

Heeft de burgemeester terecht gebruik gemaakt van het noodbevel ex art. 175 in plaats van de bevoegdheid in art. 172 lid 3 of art. 176?

1.1 Onderscheid tussen onmiddellijke en reguliere bevoegdheden

Art. 175 Gemw bevat een bevoegdheid voor de burgemeester om in uitzonderlijke situaties waarin een groep van mensen de orde verstoort dan wel dreigt te verstoren orde op zaken te kunnen stellen. Het gaat hier om één van de zogenaamde onmiddellijke bevoegdheden tot handhaving van de openbare orde. Die moeten principieel worden onderscheiden van de reguliere ordebevoegdheden. De term 'onmiddellijk' wordt ontleend aan art. 5:23 Awb:

'Deze afdeling is niet van toepassing op optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde.'

De onmiddellijke ordebevoegdheden hebben als kenmerken dat ze direct inzetbaar zijn en een grote mate van discretionariteit in zich bergen. Het zijn bevoegdheden bedoeld om een actueel en concreet gevaar voor de openbare orde direct te beteugelen. De inhoud van de ordemaatregel is geheel aan burgemeester om te bepalen. In het geval van een noodbevel mag hierbij zelfs van de wet afwijken

Met 'deze Afdeling' in art. 5:23 Awb doelt de wetgever op Afdeling 5.3. Bestuursdwang. De wetgever is van mening dat de onmiddellijke handhaving zoveel gelijkenis vertoont met de toepassing van bestuursdwang dat zeker gesteld dient te worden dat de eisen die deze afdeling stelt aan het geven van een last onder bestuursdwang niet van toepassing zijn op de onmiddellijke handhaving. In een crisis- of noodsituatie moet de burgemeester niet gehinderd worden door de strenge eisen die Awb stelt.

Een onmiddellijk ordebevel vertoont verwantschap met een besluit tot toepassing van bestuursdwang. Soms is een ordebevel – net als bestuursdwang – gericht op het herstellen van 'hetgeen in strijd met bij of krachtens wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten', zoals art. 5:21 Awb het formuleert. In dit geval valt een ordemaatregel niet of nauwelijks te onderscheiden van een besluit tot toepassing van bestuursdwang.

Welke eisen worden dan niet gesteld aan een noodbevel ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde? Het doel van art. 5:23 Awb is de

onmiddellijke handhaving van de openbare orde te faciliteren. Op grond hiervan is de burgemeester – anders dan art. 5:24 Awb voorschrijft – niet verplicht het noodbevel (a) op schrift te stellen, (b) hierin te vermelden welk voorschrift wordt overtreden en (c) het bevel bekend te maken aan de overtreder, zoals de Awb dat voorschrijft.

Art. 3:41 Awb

1. De bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door toezending of uitreiking aan hen, onder wie begrepen de aanvrager.

2. Indien de bekendmaking van het besluit niet kan geschieden op de wijze als voorzien in het eerste lid, geschiedt zij op een andere geschikte wijze.

In het tweede lid heeft de wetgever slechts het oog gehad op een besluit tot toepassing van bestuursdwang. Volgens de wetgeschiedenis kan een bestuursorgaan uitsluitend zijn toevlucht zoeken tot 'een andere geschikte wijze' van bekendmaken als de last niet kan worden uitgereikt of toegezonden, omdat het bestuursorgaan de identiteit van de overtreder niet kent of het niet beschikt over zijn correcte adres. Wij stellen ons echter op het standpunt dat de bekendmaking een zo universele en fundamentele eis is dat deze bepaling ook geldt voor onmiddellijke bevelen als een noodbevel (vgl Rb Almelo 25 januari 2006, AB 2006/412, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder).

De bekendmaking van het noodbevel is vanzelfsprekend ook voor de strafrechtelijke vervolging wegens het niet naleven van een ambtelijk bevel in verband met het legaliteitsvereiste een fundamentele voorwaarde.

De door de wetgever uitgezonderde eisen van art. 5:24 Awb betreffen essentiële waarborgen. Hiervoor bestaan goede redenen. Voor het op schrift stellen van een noodbevel is vooraf lang niet altijd ruimte. Niet zelden gaat het om een onvoorziene situatie waarin een plotseling gevaar voor de orde dreigt en waarin er iets op zeer korte termijn moet gebeuren. Achteraf kan de burgemeester het noodbevel natuurlijk wel op schrift zetten en bekendmaken conform de Awb, zoals in het geval van superspoed (art. 5:24 lid 6 Awb). Vermelding van het wettelijk voorschrift dat wordt overtreden, ligt echter vaak problematisch. Bij het bestaan van 'ernstige vrees' voor het begaan van een strafbaar feit waardoor de openbare orde wordt verstoord, is dat al helemaal het geval.

In een noodsituatie heeft de burgemeester vaak te maken met een collectief van (mogelijke) ordeverstoorders. Lang niet altijd zijn hun namen bekend bij de

politie. En ook staat niet steeds per individu vast of hij of zij een wettelijk voorschrift heeft overtreden, laat staan welk.

De afwezigheid van de schriftelijkheidseis maakt dat een onmiddellijk gegeven bevel niet onverkort geregeerd wordt door de Awb. Slechts via art. 3:1 lid 2 Awb speelt dit:

1. Op besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften:
 - a. is afdeling 3.2 slechts van toepassing, voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet;
 - b. zijn de afdelingen 3.6 en 3.7 niet van toepassing.
2. Op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet.

Dit wil echter bepaald niet zeggen dat het gebruik van een noodbevel niet aan voorwaarden is onderworpen. Dat is wel degelijk het geval, de inzet van onmiddellijke ordebevoegdheden zou anders wel haast onbeperkt kunnen zijn. De eisen die gesteld worden, zijn echter van een geheel ander karakter dan die welke in de Awb staan. Zij vloeien voort uit de aard van de speciale bevoegdheid (zie hierover J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Gebiedsontzeggingen in het systeem van het openbare-orderecht*, *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, afl. 3, 20 augustus 2007, p. 154 – 167).

1.2 Eisen aan inzet noodbevel

In het algemeen wordt aangenomen dat er terughoudend gebruik van het noodbevel dient te worden gemaakt om aan ordeproblemen het hoofd te bieden. Wat dit precies betekent, zetten we hieronder uiteen.

De eerste eis wordt genoemd het situatievereiste. Er dient sprake te zijn van een situatie die dwingt tot onverwijld ingrijpen i.v.m. oproerige beweging of andere ernstige wanordelijkheden, dan wel ernstige vrees voor het ontstaan daarvan.

De ernst van de overlast van het balletje-balletje spel rechtvaardigde niet de inzet van een noodbevel inhoudende een verblijfsontzegging (HR 11 december 1990, NJ 1991, 424).

Een tweede hier direct mee samenhangende vraag is hoe de burgemeester voldoende bewijs kan aandragen voor de vrees van ernstige wanordelijkheden. Een rechtbank kan geen betekenis toekennen aan CIE-informatie waarop een

verweerder zich beroept als de inhoud en waarde van deze informatie niet kan worden als zij ter beschikking wordt gesteld. Ter adstructie voeren we hier een overweging aan van de reeds eerder aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Almelo (van 25 januari 2006) in een zaak over de toepassing van het instrument van de bestuurlijke ophouding. De rechtbank gaat hier in op de vraag of de omstandigheden van het geval zodanig waren dat van een noodsituatie als in art. 175 Gemw gesproken kan worden.

'De rechtbank kan geen betekenis toekennen aan de CIE-informatie waarop verweerder zich beroept. De inhoud en waarde van deze informatie kan immers niet worden beoordeeld omdat zij niet in een proces-verbaal van een CIE-functionaris van politie is vastgelegd en ondanks een expliciet verzoek van de rechtbank in deze zaak niet is overgelegd. Gelet op het belang van de toetsbaarheid van het handelen van verweerder was dit wel noodzakelijk. Eisers hebben er terecht op gewezen dat zij in hun verdediging worden belemmerd doordat hen deze gegevens worden onthouden. De enkele, eigen weergave van deze informatie door verweerder is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende om de CIE-informatie toetsbaar te maken. Hetzelfde geldt voor de weergave van deze informatie in het niet ambtsedig opgemaakte verslag van bevindingen. Voor beide geldt dat niet duidelijk is of het gaat om een exacte, correcte weergave van de gegevens die van de informant zijn ontvangen. Dit klemmt te meer nu op de zitting duidelijk is geworden dat verweerder ten tijde van het vaststellen van de noodverordening zelf evenmin de beschikking had over een precieze weergave van de CIE-informatie. De stelling van verweerder dat de politie deze gegevens niet verstrekt, acht de rechtbank onjuist. In strafprocessen is het immers gebruikelijk processen-verbaal met CIE-informatie in het dossier te voegen.'

Ook in bestuursrechtelijke procedures stelt de rechter deze eis. U kunt hierbij bijvoorbeeld denken aan de weigering van een openbare manifestatie wegens berichten over een tegendemonstratie, maar bijvoorbeeld ook aan bevelen krachtens art. 172 Gemw die de burgemeester kan geven als hij ernstig vreest voor verstoring van de openbare orde.

Rechtbank Utrecht 3 december 2009 , LJN: BK5246

'Dat er sprake zou zijn van een dreigende verstoring van de openbare orde door derden als gevolg van de komst van verzoeker naar de gemeente Utrechtse Heuvelrug in combinatie met de wijze waarop door verzoeker met de media contact is gezocht, is door verweerder wel gesteld, maar die verstoring is niet, althans onvoldoende aannemelijk gemaakt. Het gegeven dat in het verleden binnen de gemeente een tweetal zedenkwesties hebben gespeeld, die onrust hebben veroorzaakt, is daarvoor onvoldoende. Daarbij is van belang dat een van die kwesties 10 jaar geleden heeft gespeeld.

Ook de in geding gebrachte verklaring van de districtschef van de Politie Utrecht, district Heuvelrug, van 24 november 2009 rechtvaardigt genoemde conclusie niet. In

zijn verklaring vermeldt de districtschef dat hij van mening is dat een (grote) kans bestaat dat binnen de gemeente Utrechtse Heuvelrug grote maatschappelijke onrust zal gaan ontstaan door het ongecontroleerde verblijf van verzoeker binnen de gemeente, en dat hierdoor de openbare orde in gevaar zal kunnen komen. Vastgesteld moet worden dat de districtschef geen melding maakt van concrete aanwijzingen die aanleiding geven te vrezen voor een actueel en concreet gevaar voor verstoring van de openbare orde. Om die reden is de door de districtschef uitgesproken mening, hoe zeer deze ook moet worden gerespecteerd, onvoldoende om het opgelegde gebiedsverbod te kunnen rechtvaardigen.'

Omdat informatie over de aard van de dreiging aan ons niet ter beschikking is gesteld, kunnen ook wij niet beoordelen of al dan niet terecht gesproken kan worden van vrees voor zich concreet en direct aandienende wanordelijkheden, zoals de eis luidt bij het aannemen van een noodsituatie.

Een tweede eis is dat de strafrechtelijke handhaving door de officier van justitie (ovj) geen adequate handhaving van de orde in het openbaar mogelijk maakt. In het onderhavige geval wordt gevreesd voor strafbare feiten in de sfeer van openlijke geweldpleging in de zin van art. 140 Sr. Een dergelijk delict biedt in de voorfase geen mogelijkheden voor ingrijpen door de ovj, omdat er niet sprake is van strafbare voorbereidingshandelingen als bedoeld in art. 46 Wetboek van strafrecht.

Een derde eis is dat reguliere bestuursrechtelijke handhavingsmogelijkheden voor de burgemeester tekort schieten. Beschikt de burgemeester op grond van de APV over de mogelijkheid om een gebiedsontzegging op te leggen voor de gehele stad bij vrees voor overtreding van een strafbepaling? We gaan ervan uit dat dit niet het geval is. Art. x Gebiedsontzegging van de APV luidt:

'Het is degene aan wie dit door of namens de burgemeester in het belang van de openbare orde of zedelijkheid schriftelijk vooraf bekend is gemaakt verboden zich anders dan in een openbaar middel van vervoer te bevinden op of aan door de burgemeester aangewezen wegen en plaatsen gedurende de uren daarbij genoemd. Dit verbod geldt gedurende de in de bekendmaking genoemde periode.'

De verordening suggereert dat slechts een gebiedsontzegging kan worden opgelegd voor delen van de stad en niet voor de stad als geheel. Het zou verstandig zijn in een procedure ervan blijk te geven deze mogelijkheid te hebben onderzocht.

Dat de mogelijkheid van preventieve bestuursdwang of preventieve dwangsom niet is onderzocht, lijkt ons vooralsnog niet relevant. De eerste berichten over een

dergelijke misschien bestaande mogelijkheid zijn van zeer recente datum en nog nergens toegepast op een geval in een situatie als deze.

Men kan zich nog afvragen of hier niet volstaan had moeten worden met de inzet van de 'lichte' bevelsbevoegdheid van art. 172 lid 3 Gemw. Wat daaronder precies moet worden verstaan is niet meteen evident, maar enige normerende invloed kan uitgaan van de plaats van de bepaling in de Gemeentewet, alsmede van de parlementaire geschiedenis waarin de bevoegdheid consequent is gekwalificeerd als een 'lichte' bevelsbevoegdheid in verhouding tot art. 175 Gemw. Uit de totstandkoming van de (relatief nieuwe) bevelsbevoegdheid van art. 172 lid 3 Gemw blijkt dat deze bepaling een uitdrukkelijke basis moest gaan bieden voor bevelen ter handhaving van de openbare orde ook zonder dat er (al) sprake is van een strafbaar feit.

Art 172, derde lid, van de Gemeentewet kan worden ingezet in situaties waarin sprake is van een actuele en concrete verstoring van de openbare orde, dan wel in een situatie dat er concrete aanwijzingen zijn dat voor een verstoring ernstig moet worden gevreesd. Het gaat met andere woorden ook om een instrument dat toegepast kan worden in een situatie waarin direct ingrijpen noodzakelijk moet worden geacht om een ordeverstoring te voorkomen of te beëindigen.

De wetsgeschiedenis laat zien dat gedacht werd aan relatief lichte en kortdurende bevelen, zoals het bevel aan voetbalsupporters om gebruik te maken van een bus voor de vervoer naar het stadion of het bevel tot beëindiging van een vechtpartij in een jeugdsociëteit. Dat het hier gaat om een lichte bevelsbevoegdheid blijkt ook uit het feit dat de burgemeester niet mag afwijken van wettelijke voorschriften, zelfs niet van APV-bepalingen.

'De HR stelt voorop dat, gelet op de geschiedenis van de totstandkoming van art. 172 lid 3 Gemw het ervoor moet worden gehouden dat, zo in een gemeente een verordening geldt waarin is geregeld dat de burgemeester i.g.v. overlast gevende verstoringen van de openbare orde aan de betrokkene een zogenoemde verblijfsontzegging kan opleggen, deze regeling dient te worden toegepast en art. 172 lid 3 Gemw dan niet (ook) een grondslag biedt voor het opleggen van een gebiedsontzegging ter zake van verstoringen van de openbare orde waarop de APV het oog heeft.' (Zie HR 11 maart 2008, AB 2008, AB 2008, 163, m.nt. J.G. Brouwer/A.E. Schilder).

Welke omstandigheden precies bepalend zijn voor het gebruik van de lichte dan wel de zware bevelsbevoegdheid valt moeilijk te zeggen. De jurisprudentie geeft op dit terrein weinig houvast. In zijn algemeenheid geldt dat een bestuursorgaan

het minst ingrijpende middel dient in te zetten.¹ De vraag of een over twee dagen verspreide gebiedsontzegging overigens wel op art. 172 lid 3 Gemw gebaseerd kan worden, is zeer legitiem. De Rechtbank Amsterdam zag in een uitspraak van 19 januari 1996 (95/8114, niet gepubliceerd) in de genoemde bepaling onvoldoende grondslag voor een verblijfsontzegging van 14 dagen. Een dergelijk bevel mag slechts strekken tot het zich gedurende een *bepaalde* tijd verwijderen uit het gebied waar de (dreigende) ordeverstoring zich voordoet. Een bevel van 8 uur achtte de rechtbank toelaatbaar.

Een laatste vraag in dit verband ten slotte is of er geen gebruik had moeten worden gemaakt van een noodverordening, omdat de totstandkoming daarvan met meer waarborgen is omgeven dan die van het noodbevel.

De keuze tussen voorschriften in de vorm van een noodbevel en een noodverordening wordt door verschillende factoren bepaald. Noodverordeningen bevatten algemeen verbindende (gedrags)voorschriften met een zelfstandige normstelling die voor herhaalde toepassing vatbaar zijn. Noodbevelen bestaan uit meer concrete opdrachten tot doen of nalaten, maar de verschillen tussen beide typen maatregelen zijn gradueel. In veel gevallen kan vanwege de korte periode waarin de maatregel moet werken zowel gekozen worden voor een noodverordening als een noodbevel.

Bij de keuze tussen deze twee instrumenten heeft het noodbevel van procedureel perspectief voordelen, alsook vanuit oogpunt van handhaving. Het overtreden van een noodbevel vormt een misdrijf, waarmee het strafvordelijke dwangmiddel van de voorlopige hechtenis in beeld komt. Het negeren van voorschriften in een noodverordening levert 'slechts' een overtreding op. Bij het maken van de keuze kan het volgende schema behulpzaam zijn:

Noodbevel artikel 175 Gemeentewet	Noodverordening artikel 176 Gemeentewet
Gericht tot één of meerdere personen	Gericht op een ieder die er mee te maken krijgt (algemeen verbindend voorschrift)
Na opvolging bevel is rechtstoestand uitgewerkt	Schept een blijvende rechtstoestand

¹ Orde in beweging. Openbare-ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, m.n. p. 43.

Bekendmaking aan degene(n) tot wie het bevel zich richt; indien mogelijk ook het bevel op schrift uitreiken	Algemene bekendmaking op een door de burgemeester te bepalen wijze (bijv. media, internet, gemeentehuis en politiebureau)
Niet naleving: sanctie artikel 184 Wetboek van strafrecht (misdrijf)	Niet naleving: sanctie artikel 443 Wetboek van strafrecht (overtreding)
Bestuursrechtelijke (marginale) toetsing en Gemeenteraad kan zich achteraf uitspreken over het gebruik.	Bestuurlijke controle: bekrachtiging door gemeenteraad (A); melding aan Commissaris van de Koningin (B); en (straf)rechterlijke toetsing bij geschil (C).

(met verdere toelichting geplaatst op:
<http://www.burgemeesters.nl/noodverordening>)

In deze concrete casus was het instrument van het noodbevel veel meer geïndiceerd dan een noodverordening. Er bestond immers geen enkele reden om te veronderstellen dat de betrokkenen zich wel aan extra gedragsaanwijzingen in de vorm van een noodverordening zouden conformeren. Hen weren uit de stad met behulp van een noodverordening is feitelijk onmogelijk, omdat – anders dan bij bijvoorbeeld voetbalsupporters – uiterlijke gemeenschappelijke kenmerken ontbreken.

Uit de beschikbare informatie blijkt dat de te verwachten ordeverstoringen veroorzaakt zouden worden van bij de politie met naam en toenaam bekend staande personen. Een effectieve remedie is dan om een stadsverbod aan deze personen op te leggen door hen individueel aan te schrijven.

Overigens speelt het precieze onderscheid tussen deze beide ordemaatregelen en de jurisprudentie geen rol van betekenis. Ons is geen jurisprudentie bekend waarin de rechter oordeelde dat de burgemeester gebruik had moeten maken van een bevel in plaats van een verordening - of andersom.

1.3 Eisen aan noodbevel

Aan de inhoud van het noodbevel – de maatregel – worden eisen gesteld die vooral voortvloeien ongeschreven recht. Een eerste eis is dat het noodbevel de dreigende verstoring van de openbare orde per direct moet aanpakken. Aan deze eis wordt zonder meer voldaan. Het bevel trad in werking de dag nadat het is verstuurd.

Een tweede eis is dat de maatregel kortlopend is en direct is gerelateerd aan (dreigende) verstoring. In dit concrete geval is de lengte beperkt tot de duur van de feesten, in totaal zo'n 2 dagen.

Een derde en vierde eis zijn die van de proportionaliteit en subsidiariteit. Een gebiedsontzegging dient een geschikt middel te zijn en niet onnodig ingrijpender dan noodzakelijk ter voorkoming of beëindiging van ordeverstoringen. Dat het middel effectief en daar mee geschikt is, mogen we aannemen. Of het middel in verhouding staat tot de aard en de ernst van de dreigende wanordelijkheden kunnen we niet goed beoordelen omdat we niet beschikken over de politie-informatie over wat de potentiële raddraaiers in de zin hadden.

Had ook volstaan kunnen worden met een gebiedsontzegging op basis van de APV voor alleen de binnenstad waar het feest plaatsvindt? De APV lijkt ruimte te bieden voor een preventieve gebiedsontzegging, zij kan echter geen toereikende basis vormen voor een gebiedsontzegging voor de hele stad. Een beperkte gebiedsontzegging voor bijvoorbeeld alleen de binnenstad zou de controle op de maatregel aanzienlijk bemoeilijkt hebben. Nu kon de politiecontrole zich beperken tot het controleren op inkomend verkeer op de toegangswegen van de stad.

1.4 Periode van gebruikmaking van noodbevel

In ieder geval mag niet langer van noodbevel worden gebruik gemaakt dan het duurt om een reguliere bevoegdheid te ontwikkelen. In het geval van een verordening zou dit maximaal een à twee maanden kunnen zijn.

In de vorige eeuw is de inzet van het noodbevel voor gebiedsontzeggingen in Amsterdam weliswaar vijftien jaren door de rechter getolereerd. Maar algemeen wordt aangenomen dat moeilijk valt vol te houden dat hiermee wordt voldaan aan de zware verdragsrechtelijke eis in verband met het beperken van de bewegingsvrijheid: 'noodzakelijk in een democratische rechtsorde'. De democratische legitimatie door de lokale wetgever ontbreekt immers bij de toepassing van dit instrument: feitelijk is het de burgemeester die dan regeert.

Het is volstrekt helder dat deze eis in deze zaak geen enkel probleem vormt.

1.5 Complicerende factor

Een omstandigheid die de beoordeling van de rechtmatigheid van het noodbevel compliceert is dat de burgemeester onder het op schrift gestelde noodbevel een bezwaarclausule heeft gezet. Hiermee wordt de indruk gewekt dat om een regulier Awb-besluit gaat. Dat zou onder meer betekenen dat de hoorplicht en de motiveringsplicht onverkort van toepassing zijn.

Spoed levert echter volgens art. 4:11 Awb een uitzondering op van de verplichting om vooraf te horen. Met het motiveren van het besluit is het aanzienlijk lastiger gesteld. Art. 3:36 Awb schrijft voor dat het besluit op een deugdelijke motivering dient te berusten. En art. 3:47 Awb schrijft voor dat die motivering kenbaar dient te zijn bij de bekendmaking van het besluit. Het tweede lid van dit artikel maakt weliswaar een uitzondering: 'Indien de motivering in verband met de vereiste spoed niet aanstonds bij de bekendmaking van het besluit kan worden vermeld, verstrekt het bestuursorgaan deze binnen een week na de bekendmaking.' Maar ook dit voorschrift geeft problemen, die hoogstwaarschijnlijk onoverkomelijk zijn.

Het lijkt immers ondenkbaar om uit de school van politierapportages te klappen. De best mogelijke oplossing is dat de burgemeester zich op het standpunt stelt dat hij het noodbevel vanwege de rechtsbescherming – het EHRM eist in zijn uitspraken altijd een *effective remedy* – gelijkstelt met een besluit (vgl. art. 6: 1 Awb).

Voorts is artikel 7:18 lid 6 Awb dan een relevante bepaling, want op grond hiervan kan de burgemeester het overleggen van politierapporten achterwege laten.

‘Lid 6. Het beroepsorgaan kan, al dan niet op verzoek van een belanghebbende, toepassing van het tweede lid voorts achterwege laten, voor zover geheimhouding om gewichtige redenen is geboden. Van de toepassing van deze bepaling wordt mededeling gedaan.’

Komt het tot een procedure voor de rechtbank, dan kan de burgemeester een beroep doen op art. 8: 29 lid 1 Awb:

‘Lid 1. Partijen die verplicht zijn inlichtingen te geven dan wel stukken over te leggen, kunnen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het geven van inlichtingen dan wel het overleggen van stukken weigeren of de rechtbank mededelen dat uitsluitend zij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen onderscheidenlijk de stukken.’

Op de beschikbaarheid van de politiegegevens gaan we in paragraaf 3 in.

2. Wat betekent positieve verplichting tot ordehandhaving?

In een uitspraak van het EHRM van 25 augustus 2009 oordeelde het Hof over een klacht van Giuliani en Gaggio tegen de Italiaanse staat. Volgens de klagers zou de overheid tekort zijn geschoten in het beschermen van het recht op leven van een demonstrant die bij de ongeregelde heden tijdens de G8-top in Genua in juli 2001 om het leven kwam (Application no. 23458/02, NJB 1784, p. 2353). Op de inhoud van de zaak gaan we hier verder niet in. Van belang voor dit advies is dat het Hof bepaalde dat op een staat de verplichting rust om alle noodzakelijke veiligheidsmaatregelen te treffen bij internationale bijeenkomsten met een hoog risico op ordeverstoringen en dus kans op slachtoffers als gevolg van gewelddadigheden. Gezien de ernst van de ongeregelde heden bij grote festivals in het recente verleden, is het een min of meer voor de hand liggende gedachte om een dergelijke verplichting ook aan te nemen voor de overheid bij de feesten, die in het verleden nog wel eens in wanordelijkheden dreigde te ontaarden.

In hoeverre dit in de beoordeling van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden meer specifiek in het rechtelijke toetsingskader wijziging brengt, valt moeilijk in abstracto te voorspellen. Verblijfsontzeggingen vormen een inbreuk op het recht op bewegingsvrijheid dat verdragsrechtelijk is

beschermd (in art. 2 Vierde Protocol bij het EVRM en art. 5, tweede lid IVBPR). Uit vaste rechtspraak blijkt dat inbreuken op dit recht toegestaan zijn door bevelen op grond van de Gemeentewet. Het EHRM heeft dit in 2002 bevestigd (EHRM 4 juni 2002, AB 2003, 19 m.nt. J.G. Brouwer/A.E. Schilder). Van belang is wel dat de maatregel voorzienbaar is (bijvoorbeeld door een voorafgaande waarschuwing) en proportioneel.

In de hier genoemde eisen komt de klassieke *afweerfunctie* van het EVRM naar boven: de overheid moet grondrechten respecteren door bepaalde dingen niet of slechts onder bepaalde voorwaarden te doen. Meer recent heeft het Hof in Straatsburg de doctrine ontwikkeld dat de overheid soms ook juist actief moet optreden om grondrechten te beschermen.² In de zaak van 15 januari 2009, appl.nr. 46598/06, oordeelde het Hof als volgt:

'Art. 2 EVRM legt de staten de verplichting op geschikte stappen te ondernemen om het leven van personen onder hun jurisdictie te beschermen. Onder omstandigheden kan dat de verplichting met zich brengen om preventieve operationele maatregelen te nemen om individuen te beschermen wier leven aan het risico van strafbaar handelen door andere individuen is blootgesteld. Een dergelijke positieve verplichting ontstaat als de autoriteiten op de hoogte zijn of dienen te zijn van een reëel en onmiddellijk risico voor het leven van een bepaald individu door het strafbaar handelen van een derde en de autoriteiten desalniettemin nalaten op grond van hun bevoegdheden maatregelen te nemen waarvan redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze dat risico kunnen afwenden.'

Uit deze jurisprudentie volgt derhalve dat de overheid de plicht heeft de nodige voorzorgsmaatregelen te nemen om het leven van burgers te beschermen. Welke consequenties die heeft voor het gebruik van de noodbevoegdheden is in haar algemeenheid moeilijk te zeggen. Wel staat vast dat als er een verplichting bestaat op grond van het EVRM, de nationale overheid geen beroep kan doen op belemmeringen die uit het nationaal recht voortvloeien. De verdragsverplichtingen hebben immers op grond voorrang boven nationaal recht. Gesteld dat er van uit nationaalrechtelijk perspectief juridische bezwaren zouden bestaan tegen de genomen maatregelen, dan zou de positie ingenomen kunnen worden dat dit verbod een effectieve maar ook proportionele maatregel is tegen (te verwachten) levensbedreigende gewelddadigheden van burgers jegens anders andere burgers.

² EHRM 28 oktober 1998, appl. nr. 23452/93, NJ 2000/134 (Osman); plicht tot politiebescherming, EHRM, 30 november 2004, appl. nr. 48939/99, NJ 2005/210 (Öneryıldiz); de ontploffende vuilnisbelt en verder de reeds genoemde uitspraak van het EHRM 25 augustus 2009 (demonstratie Genua).

3. Verstrekking politiegegevens

In uw adviesaanvraag meldt u dat er een meningsverschil bestaat met de politie [naam regio] over het overleggen van de (politie-)gegevens die de concrete aanleiding vormden voor de politie om bij de burgemeester aan te dringen op het gebruik van zijn noodbevoegdheden. De burgemeester stelt zich op het standpunt dat als hij over die gegevens mag beschikken ten tijde van het uitvoeren van noodbevelen, hij die rapportages ook moet kunnen gebruiken om dat besluit in rechte te motiveren. De politie zou deze mogelijkheid ontkennen.

De uitleg van de burgemeester lijkt ons de enige juiste. Indien de in de Wbp en het Bbp genoemde autoriteiten de informatie niet kunnen gebruiken om hun (handhavings)besluiten ook in bezwaar en beroep te onderbouwen, vervalt feitelijk de mogelijkheid tot het nemen van het soort beslissingen waarvoor de wettelijke verstrekkingmogelijkheid juist is bedoeld. De interpretatie die aan de visie van de politie ten grondslag ligt, druist in tegen de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever.

Bovendien bevat de Awb – zoals eerder in dit advies aangegeven – procedurele waarborgen op grond waarvan kan worden voorkomen dat de verstrekte informatie op straat komt te liggen. Ook in die zin ontbreekt de grond voor het standpunt van de politie waarnaar u verwijst.

Prof. mr. J.G. Brouwer,

Prof. mr. A.E. Schilder