ten eerste lijkt het mogelijk maken van bestuursrechtelijke sanctie direct (en zonder meer) naar aanleiding van een strafbaar feit niet de conclusie te kunnen rechtvaardigen, dat het geen *criminal charge* meer is. Ten tweede heeft de burgemeestersbevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow (naar het lijkt) een deels punitief doel voor ogen, namelijk: het bewerkstelligen van een afschrikwekkend effect. Tegelijkertijd blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM niet, dat in dit geval met enige zekerheid sprake is van een *criminal charge*. De jurisprudentie van de Hoge Raad belemmert in deze gevallen om een bepaalde oplossing te formuleren. Een dergelijke

terughoudendheid is in deze gevallen voorts te rechtvaardigen, omdat de vrijheid van de wetgever wordt beperkt door een beroep op het EVRM.

5.2. Conclusie

De beantwoording van de onderzoeksvraag is in verband met het voorgaande moeilijk en is – ondanks de uitgesproken ambitie in de inleiding – enkel van toepassing op dit specifieke geval. De materie is immers te diffuus, de jurisprudentie van het EHRM te abstract en de beweging in Europa te kort. Bovendien lijkt de wetgever de vrijheid te hebben om per wettelijke regeling de afstemming van rechtsgebieden anders in te richten. Het antwoord kán zijn dat de maatstaven van het EHRM niet geheel duidelijk zijn, waardoor de wettelijke regeling in overeenstemming met het EVRM – en daardoor met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie – moet worden geacht. Mijn antwoord is desondanks, dat het ne bis in idem-beginsel in de zin van artikel 4, zevende protocol, EVRM een beletsel zou moeten kunnen vormen voor een eventuele cumulatie van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow met de artikelen 10a, eerste lid, onder 3, en/of 11a Ow. Met name vanwege het feit, dat het bepaalde in artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow wel erg in de buurt van een *criminal charge* lijkt te komen. Het zou dan ook (minimaal) behoorlijk zijn, als de wetgever regels zou formuleren voor de samenloop van de twee procedures. Bovendien zou een samenloopsregeling het belang van de staat dienen, omdat het voorkomt dat er van een strafrechtelijk oordeel afwijkende beslissing wordt genomen in een individueel geval. De jurisprudentie van het EHRM spoort daartoe voorts wel degelijk aan, zij het niet dwingend genoeg. Het lijkt derhalve in strijd met het doel en de strekking met de jurisprudentie van het EHRM te zijn om te antwoorden, dat de jurisprudentie van het EHRM geen beletsel zou moeten kunnen vormen op de samenloop van de twee procedures. Het is enkel nog te abstract en het geeft de wetgever (vooralsnog) veel vrijheid, waardoor een oplossing middels rechtspraak niet mogelijk moet worden geacht.

Bij de regels voor de samenloop lijkt voorts onderscheid te kunnen worden gemaakt tussen twee situaties. De eerste situatie heeft betrekking op de samenloop van een vervolging van een persoon ter zake van artikel 11a Ow, die in het algemeen op bonafide wijze een onderneming exploiteert. In dit geval kan worden gesteld, dat de bestuursrechtelijke sanctie niets meer is dan een verkapte geldboete. Met name als uit het dossier niet blijkt dat er een aannemelijk gevaar voor de verstoring van de openbare orde aanwezig was, waardoor de effectuering van de sanctie bovendien géén enkel aanvullend doel dient en de sanctie in hoge mate overeenkomt met de (te verwachten) strafrechtelijke sanctie. In deze gevallen zou de cumulatie kunnen worden uitgesloten bij wet of anderszins. De keuze welke procedure wordt uitgesloten is aan de

wetgever, afhankelijk van welke sanctie diens voorkeur heeft. De tweede situatie heeft betrekking op alle andere gevallen. De wetgever zou de regeling kunnen voorzien van procedurele regels voor de samenloop. Het voorgaande kan zelfs op informele wijze, waarbij slechts de bevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, sub b, Ow wordt afgestemd op de aan de effectuering ten grondslag liggende strafzaak.

De bevoegdheidsverdeling van het Nederlandse staatsbestel zou daarbij behulpzaam kunnen zijn. De strafrechtelijke rechtshandhaving van de rechtsorde is immers exclusief toebedeeld aan de strafrechtelijke autoriteiten én de burgemeester beoordeelt slechts het strafdossier. Indien het bestendige (en tevens duidelijke) deel van de jurisprudentie wordt vertaald, kunnen de navolgende procedurele regels worden afgeleid. Het is allereerst al door de wetgever geregeld, dat (1) de feiten worden verzameld door de strafrechtelijke autoriteiten. Daaraan zou kunnen worden toegevoegd, dat:

- (2) het bewijs wordt beoordeeld door de strafrechtelijke autoriteiten;
- (3) er een met een schuldigverklaring gelijk te stellen beslissing, zoals een strafrechtelijke veroordeling, strafbeschikking of een transactie, onherroepelijk is of de komst van een voorgenoemde beslissing met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat;
- (4) de burgemeester, zodra dat kan, voortvarend handelt, en;
- (5) in één van de twee procedures zichtbaar rekening wordt gehouden met de oplegging van de andere sanctie.

Literatuurlijst

Literatuur

J.M. Beder, 'Detentie in de Europese Unie', *Sancties* 2018/12.

J.M. van Bemmelen e.a., *Strafprocesrecht*, bewerkt door: B.F. Keulen en G. Knigge, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

F.W. Bleichrodt en P.C. Vegter, *Sanctierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

A.E.M. van den Berg, 'Woonoverlast', in: J. Schilder e.a., *Hoofdstukken openbare-orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015.

M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: W.J.M. Woerman e.a., *Controverses rondom legaliteit en legitimatie*, NJV-pleidvies 2011, Deventer: Wolters Kluwer 2011.

M.J. Borgers, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad en de reikwijdte van de strafbaarstellingen van witwassen', *DD* 2013/33.

L.M. Bruijn en J. Brouwer, 'Verruiming Wet Damocles. Op zoek naar de betekenis in het labrynt dat Opiumwet heet', *NJB* 2019/767.

F.H.S. Bridge, *The Council of Europe French-English legal dictionary*, Straatsburg: Council of Europe Press 1994.

Y. Buruma, 'Strafrechtelijke rechtsvorming', *Strafblad* 2013/3.

J.H. Crijns en P.P.J. van der Meij, 'Over de grenzen van de materiële waarheidsvinding', in: R.H. Haveman, *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

N. van Deinsen, 'De afdwingbaarheid van een contractuele exploitatieverplichting. Remedies bij het schenden van contractuele exploitatieverplichtingen', *TvHB* 2019/3.

J. De Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

H. de Doelder, *Het OM in positie* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1988.

A.H.M. Dölle en D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlands gemeenterecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2004.

EHRM, *Guide on Article 4 of protocol No 7 to the European Convention on Human Rights*, Straatsbrug 2020.

EHRM, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg 2020.

M. Federova, 'De 'achterdeur-problematiek' van de coffeeshop in de rechtspraak: wetgever help de strafrechter uit de spagaat.' *DD* 2016/53.

A.C. 't Hart, *Om het OM* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

W.F. van Hattum, *Non bis in idem: De ontwikkeling van een beginsel*, (diss. Groningen) Groningen: Wolf Legal Publishers 2012.

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orderecht*, Deventer: Wolter Kluwer 2004.

N. Keijzer, *Strafbaarheid van voorbereidingshandelingen*, Arnhem: Gouda Quint 1983.

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, bewerkt door: F. de Jong, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

.H.P.H.M.C. van Kempen en M.I. Fedorova, *Internationaal recht en cannabis. Een beoordeling op basis van VN-drugsverdragen en EU-drugsregelgeving van gemeentelijke en buitenlandse opvattingen pro regulering van cannabisteelt voor recreatief gebruik*, Deventer: Kluwer 2014.

P.H.P.H.M.C. van Kempen en M.I. Fedorova, *Internationaal recht en cannabis II. Regulering van cannabisteelt en –handel voor recreatief gebruik: positieve mensenrechtenverplichtingen versus VN-drugsverdragen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

G. Knigge, 'Strafvordering in het geding', in: *NJV Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

H.G.M. Krabbe en H.M. Poolmaan, 'Enkele aspecten van het ne bis in idem-beginsel in internationaal verband', in: *Liber Amoricum Th.W. van Veen*, Arnhem: Gouda Quint 1985.

M.W. van Laar e.a., *Nationale Drug Monitor. Jaarbericht 2019*, Den Haag 2020.

G. Lasagni en S. Mirandola, 'The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law', *EUCRIM* 2019/2.

P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht. Een thematische indeling*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

P.A.M. Mevis, 'Strafrecht als waarborg en bedreiging van kwaliteit van zorg tegelijk', *TvGR* 2015/39.

F.C.M.A. Michiels e.a., *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

J.S. Nan, *Het Lex Certa-beginsel*, (diss. Tilburg), Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Omgevingsveiligheid hennepkwekerijen. Onderzoek naar de fysieke veiligheidsrisico's voor omwonenden van bedrijfsmatig opgezette hennepkwekerijen*, Den Haag 2018.

J.M. Reijntjes, 'Opsporingshulp en kleine rechtshulp', in: R. van Elst en E. van Sliedrecht, *Handboek internationaal strafrecht. Internationaal en Europees strafrecht vanuit Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

L.J.J. Rogier, *Bestuursrecht of strafrecht. Instrumentaliteit of moraliteit?* (afscheidsrede Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

M. Rutgers, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

R. Salet en H. Sackers, 'Spanningen tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke aanpak van criminaliteit', *NJB* 2019/766.

J.J.J. Sillen, ‘Straffend bestuur, de rechter en de Grondwet, *RMThemis* 2014.

F. van Tulder e.a., ‘Van schikking naar strafbeschikking?’, *NJB* 2017/310.

B. van der Vorm, ‘De straffende burgemeester: een gevaar voor het strafrecht?’, *DD* 2017/9.

B. van der Vorm, ‘Bespiegelingen over de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht’,
RegelMaat 2017/32.

M.J.F. van der Wolf en S. Struijk, ‘(Levens)lang toezicht als zelfstandige maatregel: wordt nu echt de Rubicon overgestoken?’, *Sancties* 2014/50.

M. Wouters e.a., “*Harde aanpak, hete zomer. Een onderzoek naar de ontmanteling van hennepkwekerijen in Nederland.*” Amsterdam: Rozenberg Publishers 2007.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1982/83, 17975, nr. 3.

Kamerstukken II 1989/90, 19403, nr. 16.

Kamerstuk 1995/96, 24072, nr. 11.

Kamerstukken II 1995/96, 24699, nr. 3.

Kamerstukken II 1996/97, 25324, nr. 3.

Kamerstukken II 2000/01, 27874, nr. 3.

Kamerstukken II 2004/05, 29800 VI, nr. 9.

Kamerstukken II 2005/06, 30339, nr. 3.

Kamerstukken II 2005/06, 30515, nr. 3.

Kamerstukken II 2005/06, 30657, nr. 3.

PbEU 2007, C 303/31.

Kamerstukken II 2010/11, 32842, nr. 3.

Kamerstukken II 2011/12, 32842, nr. 6.

Kamerstukken II 2012/13, 32842, nr. 13.

Kamerstukken I 2012/13, 32842 nr. B.

Kamerstukken I 2013/14, 32842, nr. D

Kamerstukken II 2016/17, 34763, nr. 3.

Kamerstukken II 2016/17, 34763, nr. 4.

Kamerstukken II 2017/18, 34763, nr. 5.

Kamerstukken II 2017/18, 34763, nr. 6.

Kamerstukken I 2017/18, 34763, nr. A.

Kamerstukken I 2018/19, 34763, nr. B.

Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 29911, nr. 223.

Jurisprudentie

Nationaal

HR 17 december 1963, ECLI:NL:HR:1963:18, NJ 1964/385, m.nt. W.P.J. Pompe.

HR 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0679, *NJ* 1997/665.

HR 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0146, *NJ* 1997/667, m.nt. A.C. 't Hart.

HR 2 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3838, *NJ* 2000/174, m.nt. J de Hullu.

HR 13 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0494, *NJ* 2001/338.

HR 08 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5613, *NJ* 2003/51.

HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, *NJ* 2007/181.

HR 16 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5833, *NJ* 2008/127, m.nt. N. Keijzer.

HR 27 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB8762, *JOL* 2007/782.

CRvB 8 juli 2009, ECLI:NL:CVRB:2009:BJ3991, *AB* 2009/379, m.nt. H.E. Bröring.

ABRvS 26 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM5615, *Gst* 2010/74, m.nt. L.J.J. Rogier.

ABRvS 8 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN6187.

HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0578, *NJ* 2011/44, m.nt. N. Keijzer.

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

ABRvS 9 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5294, *AB* 2012/282, m.nt. A.E.M. van den Berg en S.H. van den Ende.

HR 15 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5166, *NJ* 2012/327, m.nt. A.H. Klip.

HR 25 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5012, *NJ* 2013/176 m.nt. M.J. Borgers.

HR 23 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX6767, *NJ* 2012/617.

Rb. Haarlem 4 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY5942, *AB* 2013/91, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

ABRvS 5 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2043, *Gst.* 2013/95, m.nt. L.J.J. Rogier.

ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2362, *Gst* 2014/107, m.nt. J.L.L. Rogier.

HR 4 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:636, *NJ* 2015/63.

ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2562, *JOL* 2014/763.

HR 3 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:199, *NJ* 2015/173, m.nt. M.J. Borgers.

ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:333, *AB* 2015/146, m.nt. B. van der Vorm.

HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:324, *AB* 2015/159, m.nt. R. Stijnen.

Rb. Den Haag 10 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7905.

Rb. Limburg 29 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:8220.

HR 6 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2978, *NJ* 2016/130, m.nt. J.M. Reijntjes.

Rb. Gelderland 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7267.

HR 3 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3205, *NJ* 2016/72, m.nt. J.M. Reijntes.

Rb. Oost-Brabant 19 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:144.

Rb. Oost-Brabant 19 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:150.

HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:222, *NJ* 2016/143, m.nt. T. Kooijmans.

HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:222, *AB* 2016/351, m.nt. C. Saris en L van Boven.

HR 15 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:405, *NJ* 2016/176, m. red. aant.

Rb. Limburg 22 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2466.

Rb. Limburg 22 maart 2016, ECLIL:NL:RBLIM:2016:2469.

HR 12 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:615, *NJ* 2016/215.

HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:743, *NJ* 2016/282, m.nt. N. Keijzer.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5056.

ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840.

Rb. Amsterdam 28 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7769.

HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, *NJ* 2017/132, m.nt. E.A. Alkema.

Gerechtshof Amsterdam 21 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5795.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 februari 2017, ECLI:NLGHSHE:2017:342.

Rb. Noord-Nederland 14 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:442.

Rb. Limburg 21 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1579.

ABRvS 22 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1329.

HR 21 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2959.

HR 5 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3062, *NJ* 2018/231, m.nt. J.M. Reijntjes.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5673.

HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, *NJ* 2018/94, m.nt. J.M. Reijntjes.

Rb. Gelderland 22 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6673.

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

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5053.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:945.

HR 13 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:328, *NJ* 2018/281, m.nt. N. Rozemond.

Rb. Oost-Brabant 21 juni 2018 ECLI:NL:RBOBR:2018:3041.

HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1014, *NJ* 2018/299.

HR 2 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1818, *NJ* 2018/403.

HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1941, *NJ* 2019/272, m.nt. Rozemond.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9387.

HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1941, *SR* 2018-0397, m.nt. S.M.A. Lestrade.

Rb. Amsterdam 26 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8378.

Rb. Amsterdam 19 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9476.

Rb. Rotterdam 11 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2248.

Gerechtshof Amsterdam 11 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:942.

Rb. Zeeland-West-Brabant 14 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1056.

Rb. Oost-Brabant 19 maart 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:1837.

Rb. Rotterdam 25 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3992.

Rb. Oost-Brabant 2 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2441.

Rb. Oost-Brabant 2 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2442.

Rb. Gelderland, 14 mei 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2406.

Rb. Oost-Brabant 27 mei 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2985.

Rb. Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4296.

Rb. Amsterdam 28 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4297.

Rb. Zeeland-West-Brabant 7 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:2608.

Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3012.

HR 18 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:977, *RvdW* 2019/763.

Rb. Rotterdam 25 juli 2019, zaaksnummer ROT 19/3654 (niet-gepubliceerd, zie Bijlage I).

Gerechtshof Den Haag 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2388.

Rb. Rotterdam 22 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8321.

ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2912, *Gst.* 2019/177, m.nt. A. Schreijenberg

Rb. Rechtbank Noord-Nederland 3 oktober 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:4091.

Rb. Oost-Brabant 17 oktober 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5938.

Rb. Den-Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, *GJ* 2019/142, m.nt. T. Schalken.

Rb. Amsterdam 12 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8297.

Rb. Zeeland-West-Brabant 23 september 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:4152.

Rb. Limburg 25 september 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:8655.

Rb. Oost-Brabant 14 november 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:6624.

Rb. Amsterdam 22 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9029.

Rb. Oost-Brabant 4 december 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:6931.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4714.

Rb. Limburg 18 december 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:11327.

Rb. Oost-Brabant 5 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:601.

ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:617.

Rb. Gelderland 2 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1572.

HR 6 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:389; HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712.

Rb. Rotterdam 25 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2548.

Rb. Rotterdam 27 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2749.

Rb. Rotterdam 27 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2750.

Rb. Rotterdam 1 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4312.

Internationaal

EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:0608JUD000537072, NJ 1978/223 (Engel e.a./Nederland).

ECRM 4 maart 1978, ECLI:CE:ECHR:0304DEC000734176 (Herbert Eggs/Zwitserland).

EHRM 22 mei 1980, ECLI:CE:ECHR:0522JUD001103484 (Weber/Zwitserland).

EHRM 21 februari 1984, ECLI:CE:ECHR:0221JUD000854479 (Öztürk/Duitsland).

EHRM 28 juni 1984, ECLI:CE:ECHR:0628JUD000787877 (Campbell e.a./VK).

EHRM 25 augustus 1987, ECLI:CE:ECHR:0925JUD000991282 (Lutz/Duitsland).

EHRM 24 februari 1994, ECLI:CE:ECHR:0224JUD001254786, NJ 1994/496, m.nt. E.A. Alkema (Bendenoun/Frankrijk).

EHRM 9 februari 1995, ECLI:CE:ECHR:0209JUD001744090 (Welch/VK).

ECRM 30 mei 1995 ECLI:CE:ECHR:0523DEC001159885 (Stenuit/Frankrijk).

ICTY 2 oktober 1995, IT-94-1-AR72 (Duško Tadić).

EHRM 10 juni 1996, ECLI:CE:ECHR:0610JUD001938092 (Benham/VK).

EHRM 28 oktober 1999, ECLI:CE:ECHR:1028JUD002678095 (Escoubet/België).

EHRM 23 oktober 1995, ECLI:CE:ECHR:1023JUD001596390 (Gradinger/Oostenrijk).

EHRM 30 juli 1998, ECLI:CE:ECHR:0730JUD0730008681080 (Oliveira/Zwitserland).

EHRM 30 mei 2000, ECLI:CE:ECHR:0530DEC003198296 (R.T./Zwitserland).

EHRM 26 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:1026JUD003021096 (Kudła/Polen).

EHRM 9 oktober 2003, ECLI:CE:ECHR:1009JUD03966598 (Ezeh e.a./VK).

EHRM 1 januari 2005, ECLI:CE:ECHR:0201JUD006182100 (Ziliberberg/Moldavië).

EHRM 13 december 2005, ECLI:NL:CE:ECHR:1213JUD007366101 (Nilsson/Zweden).

EHRM 12 april 2006, ECLI:CE:ECHR:0412JUD006573101 (Stec e.a./VK).

EHRM 21 september 2006, ECLI:CE:ECHR:005989200 (Maszni/Roemenië).

EHRM 23 november 2006, ECLI:CE:ECHR:1123JUD007305301, *BNB* 2007/150, m.nt. M.W.C. Feteris (Jussila/Finland).

EHRM 4 november 2008, ECLI:CE:ECHR:0411JUD007259601 (Balsyte Lideikene/Litouwen).

EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:0210JUD001493903, *NJ* 2010/36, m.nt. Y. Buruma (Zolotukhin/Rusland).

EHRM 25 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:0625JUD005575907 (Maresti/Kroatië).

EHRM 29 september 2009, ECLI:CE:ECHR:0929JUD003737605 (Talabér/Hongarije).

EHRM 17 december 2009, ECLI:CE:ECHR:1217JUD19533904 (M/Duitsland).

EHRM 16 november 2010, ECLI:CE:ECHR:1016JUD000092605 (Taxquet/België).

EHRM 29 mei 2011, ECLI:CE:ECHR:0529JUD003795097 (Franz Fischer/Oostenrijk).

EHRM 18 oktober 2011, ECLI:CE:ECHR:1018JUD005378509 (Tomasović/Kroatië).

EHRM 3 april 2012, ECLI:CE:ECHR:0403JUD002347005 (Nicoleta Gheorghe/Roemenië).

EHRM 19 februari 2013, ECLI:CE:ECHR:0221JUD004719506 (Müller
Hartburg/Oostenrijk).

HvJ EU 26 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:105, *NJ* 2013/348, m.nt. M.R. Kok (Åkerberg
Franson).

EHRM 21 oktober 2013, ECLI:CE:ECHR:1021JUD004275009 (Del Rio Prada/Spanje).

EHRM 14 januari 2014, ECLI:CE:ECHR:0114JUD003204211 (Muslija/Bosnië
Herzegovina).

EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:0520JUD003739411 (Glantz/Finland).

EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:0420JUD000075811 (Häkki/Finland).

EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:0520JUD001182811 (Nykänen/Finland).

EHRM 20 mei 2014, ECLI:CE:ECHR:0520JUD003523211 (Pirttimäki/Finland).

EHRM 27 november 2014, ECLI:CE:ECHR:1127JUD000735610 (Lucky Dev/Zweden).

EHRM 15 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:0115JUD001773506 (Chopenko/Oekraïne).

EHRM 27 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:0127JUD001703913 (Rinas/Finland).

EHRM 10 februari 2015, ECLI:CE:ECHR:0215JUD005319713 (Österlund/Finland).

EHRM 17 februari 2015, ECLI:CE:ECHR:0217JUD004160411 (Boman/Finland).

EHRM 30 april 2015, ECLI:CE:ECHR:0430JUD000345312 (Kapetanios e.a./Griekenland).

EHRM 11 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:0711JUD001984408 (Becker/Oostenrijk).

EHRM 26 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:0323JUD004715206 (Blokhin/Rusland).

EHRM 5 april 2016, ECLI:CE:ECHR:0405JUD003306010 (Helmut Blum/Oostenrijk).

EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:1115JUD002413011, *BNB* 2017/14, m.nt. F.J.P.M. Haas (A&B/Noorwegen).

EHRM 4 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:0104JUD002156312 (Rivard/Zwitserland).

EHRM 18 mei 2017, ECLI:CE:ECHR:0518JUD02200711 (Jóhannesson e.a./IJsland).

EHRM 19 december 2017, ECLI:CE:ECHR:1219JUD007847711 (Ramda/Frankrijk).

HvJ EU 20 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:197, *V-N* 2018/20.7, m.n. red. (Luca Menci).

EHRM 9 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:1009JUD001912015 (Seražin/Kroatië).

EHRM 23 oktober 2018, ECLI:CE:ECHR:1023JUD004707215 (Produkcija/Slovenië).

EHRM 4 december 2018, ECLI:CE:ECHR:1204JUD002277914 (Matthildur Ingvarsdottir/IJsland).

EHRM 6 april 2019, ECLI:CE:ECHR:0416JUD007209814 (Bjarni Ármannsson/IJsland).

EHRM 6 juni 2019, ECLI:CE:ECHR:0606JUD004734214 (Nodet/Frankrijk).

EHRM 8 juli 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0708JUD:005401210 (Mihalache/Roemenië).

Overig

‘Andere Tijden’ NTR-VPRO, 18 september 2014.

B. Endedijk ‘‘Drugsjongens’ azen op schuren’, *NRC* 24 juli 2016.

proces-verbaal uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Bestuursrecht

zaaknummer: ROT 19/3654

proces-verbaal van de mondelinge uitspraak van de voorzieningenrechter van 25 juli 2019 op het verzoek om voorlopige voorziening in de zaak tussen

[REDACTED] te Rotterdam, verzoeker,
gemachtigde: mr. T.P. van der Eerden,

en

de burgemeester van de gemeente Rotterdam, verweerder,
gemachtigden: mr. C.W. de Jong en A. van de Lugt.

Verzoeker is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden.
Na de sluiting van het onderzoek ter zitting op 25 juli 2019 heeft de voorzieningenrechter onmiddellijk mondeling uitspraak gedaan. De beslissing en de gronden van de beslissing luiden als volgt.

Bestissing

De voorzieningenrechter wijst het verzoek om voorlopige voorziening af.

Overwegingen

1. Bij besluit van 22 juli 2019 (het bestreden besluit) heeft verweerder aan verzoeker, als eigenaar van het pand aan de [REDACTED] te Rotterdam, het bedrijfspand alwaar [REDACTED] is gevestigd, een last onder bestuursdwang opgelegd op grond van artikel 13b van de Opiumwet in de vorm van sluiting van het bedrijfspand voor de duur van zes maanden, ingaande twee dagen na uitreiking van het besluit.
2. Ten aanzien van het spoedeisend belang is de voorzieningenrechter van oordeel dat door verzoeker weliswaar niet uitputtend is onderbouwd dat er sprake is van een acute financiële noodsituatie, maar dat alles bij elkaar genomen er wel sprake is van enig spoedeisend belang. Gelet hierop zal de voorzieningenrechter overgaan tot een inhoudelijk beoordeling van het besluit.
3. Op grond van artikel 13b, eerste lid onder b, van de Opiumwet is de burgemeester bevoegd, voor zover van belang tot oplegging van een last onder bestuursdwang indien in een woning of lokaal (pand) een voorwerp of stof als bedoeld in artikel 10a, eerste lid, onder 3°, of artikel 11a van de Opiumwet voorhanden is. Hierbij moet de situatie van dien aard zijn dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat het om strafbare

voorbereidingshandelingen gaat. Dit vergt een bestuurlijke beoordeling die kan worden gebaseerd op de feitelijke omstandigheden, zoals door de politie vastgesteld.

4. De voorzieningenrechter is van oordeel dat gelet op alles wat in het pand is aangetroffen op 5 maart 2019 zoals onder andere de stoffen Mannitol en Inositol, de grote hoeveelheid gripszakjes, een vacuümachine, een geldtelmachine en levensmiddelenverpakkingen voorzien van verborgen ruimtes en mede gelet op de samenhang van de aangetroffen stoffen en goederen verweerder een ernstig vermoeden kon hebben dat hetgeen in de winkel is aangetroffen bestemd is voor het bereiden, bewerken of vervaardigen van drugs. Verweerder was in beginsel dan ook bevoegd om over te gaan tot sluiting van het pand.
5. Voorts is de vraag of verweerder in redelijkheid gebruik heeft mogen maken van zijn bevoegdheid. Op grond van verweerders Beleidslijn bestuurlijke handhaving artikel 13b Opiumwet Rotterdam 2019 wordt na het voor de eerste maal aantreffen van drugs en of voorbereidingshandelingen in beginsel besloten tot sluiting voor de duur van zes maanden, maar zal nadrukkelijk worden overwogen of kan worden volstaan met een waarschuwing. Gelet op de indicatoren in het genoemde beleid die in de onderhavige situatie aan de orde zijn en dan met name de aard van de aangetroffen stoffen en de totale hoeveelheid aangetroffen stoffen, de mate van bekendheid van het pand en het feit dat het pand is gelegen in een risicowijk heeft de burgemeester niet kunnen volstaan met een waarschuwing en mocht verweerder overgaan tot sluiting van het pand voor de duur van zes maanden.
6. Voor zover verzoeker heeft aangevoerd dat de strafrechter over de genoemde stoffen anders denkt is de voorzieningenrechter van oordeel dat dit niet afdoet aan de bestuurlijke afweging van verweerder. De voorzieningenrechter betreft hierbij dat het toetsingskader in het strafrecht verschilt van het toetsingskader in het bestuursrecht.
7. Uit het voorgaande volgt dat het bestreden besluit naar verwachting in stand kan blijven, zodat er geen aanleiding is voor het treffen van een voorlopige voorziening.
8. De voorzieningenrechter geeft partijen mee dat het oog op het voortzetten van verzoekers winkel na de sluiting wel van belang is dat er concrete afspraken met verweerder gemaakt worden over wat er dan als voorraad wel aanwezig mag zijn voor verkoop.
9. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Deze uitspraak is op 25 juli 2019 in het openbaar gedaan door mr. M.G.L. de Vette, voorzieningenrechter, in aanwezigheid van mr. H. de Vries, griffier.

H. de Vries
griffier

M.G.L. de Vette
voorzieningenrechter

Een afschrift van dit proces-verbaal is verzonden aan partijen op: **30 JULI 2019**

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open.

VOOR KOPIE CONFORM
De griffier van de
Rechtbank Rotterdam
Sector Bestuursrecht
[Handwritten Signature]
wvd