Bijlage 3 bij Wijziging Model-APV (najaar 2023)

Implementatiehandleiding

In de implementatiehandleiding wordt ingegaan op de keuzes die gemeenten kunnen maken en bijbehorende afwegingen.

Vervallen van artikel 2:48a Verboden lachgasgebruik

Het specifieke artikel over verboden lachgasgebruik (artikel 2:48a) kan vervallen. Omdat lachgas vanaf 1 januari 2023 een softdrug is, wordt het verboden gebruik ervan duurzaam gereguleerd door artikel 2:74a 'Openlijk drugsgebruik'. Daarmee is de juridische legitimatie van het specifieke lachgasartikel vervallen.
In verband met de bestuurlijke of beleidsmatige afwegingen over lachgas die gemeenten (mogelijk) nog moesten maken en om adequate handhaving niet in de knel te laten komen, hebben wij artikel 2:48a in 2023 nog gehandhaafd. De Commissie Feiten en Tarieven (CFT) van het Openbaar Ministerie heeft op ons verzoek het vervallen van de aan artikel 2:48a gekoppelde feitcodes daarom uitgesteld tot 1 januari 2024. Daarmee hebben gemeenten die het aangaat meer (gewenste) tijd gekregen om de regelgeving passende bij de betreffende politiek-bestuurlijke context vorm te kunnen geven. Handhaving aan de hand van feitcodes gekoppeld aan artikel 2:48a kan dus (nog) doorgang blijven vinden tot het einde van 2023.

Nieuw artikel 2:50a Messen en andere voorwerpen als steekwapen

Eerste lid
De raad geeft het college de bevoegdheid openbare plaatsen of daaraan grenzende voor publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven aan te wijzen waar het bij zich hebben van messen en andere voorwerpen die als steekwapen kunnen worden gebruikt verboden is. Een dergelijke gebiedsaanwijzing voor het messenverbod gaat vaak samen met de aanwijzing van een gebied als overlastgebied. Met het artikel kan aantasting van de openbare orde preventief worden voorkomen en wordt de veiligheid bevorderd.

Tweede lid
Het ligt voor de hand te bepalen dat het verbod niet geldt voor messen of voorwerpen die zijn ingepakt, bijvoorbeeld omdat deze in een winkel zijn aangeschaft en nog in de verpakking zitten. De openbare orde en veiligheid zijn dan niet in het geding.

Derde lid
De Wet wapens en munitie gaat voor op de APV-regeling. Dit lid moet daarom worden opgenomen. Als het dragen van het mes of (steek)voorwerp onder de reikwijdte van de Wet wapens en munitie valt, moet handhaving op grond van die wet plaatsvinden.

Wijziging artikel 2:71 Definitie consumentenvuurwerk

Hoewel voor de definitie van consumentenvuurwerk gebruik is gemaakt van de formulering in het Vuurwerkbesluit zoals dat wordt gewijzigd bij het Invoeringsbesluit Omgevingswet en bij het besluit van 20 juni 2022 (Stb. 2022, 291; herinvoering van het begrip), is het vermelden van de

vuurwerkcategorieën overbodig. Zo valt bijvoorbeeld categorie F3 volgens de ministeriële Regeling aanwijzing consumenten- en theatervuurwerk sinds 2020 al niet meer onder vuurwerk dat ter beschikking mag worden gesteld aan particulieren. Het verdient daarom aanbeveling de definitie neutraler te formuleren.

Wijziging artikel 2:78 Gebiedsontzeggingen

Dit artikel strekt ertoe de burgemeester de bevoegdheid te geven tot het opleggen van een gebiedsontzegging bij (ernstige vrees voor) een openbare ordeverstoring of overlastgevend gedrag. Afhankelijk van hoe de bepaling wordt ingevuld, kan de gebiedsontzegging bijvoorbeeld worden toegepast bij overlast veroorzaakt door drugshandel en drugsgebruik, samenscholing, hinderlijk drankgebruik, geweldpleging etc. In het licht van proportionaliteit en subsidiariteit verdient het aanbeveling, alvorens over te gaan tot oplegging van een gebiedsontzegging, eerst een waarschuwing te geven. Het besluit tot oplegging van een gebiedsontzegging vereist een gedegen motivering.

Tot nu toe bood de VNG een facultatieve APV-bepaling over gebiedsontzeggingen aan. Vanwege het belang van dit onderwerp in de praktijk heeft de VNG hier een structurele bepaling van gemaakt. Om onveiligheidsgevoelens en overlast te verminderen, passen veel gemeenten dit instrument nu al toe.
De bepaling is inhoudelijk gewijzigd. De belangrijkste wijzigingen zijn:

- Vervanging van het ‘bevel om zich niet op een openbare plaats op te houden’ door ‘het opleggen van een tijdelijk verbod om op een openbare plaats aanwezig te zijn’. Juridisch gezien is een gebiedsontzegging namelijk niet een bevel waarvan het niet nakomen een misdrijf is (artikel 184 van het Wetboek van Strafrecht), maar een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) waarvan het niet nakomen een overtreding is. Op het besluit van de burgemeester zijn de waarborgen van de Awb van toepassing.
- Samenvoeging van het huidige tweede en derde lid.
- Toevoeging van een voorrangsbepaling als de officier van justitie een gebiedsontzegging oplegt op grond van artikel 509hh van het Wetboek van Strafvordering.

De overtreding van de gebiedsontzegging moet worden opgenomen in artikel 6:1 van de APV.
De Commissie Feiten en Tarieven van het Openbaar Ministerie heeft besloten om geen feitcode voor een gebiedsontzegging open te stellen. De commissie vraagt zich hierbij vooral af hoe een verbalisant weet om welke gebiedsontzegging het gaat en hoe de verdachte voldoende bereikt kan worden in het proces van vervolging. De commissie verwacht dat het veelal verdachten zijn zonder vaste woon- of verblijfplaats. Dit soort overtredingen zijn goed ingebed in de ZSM-praktijk[1] en het maatwerksysteem van de arrondissementsparketten.

Afbakening met andere gebiedsontzeggingen
Naast artikel 2:78 zijn er andere grondslagen op basis waarvan een burgemeester een gebiedsontzegging kan opleggen:

- Artikel 172, derde lid, van de Gemeentewet (de ‘lichte bevelsbevoegdheid’). Een licht bevel moet in overeenstemming zijn met geldende regelgeving, inclusief de lokale verordeningen. De

[1] ZSM staat voor Zorgvuldig, Snel en Maatwerk; een aanpak die recht doet aan de belangen van de dader, het slachtoffer en de maatschappij.

wetgever heeft de lichte bevelsbevoegdheid in het leven geroepen voor situaties waarin geldende regelgeving, waaronder de lokale verordeningen, geen voorziening bevat voor een concreet openbare-ordeprobleem. Kan zowel de APV als artikel 172, derde lid, van de Gemeentewet toepassing vinden voor een gebiedsontzegging, dan gaat de APV voor (Hoge Raad 11-03-2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4096). Als echter van artikel 172, derde lid, van de Gemeentewet gebruik wordt gemaakt, omdat er geen APV-bepaling voorhanden is, dan kan de rechter aangeven dat er voldoende gelegenheid is geweest om een dergelijke regeling op te stellen (zie bijvoorbeeld Voorzieningenrechter Rb Alkmaar 15-07-2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BD9134). Bij structurele problemen is het nodig dat de raad een regeling in een democratisch gelegitimeerde verordening zoals de APV opneemt.

- Artikel 172a van de Gemeentewet (in 2012 ingevoegd via de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast). Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen ernstige en niet-ernstige verstoringen van de openbare orde. In het geval van een ernstige verstoring van de openbare orde is niet vereist dat deze ordeverstoring herhaaldelijk heeft plaatsgevonden alvorens een bevel gegeven kan worden. In het geval van een niet-ernstige openbare-ordeverstoring is een enkel incident onvoldoende om een bevel op te kunnen leggen. Deze gebiedsontzeggingen kunnen voor drie maanden met hoogstens driemaal verlenging voor telkens die duur tot maximaal één jaar gelden en in combinatie met een van de andere instrumenten (groepsverbod, meldingsplicht) uit dat artikel worden opgelegd.
- Artikel 175, eerste lid, van de Gemeentewet (‘noodbevelsbevoegdheid’). Een noodbevel mag afwijken van geldende regelgeving, uitgezonderd de Grondwet en hogere regelingen dan de Grondwet.

Eerste lid

De invulling van het eerste lid vereist een keuze van de gemeente. Zo kan in de bepaling zelf worden bepaald bij overtreding van welke bepalingen de gebiedsontzegging kan worden ingezet, waarbij gedacht kan worden aan diverse bepalingen uit de APV, maar ook aan bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht, de Opiumwet, de Wet wapens en munitie, etc. Hierbij moet in het oog worden gehouden dat het voorkomen dat die delicten gepleegd worden (door een gebiedsontzegging op te leggen) de doelstelling van de APV-bepaling (handhaving openbare orde, bescherming woon- en leefklimaat enz.) moet dienen.
Het voordeel van een opsomming is dat er een zekere voorzienbaarheid geboden wordt en dat er democratische legitimatie is. Nadeel is dat iedere wijziging langs de raad moet en daardoor tijd in beslag neemt. Het is daarom ook mogelijk in een beleidsregel (of een dan noodzakelijke waarschuwing wanneer het tot een daadwerkelijke ontzegging komt) vast te leggen bij welke overtredingen de gebiedsontzegging ingezet kan worden. Daarin zal dan in ieder geval vastgelegd moeten worden wat er onder ‘openbare ordeverstorende handelingen’ wordt verstaan. Voordeel hiervan is dat er een zekere flexibiliteit is ingebouwd (aanpassen van een beleidsregel is immers een stuk ‘makkelijker’ dan aanpassen van de APV). Nadeel is dat de raad minder controle heeft over de invulling.

Los daarvan zal bepaald moeten worden hoe lang de kortdurende gebiedsontzegging duurt. Met kortdurend wordt op een periode tot 48 uur gedoeld. Vaak wordt een periode van 24 uur gehanteerd. Denkbaar is ook om naast deze algemene regeling, een bijzondere regeling op te nemen. Bijvoorbeeld door te bepalen dat de burgemeester aan iemand die tussen donderdag 18.00 uur en zondag 24.00 uur in het uitgaansgebied bepaald horeca-overlastgevend gedrag vertoont,

een tijdelijk verbod oplegt om gedurende het restant van die periode daar weg te blijven. Hetzelfde is denkbaar bij kermissen, voetbalwedstrijden of andere evenementen.

Tweede lid
In het licht van proportionaliteit en subsidiariteit is het geboden om slechts tot oplegging van een langdurige gebiedsontzegging, als bedoeld in het tweede lid over te gaan, wanneer de gedraging waarop deze oplegging betrekking heeft binnen een bepaalde periode na oplegging van de eerdere gebiedsontzegging plaatsvindt. Het aantal maanden dat tussen de overtredingen verstrijkt, is van belang voor de toegestane looptijd van een gebiedsontzegging en dient te worden bepaald en te worden onderbouwd. Veelvoorkomend is een termijn van zes maanden, al komt twaalf maanden ook voor.
Voor de lang(er)durende gebiedsontzegging zal moeten worden bepaald en onderbouwd hoe lang deze maximaal kan duren. Een looptijd van maximaal twaalf weken is in de rechtspraak aanvaardbaar geacht. Desondanks hanteren de meeste verordeningen een maximum van acht weken. Vier weken is ook een veelvoorkomend maximum. Desgewenst kan dit – zeker bij een langere periode – ook nader worden getrapt in een beleidsregel, wat de flexibiliteit ten goede komt. Verder dient het tweede lid, afhankelijk van de invulling en formulering van het eerste lid, tekstueel op het eerste lid afgestemd te worden.

Model Raadsbesluit, onderdeel E (artikelen 2:80 en 2:81)
Als de gemeente ervoor kiest niet beide artikelen op te nemen, moet de aanhef van onderdeel E van het Model Raadsbesluit luiden:

> Na artikel 2:79 wordt een artikel ingevoegd, luidende:
>
> [invoegen: Artikel 2:80 [Sluiting voor publiek openstaand gebouw **OF** Tegengaan onveilig, niet leefbaar en malafide ondernemersklimaat]]

Nieuw artikel 2:80 Sluiting voor publiek openstaand gebouw of bijbehorend erf
Dit artikel berust op de algemene verordenende bevoegdheid van de raad (artikel 149 van de Gemeentewet). Het biedt de burgemeester de mogelijkheid voor het publiek openstaande gebouwen of daarbij behorende erven te sluiten als daarin of vandaaruit bijvoorbeeld strafbare feiten plaatsvinden waardoor de openbare orde of het woon- of leefklimaat nadelig wordt beïnvloed, of als ondernemers van (dienstverlenende) bedrijven zoals garages, autoverhuurbedrijven, uitzendbureaus of winkels, overlast (blijven) veroorzaken of ter plaatse strafbare feiten plegen, deze faciliteren, gedogen of op andere wijze toestaan. Zie ook de toelichting op het artikel onder de was-wordt-tabel.

Eerste lid
Sluiting is mogelijk als de burgemeester aan de hand van concrete, objectieve en verifieerbare gegevens aannemelijk kan maken dat door gedragingen of activiteiten in het voor publiek openstaande gebouw of op het daarbij behorende erf de openbare orde wordt of dreigt te worden verstoord of het woon- of leefklimaat nadelig wordt of dreigt te worden beïnvloed. Daarbij moet hij afwegen of de sluiting voldoet aan de eisen van proportionaliteit (rechtvaardigt de sluiting het daarmee beoogde doel van herstel van de openbare orde?) en subsidiariteit (is het niet mogelijk het

doel met minder vergaande middelen te bereiken?). Zie bijvoorbeeld ABRvS 30-10-2019, ECLI:NL:RVS:2019:3659 (Utrecht).

Onschuldpresumptie
Artikel 6, tweede lid, van het EVRM bepaalt dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan (onschuldpresumptie). De reikwijdte hiervan is niet beperkt tot strafrechtelijke procedures, maar kan zich ook uitstrekken tot een bestuursrechtelijke procedure als de geschilpunten in de bestuursrechtelijke procedure voortvloeien uit en samenhangen met de strafrechtelijke procedure. Bij toepassing van artikel 2:80 doet zich dit voor als de sluiting (mede) gebaseerd is op de verdenking van strafbare feiten.
Om schending van de onschuldpresumptie bij de sluiting te voorkomen is het van belang dat de burgemeester oordelen of uitingen over schuld aan strafbare feiten niet in (de motivering van) het besluit tot sluiting opneemt, maar een eigen oordeel vormt en afweging maakt over de negatieve invloed van bepaalde strafbare feiten op de openbare orde en het woon- en leefklimaat.
Zie bijvoorbeeld ABRvS 15-11-2017, ECLI:NL:RVS:2017:3148 (Rotterdam).

Tweede lid
In het tweede lid moet het artikelnummer waarin de sluitingsbevoegdheid voor openbare inrichtingen is geregeld, worden ingevuld (in de Model-APV is dat artikel 2:30).

Derde lid
Bekendmaking van het besluit vindt plaats aan belanghebbende door toezending of uitreiking. In verband met de kenbaarheid voor derden wordt ter plaatse aan of bij het gebouw een afschrift van het besluit tot sluiting aangebracht. Het verdient aanbeveling ook een kennisgeving te doen in het gemeenteblad.

Nieuw artikel 2:81 Tegengaan onveilig, niet leefbaar en malafide ondernemersklimaat
De raad geeft met dit artikel de burgemeester de bevoegdheid om bedrijfsmatige activiteiten aan te wijzen waarvoor binnen een gebouw of gebied een verbod geldt om deze zonder vergunning uit te oefenen. Het wordt ook wel de ‘ondermijningsvergunning’ genoemd. Veel gemeenten experimenteren hier al mee.
Uit de jurisprudentie volgt dat het juridisch-technisch mogelijk is om de vergunningplicht bij een onveilig en malafide ondernemersklimaat in te zetten. Het is een vergaande bevoegdheid, waardoor hoge eisen worden gesteld aan de onderbouwing. Zie de toelichting op het eerste, tweede en derde lid en de toelichting op dit artikel onder de was-wordt-tabel.

Eerste lid, onderdeel a
In verband met de bestaande vergunningplichten voor slijtersbedrijven, horecabedrijven of andere openbare inrichtingen en seksbedrijven op grond van de Alcoholwet respectievelijk de APV en de daarbij behorende aanvraagvereisten, weigerings- en intrekkingsgronden, zijn deze in het eerste lid uitgezonderd als bedrijfsmatige activiteit. De gemeente moet zelf de juiste artikelnummers invullen; in de Model-APV zijn het de artikelen 2:28 (vergunningplicht voor openbare inrichtingen) en 3:3 (vergunningplicht voor seksbedrijven). Als de raad gemotiveerd van oordeel is dat daarmee de

handhaving van de openbare orde en bescherming van het woon- of leefklimaat onvoldoende geborgd is, kan hij besluiten deze uitzonderingen niet op te nemen door het zinsdeel weg te laten.

Tweede en derde lid
Een van de uitgangspunten van de Dienstenrichtlijn (artikel 9) is dat voor dienstverrichters geen vergunningstelsel mag bestaan, tenzij:
- het vergunningstelsel niet discriminerend is voor de betrokken dienstverrichter (non-discriminatoir),
- de behoefte aan een vergunningstelsel gerechtvaardigdheid is om dwingende redenen van algemeen belang (noodzakelijk), en
- het nagestreefde doel niet door een minder beperkende maatregelen kan worden bereikt (geschikt/evenredig).

Ook afdeling 3.2 van de Awb vereist een zorgvuldige voorbereiding en belangenafweging. Een burgemeester die de bevoegdheid van de ondermijningsvergunning wil inzetten, moet daarom een feitelijke onderbouwing laten zien die is toegesneden op de problematiek in zijn gemeente. Daaruit moet blijken dat door bepaalde bedrijfsmatige activiteiten binnen een bepaald gebouw of bepaald gebied de openbare orde en/of de leefbaarheid onder druk staat. Als de burgemeester de vergunningplicht voor een hele branche wil invoeren, moet hij motiveren dat de leefbaarheid of openbare orde en veiligheid in zijn gemeente onder druk staat door de bedrijfsmatige activiteit (het exploiteren van een bepaald bedrijf binnen de beoogde branche). Hij moet vervolgens kunnen motiveren dat het invoeren van een vergunningplicht kan bijdragen aan het keren van die ontwikkelingen en het verbeteren van de situatie (zie bijvoorbeeld ABRvS 03-03-2021, ECLI:NL:RVS:2021:461 (Tilburg)). En de burgemeester zal daarbij moeten overwegen of de problemen die hij wil tegengaan, niet ook of beter door andere instrumenten kunnen worden aangepakt. Dat is met name het geval als de door de burgemeester gesignaleerde problematiek meer is gericht op een individueel bedrijf, en minder op een branche of gebied als zodanig.

Vierde lid
De burgemeester moet een formulier vaststellen waarmee de vergunningaanvraag kan worden gedaan. Daarin moet hij in ieder geval de in het lid genoemde gegevens opnemen.

Tiende lid
De tussen haken geplaatste zinsnede “, onverminderd het bepaalde in artikel 2:80,” moet worden weggelaten als de gemeente ervoor kiest niet artikel 2:80 in de APV op te nemen. Zie over de sluitingsbevoegdheid de toelichting op artikel 2:80.

Inwerkingtreding wijzigingsbesluit
Het verdient aanbeveling de wijzigingen te laten ingaan ná de eerder door ons voorgestelde technische wijziging van de Model-APV in verband met de Omgevingswet (dus ná 1 januari 2024).