

bijlage

Verkenning inzet en juridische mogelijkheden Mosquito

Bijlage nummer	1
Datum	10 december 2008
Ons Kenmerk	2008-0000543987

1. Inleiding

Deze notitie bevat de uitkomsten van een (juridische) verkenning naar de inzet van het instrument Mosquito, een apparaatje dat een voor jongeren hinderlijke zoemtoon verspreidt met als doel (overlastgevende) jongeren van hangplaatsen te verwijderen. De verkenning gaat in het bijzonder in op de juridische grondslag en de voorwaarden voor het gebruik ervan.

Directe aanleiding voor deze verkenning is de toezegging daartoe van de minister van BZK in antwoord op Kamervragen.¹ De verkenning gaat ook in op het feitelijke gebruik van de Mosquito's in de gemeenten en het achterliggende beleid.

2. Feitelijk gebruik

Naar schatting wordt er op dit moment binnen 105 gemeenten gebruik gemaakt van ongeveer driehonderdvijftig Mosquito's.² Op basis van een quick scan door het ministerie van BZK onder 17 gemeenten³ waar sprake is van het gebruik van de Mosquito komt het volgende beeld naar voren:

Effect/meerwaarde

Vrijwel alle gemeenten hebben aangegeven een afname van overlast te ervaren, waarbij een enkele gemeente dit kan onderbouwen met politiecijfers. Voor zover verplaatsing van de overlast ervaren wordt, is er vooral sprake van een verdunnend effect, oftewel komt de overlast in mindere mate voor. In de quick scan is geen concreet onderzoek gedaan naar de effecten voor niet bij de overlast betrokken jongeren en kinderen.

Inzet

De Mosquito wordt alleen ingezet in geval van gebleken overlast. Nagenoeg overal wordt het instrument ingezet op plekken waar andere maatregelen geen effect (meer) hebben; de Mosquito wordt dus als een laatste redmiddel gezien. Het instrument wordt ingezet als sluitstuk passend in een breder kader van

¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, Aanhangsel nr. 1811, 3697-3698.

² BRON: Rhine Group, de distributeur van de mosquito in Nederland

³ Eind mei uitgezet onder de volgende gemeenten: Rotterdam, Utrecht, Gouda, Vlaardingen, Capelle a/d IJssel, Oud-Beijerland, Amersfoort, Anna Paulowna, Heemstede-Aerdenhout, Leeuwarden, Groningen, Zwolle, Nijmegen, Almere, Venlo, Zundert en Helmond.

jeugdbeleid dan wel veiligheidsbeleid, vrijwel altijd met een tijdelijk karakter, namelijk van zolang er sprake is van overlast tot maximaal een jaar. In een enkel geval wordt aan de voorgenomen plaatsing van te voren bekendheid gegeven. Plaatsing van (waarschuwings)borden komt in één gemeente (Nijmegen) voor.

Publiek/privaat

Naast gemeenten maken ook andere (semi)publieke en/of private partijen zoals woningbouwcorporaties, scholen, vervoersbedrijven en burgers gebruik van de Mosquito of overwegen dat te doen. Het instrument wordt voornamelijk in het (semi-) publieke domein (zoals portieken, ingang ziekenhuis, stationshal, huurwoningen, winkelcentrum) ingezet en in veel mindere mate in het private domein (zoals parkeergarages of eigen woning).

Besluitvorming

Wanneer besluitvorming door gemeente plaatsvindt, gebeurt dit meestal door het college van B&W, in een enkel geval door de burgemeester. De gemeenteraad is betrokken geweest wanneer er sprake was van een eventueel verbod. Alleen in Rotterdam is sprake geweest van een verbod (op het plaatsen van nieuwe Mosquito's) in afwachting van de resultaten uit de onderhavige verkenning.

Afstemming

Bij alle gemeenten is de politie betrokken geweest rond de plaatsing van de Mosquito, soms adviserend, meestal in de vorm van het geven van instemming. In een aantal gevallen is de politie achteraf op de hoogte gesteld. In enkele gemeenten is de rol van de driehoek informerend of beslissend geweest. Betrokkenheid van de jeugdvertegenwoordiging, voorafgaande aan de plaatsing komt blijkens de quick scan nagenoeg niet voor.

Regulering op lokaal niveau

Circa de helft van de geënuquëeerde gemeenten geeft aan gebruik te maken van de APV regeling (onthefing op grond van geluidshinder). De andere helft geeft aan hier geen juridische grondslag voor te hebben.

3. Juridisch kader

3.1. Openbare orde wetgeving

De gemeentelijke overheid zet de Mosquito in als middel of feitelijke maatregel voor de handhaving van de openbare orde. De burgemeester is het aangewezen bestuursorgaan om te zorgen voor de handhaving van de openbare orde in de gemeente (art. 172 Gemeentewet). Dit ambt is exclusief met deze taak belast en niet het college van burgemeester en wethouders noch de gemeenteraad.⁴ Om aan deze zorgplicht gevolg te kunnen geven, beschikt de burgemeester over juridische en feitelijke middelen. De bevoegdheid tot inzet van deze middelen dient terug te voeren te zijn tot hetgeen mogelijk is op grond van of krachtens de Grondwet. Op grond van artikel 132, lid 1 Grondwet dient de wet in formele zin de bevoegdheid van gemeentebesturen te regelen. De juridische middelen van de burgemeester zijn (dan ook) opgenomen in de Gemeentewet, voor de feitelijke middelen is de burgemeester aangewezen op hetgeen hij van het regionaal

⁴ De gemeenteraad heeft wel de algemene zorg voor het ordelijk verloop in de gemeente, voor zover niet door hogere regelingen daarin is gene inbreuk wordt gemaakt op grondrechten. Zij kan daartoe met name verordeningen vaststellen die het ordelijk verloop via geboden en verboden regelen.

politiekorps ter beschikking krijgt. Regels daartoe zijn opgenomen in de Politiewet 1993.

Tot de in de Gemeentewet opgenomen ordehandhavende bevoegdheden en middelen behoort thans *niet* de inzet van de Mosquito. De burgemeester beschikt in het kader van de handhaving van de openbare orde over twee reguliere bevoegdheden: de dwangbevoegdheid van art. 172, tweede lid, en de bevelsbevoegdheid van art. 172, derde lid, van de Gemeentewet. Die laatste bevoegdheid is hier niet aan de orde; de burgemeester treedt immers niet normstellend op. Mogelijk anders ligt dit voor art. 172, tweede lid. Daarbij gaat het om de feitelijke ordehandhaving door de politie: het uitoefenen van bepaalde vormen van bestuursdwang om overtreding van openbare orderegels ongedaan te maken of te verhinderen. Op dit moment is inzet van het instrument door tussenkomst van de politie echter feitelijk niet aan de orde, zodat reeds om die reden een grondslag voor het feitelijk gebruik ervan in de Politiewet 1993 ontbreekt. Voorts is de politie evenmin *bevoegd* om op grond van de Politiewet 1993 jo. Ambtsinstructie tot gebruik ervan over te gaan. Op grond van artikel 8 Politiewet zou het instrument dan immers (a) moeten dienen ter gebruik door een *individuele* politieambtenaar én (b) aan te merken moeten zijn als een geweldmiddel vermeld in de ambtsinstructie. Van beide is thans geen sprake. Evenmin ligt het in de rede de Politiewet en/of ambtsinstructie hierop aan te passen. Het middel is immers niet bedoeld om ingezet te worden door individuele ambtenaren, terwijl het loslaten van dit criterium evenmin een optie is, omdat daarmee de systematiek van de Politiewet op losse schroeven zou worden gezet enkel met het oog op de mogelijke inzet van een nieuw middel, waarvan het bovendien nog maar de vraag is of dat kan worden aangemerkt als geweldmiddel als bedoeld in de Politiewet/ambtsinstructie. Voor de beoordeling daarvan is behalve de gebruiker van het middel (de individuele politieambtenaar) ook relevant de intensiteit van het middel. Volgens artikel 3, onder b, Ambtsinstructie is sprake van geweld bij 'elke dwangmatige kracht van meer dan geringe betekenis uitgeoefend op personen of zaken'.

Kortom, momenteel ontbreekt een formeel wettelijke grondslag voor het gebruik van de Mosquito. Dit geeft in beginsel de gemeente de ruimte om door gebruik van haar verordenende bevoegdheid in een juridische grondslag te voorzien. Indien ook een verordening ontbreekt, is inzet van het instrumentarium ontoelaatbaar. Daar komt bij dat gemeenten onder omstandigheden gehouden kunnen zijn op te treden tegen de inzet ervan door particulieren wegens mogelijke onverenigbaarheid ervan met APV-bepalingen inzake geluidsoverlast.

Ook aan het gebruik van de verordening kleven echter bezwaren ingeval het middel inbreuk maakt op grondrechten. Dan is immers een (specifiek) formeel wettelijke grondslag vereist, voor zover het daarbij althans grondwettelijke grondrechten betreft. In dat geval zou ook art. 172, tweede lid, van de Gemeentewet niet als grondslag kunnen dienen, omdat die te onbepaald van karakter is. Of van een dergelijke inperking sprake is, komt hieronder aan de orde.

3.2. Grondrechten/mensenrechten

De inzet van de Mosquito betreft mogelijk een inperking van het recht op bewegingsvrijheid. Afhankelijk van de indringendheid en effecten van het signaal kan mogelijk ook het recht op onaantastbaarheid van het lichaam aan de orde zijn. Voorts is mogelijk het discriminatieverbod aan de orde.

3.2.1. Het recht op bewegingsvrijheid⁵

Het recht op bewegingsvrijheid is niet opgenomen in de Grondwet, maar wordt geregeld in artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM en in artikel 12 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Artikel 12 IVBPR heeft een overeenkomstige strekking als artikel 2 van het Vierde Protocol bij het EVRM. Onder beperking van de bewegingsvrijheid wordt kortweg verstaan het recht om zich zonder inmenging van de overheid te verplaatsen. Of sprake is van een (inperking) van de bewegingsvrijheid is mede afhankelijk van factoren als type, duur, effect en de wijze van tenuitvoerlegging van de maatregel.⁶ Gelet op deze criteria is het redelijk te veronderstellen dat de inzet van de Mosquito – een dwingende maatregel die vanwege zijn intensiteit leidt tot verplaatsingsgedrag van betrokkenen – als bewegingsvrijheid beperkende maatregel moet worden aangemerkt. Hoewel de Mosquito anders dan een gebiedsverbod, verwijderbevel of samenscholingsverbod geen door de overheid gestelde norm is, maar een feitelijke maatregel, heeft het naar zijn feitelijke uitwerking en daarmee materieel een vergelijkbaar effect: de bewegingsvrijheid wordt beperkt.

Ingevolge artikel 2, derde lid, van het Vierde Protocol bij het EVRM kan de vrijheid van beweging onder voorwaarden worden ingeperkt:

- a) De beperkende maatregel moet zijn voorzien bij wet. Een wettelijke basis moet voldoen aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid.
- b) De beperking moet een legitiem doel dienen. Hierbij kan worden verwezen naar het belang van de handhaving van de openbare orde.
- c) De beperking moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Daarvan is sprake bij aanwezigheid van een dringende maatschappelijke behoefte. Een inbreuk zal slechts dan gerechtvaardigd zijn indien een redelijke verhouding bestaat tussen de ernst van de inbreuk en de zwaarte van het belang dat met de inbreuk wordt gediend (proportionaliteit). Meer specifiek zijn relevante factoren voor de evenredigheidstoets: 1) de mate van overlast in verhouding tot 2) de omvang van de maatregel (locatie/gebiedsomvang) en in dit geval de algemene werking ervan (de maatregel treft niet alleen overlastgevers, maar zal ook effect hebben op niet bij de overlast betrokken jongeren en kinderen, 3) de noodzakelijke uitzonderingen op de maatregel, 4) de dagelijkse tijdstippen waarop verblijf onmogelijk is en 5) de duur van de maatregel.⁷ De staat heeft daarbij een eigen beoordelingsruimte, maar moet wel redenen aandragen die voldoende en relevant zijn.

Wat betreft de dringende maatschappelijke behoefte spelen voorts nog de volgende twee factoren een rol:

- d) De *effectiviteit* van de maatregel, waarbij o.a. in ogenschouw dienen te worden genomen de problematiek van verplaatsing van 'het probleem' en de afwezigheid van persoonlijk contact in de handhaving.⁸

⁵ Gelet op de aard van de maatregel (lokale problematiek en lokale personen) laat ik hier artikel 18, eerste lid, EG-Verdrag (EU-burgerschap en vrijheid van verplaatsing) buiten beschouwing.

⁶ Vgl. o.a. EHRM 1980 *Guzzardi vs Italië* en EHRM 1985 *Ashingdane vs VK* ter bepaling van de vraag of sprake is van vrijheids *ontheming*, veelal ter afbakening ervan met de vrijheids *beperking*.

⁷ Vgl. J. Brouwer en A.E. Schilder, *Beperking bewegingsvrijheid ter handhaving van de openbare orde*, *NJCM Bulletin*, 1997, p. 421-436 (432).

⁸ Zie voor een pleidooi voor rechtstreeks contact bij handhavend optreden o.a.: Advies van de commissie *Uitdragen kernwaarden van de rechtsstaat*; Raad voor maatschappelijke ontwikkeling, Advies 43. *Tussen flaner en schofferen, Een constructieve aanpak van het fenomeen hangjongeren*, april 2008.

- e) De relatie met andere bestaande en nog in ontwikkeling zijnde instrumenten voor de aanpak van overlast van (hang)jongeren. Te wijzen valt op APV-artikelen (bijv. verbodsbepalingen over samscholing, hinderlijk gedrag op de openbare weg, hinderlijk drankgebruik, verwijderen uit de gemeente en/of het ontzeggen van de toegang tot de gemeente, verbod op het meevoeren van voorwerpen e.d.), de gebiedsverboden (gebiedsontzeggingen) op grond van de APV of art. 172 Gemeentewet, de noodbevoegdheden ingevolge de artikelen 175 en 176 van de Gemeentewet (noodbevel of noodverordening; in te zetten bij o.a. oproerige beweging en ernstige wanordelijkheden of de ernstige vrees voor het ontstaan daarvan) en de bestuurlijke ophouding op grond van artikel 154a of 17a Gemeentewet (toepasbaar indien sprake is van een oproerige beweging, andere ernstige wanordelijkheden of rampen, dan wel ernstige vrees voor het ontstaan daarvan; bedoeld om grote groepen ordeverstoorers (bestuurlijk) op te houden). Daarnaast biedt het wetsvoorstel maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast (MBVEO) instrumenten. De burge-meester kan in geval van groepsgewijze overlast ter handhaving van de openbare orde een gebiedsverbod (eventueel gekoppeld aan een meldingsplicht) of een groepsverbod (om ongewenste groepsvorming tegen te gaan) opleggen. De officier van justitie staan in geval van verdenking van een strafbaar feit en vervolging eveneens instrumenten ter beschikking (gebiedsverbod, contactverbod, meldingsplicht of begeleidingsverplichting).

Ingevolge artikel 2, vierde lid, van het Vierde Protocol bij het EVRM kan de vrijheid van beweging eveneens en onder lichtere voorwaarden worden ingeperkt. Jurisprudentie van het EHRM ten aanzien daarvan is echter nog niet voorhanden, zodat over de reikwijdte ervan nog weinig helderheid bestaat.

Tussenbeoordeling

De inzet van het instrument Mosquito is algemeen van karakter en treft daarbij alle personen tot ongeveer 30 jaar. Inzet ervan komt neer op beperking van de bewegingsvrijheid en is ingegeven door het belang van de openbare orde. De noodzakelijke wettelijke grondslag voor deze inperking blijkt niet aanwezig. Het doel ervan als zodanig is echter legitiem. Of de inzet voldoet aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit hangt af van de hiervoor genoemde criteria en daarmee verband houdende feiten en omstandigheden. Naarmate de gebleken overlast groter, de locatie(dichtheid) van de geplaatste apparaten kleiner en de duur van de (dagelijkse) werking ervan korter is, is de inzet ervan eerder toelaatbaar. Van belang daarbij is dat de wijze van inzet zal moeten voorkómen dat de werking van het instrument, dat naar zijn aard mede betrekking heeft op hen van wie geenszins vast staat of aannemelijk is dat zij overlast veroorzaken of hebben veroorzaakt, ook in zijn feitelijke uitwerking op deze groep betrekking heeft.

Dit stelt hoge eisen aan de genoemde beoordeling en inzet. Daarbij is in de eerste plaats relevant dat de Mosquito een duidelijk aanwijsbaar effect heeft. Nog los van de vraag omtrent de noodzaak van het instrument, zal de eventuele inzet moeten plaatsvinden met inachtneming van een beperking in aantal en dagelijkse werkingsduur, tijdelijkheid en met toetsing van de overlastsituatie vooraf en achteraf, om in elk geval de inzet ervan te beperken tot de daadwerkelijk overlast gevende groep personen. Dit is te meer het geval nu het VN-Verdrag tot bescherming van de rechten van het kind onder meer bepaalt (artikel 3) dat "bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare orde of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, de belangen van het kind de eerste overwegingen vormen."

In het kader van het subsidiariteitsvereiste ligt het voor de hand om bij de aanpak van overlastgevende hangjongeren in eerste instantie te grijpen naar de reeds bestaande middelen, bijvoorbeeld via het aanspreken of doen van waarschuwingen, het uitoefenen van extra politietoezicht, het instellen van een samenscholingsverbod of, indien het wetsvoorstel MBVEO wordt aangenomen en in werking treedt, na het toepassen van het groepsverbod. Daarnaast kan ook inzet van het gebiedsverbod (gekoppeld aan een meldingsplicht) worden overwogen. Tevens kunnen andere middelen –buiten de optiek van de openbare orde- zoals de inzet van buurt- en jongerenwerkers, het aanbrenge van bepaalde fysieke belemmeringen om de hangplek “oninteressant” te maken e.d. Ook kan worden getracht met leden van overlastgevende groep afspraken te maken en hen ertoe te bewegen zich naar aangewezen hangplekken te gaan. Voorwaarde voor inzet van de Mosquito is dat voornoemde minder vergaande middelen niet hebben gewerkt en er bovendien sprake is van doorgaande overlast. Het lijkt nog te vroeg om te kunnen concluderen dat onlangs in gang gezette of in aanbouw zijnde instrumenten zoals het wetsvoorstel MBVEO zodanige grenzen kennen dat reeds daarin een reden gelegen kan zijn om tot een nieuw instrumentarium over te gaan. Dit neemt niet weg dat voorzienbaar is dat op momenten dat sprake zal zijn van een verminderde “toezicht- en handhavingsdichtheid” de Mosquito een functie en daarmee een meerwaarde kan hebben.

3.2.2. Recht op onaantastbaarheid van het lichaam

De artikelen 11 Grondwet en 8 EVRM garanderen het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam.⁹ Deze onaantastbaarheid kan in een veelheid van situaties in het geding zijn, waaronder bloedafname, het knippen van haren en het ondergaan van medische keuringen alsook het afnemen van wangslimvlies ten behoeve van DNA-onderzoek. Uit de totstandkominggeschiedenis van artikel 11 Grondwet blijkt dat de wetgever destijds bewust rekening heeft gehouden met de mogelijkheid van toekomstige (technologische) ontwikkelingen die eveneens een inperking met zich kunnen brengen: ‘Evenzo is het mogelijk dat – bijvoorbeeld i.v.m. toekomstige medische en/of technische ontwikkelingen – geheel nieuwe aspecten aan het begrip onaantastbaarheid van het lichaam worden toegevoegd. Zoals betoogd is een allesomvattende beschrijving – voor de huidige situatie en voor de toekomst – niet te geven.’¹⁰ In het bijzonder ten aanzien van geluidshinder zoals van een stoplichtinstallatie deelde de regering destijds mee dat: ‘In het geval [die geluidsoverlast] van een zodanige sterkte [zou zijn] dat die zou kunnen leiden tot beschadiging van de gehoororganen [...] men bepaald [kan] spreken van een inbreuk op het recht op onaantastbaarheid van het lichaam.’ Dit laat onverlet dat een geringere intensiteit van de geluidsoverlast eveneens een inperking met zich kan brengen. Meer algemeen geldt dat de beoordeling van de vraag of er al dan geen sprake is van een inperking van de lichamelijke integriteit niet (geheel) afhankelijk kan zijn van het schadelijke effect, omdat anders personen met een sterk gestel minder bescherming zouden genieten dan degenen met een zwak gestel. Dat is juridisch en feitelijk niet het geval. Wel kunnen ook de dwangsituatie en het gebrek aan

⁹ Ingevolge artikel 19 van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK) dient de Staat onder andere alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen en maatregelen op sociaal en opvoedkundig gebied te nemen om het kind te beschermen tegen alle vormen van lichamelijk of geestelijk geweld, letsel of misbruik.

¹⁰ Nader rapport bij de Verklaringwet, Deel 1b, p. 424.

keuzevrijheid waarin men kan verkeren mede van belang zijn bij voornoemde beoordeling.¹¹

Voor wat betreft de Mosquito staat vast dat die een toon voortbrengt met een frequentiehoogte van 17 kHz en is daarmee zo ingesteld dat zij alleen wordt waargenomen door jongeren onder de (ongeveer) 30 jaar. TNO heeft in 2006 in opdracht van de Nederlandse importeur akoestisch onderzoek verricht naar de Mosquito. Dit onderzoek geeft inzicht in het geluidsdrumniveau van de Mosquito¹². Het rapport is voorgelegd aan een audioloog van het LUMC, dr. ir. J.A.P.M. de Laat. Die geeft, op basis van de gegevens in het TNO-onderzoek, hetgeen bekend is volgens de literatuur en na raadpleging van collega-deskundigen, aan dat er geen risico is op gehoorschade bij het «normale» gebruik van de Mosquito, als men niet langer dan één uur op tenminste 2 meter en nog liever 4 à 8 meter van de Mosquito blijft.¹³ Ook Duits onderzoek geeft aan dat bij de juiste inzet van het instrument en beperkte blootstelling aan het geluid van de Mosquito niet tot gehoorschade leidt.¹⁴

Het geluid van de Mosquito is voor jongeren zodanig indringend of irritant en leidt in die mate tot fysiek ongemak dat zij na enkele minuten leidt tot gedragsverandering ter vermijding van het geluid. Hoewel daarmee nog niet evident sprake is van een inperking van genoemd grondrecht, geven de genoemde omstandigheden voldoende serieuze aanknopingspunten om niettemin met deze normstelling rekening te houden. Daarvoor pleit ook het in voetnoot 9 genoemde artikel 19 IVRK, alsmede de mogelijkheid dat iemand ondanks het geluid aanwezig blijft en aldus wel degelijk mogelijke schade kan ondervinden.

Voor een beperking van het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam gelden op grond van artikel 8 EVRM inperkingseisen die vergelijkbaar zijn met degene zoals hiervoor vermeld onder a, kortom:

- a) De beperkende maatregel moet zijn voorzien bij wet.
- b) De beperking moet een legitiem doel dienen. Hierbij kan worden verwezen naar het belang van de handhaving van de openbare orde.
- c) De beperking moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.

Anders dan ingeval van de bewegingsvrijheid, vereist inperking van de onaantastbaarheid van het lichaam een grondslag in de wet in formele zin, omdat dit recht (tevens) is opgenomen in (artikel 11 van) de Grondwet en deze een strenger wetvereiste stelt dan het EVRM. Beperkingen op grondrechten zijn in beginsel slechts toelaatbaar, indien zij herleidbaar zijn tot een grondwettelijke beperkingclausule. Uitzonderingen op dit uitgangspunt, zoals de redelijke uitleg, zijn in dit geval niet van toepassing.¹⁵

¹¹ Nader rapport bij de Verklaringwet, Deel 1b, p. 424 e.v., criteria aangehaald door toenmalig Kamerlid Kappeyne van de Copello.

¹² TNO-rapport/IS-RPT-033-DTS-2006-00867/6 november 2006.

¹³ Tegen deze achtergrond heeft de minister in antwoord op kamervragen aangegeven dat zij gemeenten hierover zal informeren en zal adviseren de mosquito alleen te gebruiken op plaatsen waar in de onmiddellijke omgeving van de mosquito normaal gesproken mensen niet enige tijd hoeven te verblijven.

¹⁴ Überprüfung des Mosquito Ultrasonic-Gerates auf Basis der Anforderungen des GPSG. 22-11-2007.

Zie echter paragraaf 6.

¹⁵ De redelijke uitleg van een grondrechtenartikel kan bepaalde grenzen met zich brengen. Het gaat dan om voorschriften die in het algemeen gelden en als *neveneffect* hebben dat zij grondrechten beperken, alhoewel zij niet zijn terug te voeren op een grondwettelijke beperkingsclausule. Zo kunnen brandweervoorschriften de uitoefening van de vrijheid van vergadering in een bepaalde ruimte verbieden. Daarnaast kan de vrijheid van meningsuiting worden beperkt door voorschriften ingevolge de (toenmalige) Wet milieubeheer en de

Tussenbeoordeling

Hoewel niet evident sprake is van een inperking van het grondrecht op onaantastbaarheid van het lichaam, geven verschillende hiervoor genoemde omstandigheden voldoende serieuze aanknopingspunten om niettemin met die normstelling rekening te houden. Aldus is een formeel wettelijke grondslag vereist, indien inzet van het instrument beleidsmatig wenselijk wordt geoordeeld. Daarvoor is vereist dat er een dringende maatschappelijke behoefte aan het instrument aanwezig is, alsmede dat bij de inzet voldaan kan worden aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In de vorige subparagraaf is op deze vereisten ingegaan. Voor wat betreft de invulling daarvan in het concrete geval van het onderhavige grondrecht kan op de overwegingen aldaar *mutatis mutandis* worden aangesloten.

3.2.3. Discriminatieverbod

Artikel 1 Grondwet, artikel 14 EVRM en het 12^e Protocol bij het EVRM, alsmede artikel 2 IVBPR en artikel 2 IVRK verbieden de staat te discrimineren of verplichten de staat de ander in de verdragen opgenomen rechten te eerbiedigen zonder onderscheid van welk aard ook. Inzet van het instrument Mosquito leidt tot gedragsverandering van een bepaalde categorie personen, namelijk jongeren onder de (ongeveer) 30 jaar. Daarmee is de maatregel beperkt in zijn effecten en doelgroep, maar ruim in zoverre de maatregel binnen die groep geen onderscheid maakt tussen kinderen en volwassenen en tussen personen die wel of geen overlast veroorzaken. De maatregel komt daarmee neer op een gebieds- en/of locatieverbod dat overwegend algemeen van karakter is en daarmee ongelijke gevallen op een gelijke vrijheidsinperkende manier benadert. De vraag is of voor het achterwege laten van een dergelijk onderscheid een objectieve rechtvaardiging aanwezig is. Daarvoor moet een legitiem doel aanwezig zijn, waarbij het middel passend en noodzakelijk moet zijn om het ermee beoogde doel te verwezenlijken. In dit geval lijkt het middel niet passend en noodzakelijk, omdat het zogenaamd overvolledig is.

Tussenconclusie

Tegen voormelde achtergrond onder moet worden geconcludeerd dat de toepassing van het middel zonder nader onderscheid van de doelgroep op gespannen voet staat met het discriminatieverbod.

4. Privaatrechtelijk en publiekrechtelijk kader

Mosquito's kunnen zowel in het publieke als in het private domein worden geplaatst. De nadruk ligt, zoals aangegeven in paragraaf 2, op het publieke domein. In situaties van het private domein worden Mosquito's geplaatst in bijvoorbeeld parkeergarages of aan de eigen woning. Plaatsing van Mosquito's bij scholen komt ook voor. Hier betreft het echter plaatsing bij de ingang van de school. Schoolpleinen zijn in sommige gevallen privaat en in andere gevallen publiek domein. De aard, bestemming en wijze van gebruik (bijv. afsluitbare hekken, eventuele borden met betrekking tot wie toegang heeft) zijn dan bepalend. Bij stations bevinden de Mosquito's zich buiten het exclusief voor de reizigers bestemde gedeelte. Zij zijn geplaatst bij de ingang van het metro- of treinstation. Particulieren die Mosquito's plaatsen zijn huiseigenaren, woningcorporaties, exploitanten van parkeergarages e.d. Plaatsing van

Woningwet, die de bouw en instandhouding van drukkerijen aan een vergunning binden. In de rechtspraak worden dergelijke algemene beperkingen wel aanvaard.

Mosquito's in *private situaties* is primair een verantwoordelijkheid van de eigenaar, die daarbij uiteraard rekening zal moeten houden met civielrechtelijke, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke normstellingen. In geval van hinder of overlast van het apparaat kunnen anderen (omwonenden, leden van de doelgroep) een actie uit onrechtmatige daad instellen. (zie ook paragraaf 7 van deze nota). Wat betreft de strafrechtelijke kant kan worden gewezen op artikel 431 WvSr (burengerucht) en op bepalingen in de lokale APV's over veroorzaken van geluidhinder, eventueel met geluidhinder veroorzaken apparaten. Overtreding ervan levert een strafbaar feit op waartegen strafrechtelijk kan worden opgetreden. De APV biedt overigens de overheid de mogelijkheid om het gebruik in private situaties te reguleren via de APV (ontheffing voor het gebruik van geluidhinder veroorzakende apparaten) (zie hierna onder paragraaf 5). Indien de werking van de Mosquito vanuit het private domein effecten heeft voor het publieke domein (bijvoorbeeld in termen van geluidsoverlast) kan er worden opgetreden (strafrechtelijk of via het verlenen van ontheffing). Voor het plaatsen van Mosquito's in het publieke domein geldt dezelfde eis. Omdat het plaatsen van Mosquito's in het publieke domein ook door de overheid zelf kan geschieden en bovendien tot inperking van grondrechten leidt is op dit punt meer regulering vereist.

5. Handhavend optreden/regulering APV

Algemene Plaatselijke Verordeningen (APV's) bevatten veelal bepalingen over geluidshinder. Deze bepalingen komen erop neer dat het verboden is om geluidsapparaten in werking te hebben die in het publieke domein geluidhinder veroorzaakt. Van dat verbod kunnen Burgemeester en Wethouders ontheffing verlenen. Het plaatsen van een dergelijk apparaat (dus ook de Mosquito) is op die wijze aan de eis van een ontheffing verbinden. Het plaatsen zonder ontheffing of het plaatsen in strijd met aan de ontheffing verbonden voorschriften leidt tot overtreding waartegen de gemeente handhavend kan optreden. Concreet zal dat leiden tot aanschrijving en eventuele bestuursdwang op kosten van de overtreder.

6. Buitenland / EU

Op dit moment zijn in Europa zo'n 5.000 Mosquito's geïnstalleerd (in elk geval in België, Groot-Brittannië -dit land alleen telt ruim 3.500 Mosquito's -, Duitsland, Zwitserland en Nederland). Wat betreft het buitenland is het beeld als volgt.

België

In België is sprake van een terughoudend gebruik van de Mosquito. In een enkele gemeente is overgegaan tot het instellen van een verbod (bijv. de gemeente Elsene). Die lijn wordt ook op federaal niveau gedeeld, voor zover na te gaan in elk geval door het Belgische ministerie van jeugd en gezin. Hier wordt inzet van het apparaat in strijd geacht met de artikelen 2 en 19 van het Internationale Verdrag voor de Rechten van het Kind. Zie ook weergave hierna onder EU.

Groot-Brittannië

In Groot-Brittannië is de Mosquito sinds eind 2005 op de markt en wordt de Mosquito veelvuldig ingezet bij de aanpak van hangjongeren, er hangen er zo'n 3.500. Ten tijde van de introductie in het Verenigd Koninkrijk heeft de fabrikant juridisch advies ingewonnen¹⁶ om toepassing van de Mosquito te toetsen aan de

¹⁶ Hewitsons solicitors, 3 February 2008.

Britse Human Rights Act en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De conclusie naar aanleiding van deze particuliere toetsing ten behoeve van de fabrikant luidt dat het instrument niet in strijd is met de rechten van de mens. De Britse regering heeft evenwel kenbaar gemaakt dat zij de analyse van België, onder andere inhoudende dat het instrument een inbreuk maakt op de mensenrechten en kinderrechten, deelt (zie ook hierna onder onder EU).

Duitsland

In Nedersachsen is onderzoek gedaan naar de mogelijke schade aan het gehoorvermogen door de hoge frequentie.¹⁷ Hoewel er bij juiste inzet van het instrument geen risico op gehoorschade is, blijkt er (aldus) wel degelijk een verband te bestaan. Voor zover bekend is het instrument niet verboden in Duitsland. De Duitse regering heeft inmiddels kenbaar gemaakt dat zij de analyse van België, onder andere inhoudende dat het instrument een inbreuk maakt op de mensenrechten en kinderrechten, deelt (zie hierna onder EU).

Zwitserland

Op 28 november 2007 heeft de Zwitserse Bundesrat naar aanleiding van vragen uit het parlement een verzoek om een verbod van de Mosquito afgewezen, daarbij onder andere argumenterend dat een dergelijk verbod de grondrechten van belanghebbenden zou aantasten. De Bundesrat¹⁸ concludeerde verder dat de Mosquito geen gevaar van gehoorschade oplevert en geen inbreuk pleegt op de rechten van dieren, kinderen, de lichamelijke integriteit in zijn algemeen en het recht op vergadering. De Bundesrat betrok in zijn oordeel dat lokale overheden over voldoende maatregelen beschikken regulerend met betrekking tot de plaatsing van Mosquito's op te treden.

EU

Tijdens de Europese Onderwijs, Jeugd en Cultuurraad van 22 mei 2008 vroeg België aandacht voor het gebruik van de Mosquito.¹⁹ België maakt zich zorgen over het gebruik ervan; het veroorzaakt oor- en hoofdpijn en zou inbreuk maken op de mensenrechten en kinderrechten. Tevens vindt België het storend dat dit apparaat wordt ingezet terwijl juist de dialoog met de jongeren moet worden aangegaan. België vroeg de Europese Commissie om een standpunt. Daarnaast vroeg België aan de lidstaten om actie te ondernemen tegen de Mosquito. Frankrijk, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Portugal waren de reagerende landen en zij delen de analyse van België. Frankrijk en Duitsland geven aan open te staan voor een gemeenschappelijk initiatief. De Commissie meldde het instrument onaanvaardbaar te vinden en tegen dit soort technieken te zijn. De zaak betreft volgens de Commissie echter een bevoegdheid van de Lidstaten en niet van haarzelf.

7. Rechtsbescherming

Het plaatsen van een Mosquito en het gebruik ervan is een feitelijk handelen. In het bestuursrecht zijn meer van dergelijke voorbeelden van feitelijk handelen te vinden. Denk aan het gebruik van geweldsmiddelen of bijvoorbeeld een stopteken door de politie. Een bestuursrechtelijke voorziening in de vorm van bezwaar of beroep tegen een dergelijk feitelijk handelen is niet mogelijk. Datzelfde uitgangspunt geldt bij het plaatsen en gebruik van een Mosquito. Wel

¹⁷ Überprüfung des Mosquito Ultrasonic-Gerates auf Basis der Anforderungen des GPSG. 22-11-2007.

¹⁸ Bundesrates vom 28.11.2007: Mosquito. Schallwellen in hohen Frequenzbereichen. Folgen für Mensch und Umwelt.

¹⁹ Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 21 501-34, nr. 103, i.h.b. p. 5.

Datum

10 december 2008

geldt hier de mogelijkheid om civielrechtelijk, vanwege een vermeend onrechtmatig handelen, een actie uit onrechtmatige daad in te stellen (artikel 6:162 BW). Een actie wegens onrechtmatige daad vereist dat er:

- a) sprake is van een partij die schade heeft geleden of dreigt te lijden,
- b) een direct causaal verband tussen die schade en het feitelijke handelen zelf en
- c) een bepaalde mate van onzorgvuldigheid aan de zijde van de schadeveroorzakende partij (in dit geval de gemeente die tot plaatsing heeft besloten).

Civielrechtelijk kan ook, in kort geding bijvoorbeeld, door een schadelijdende partij geëist worden dat de gemeente stopt met het plaatsen van Mosquito's. Deze actie kan eventueel worden ondersteund door een dwangsom.

Daarnaast bestaat er in zo'n situatie de mogelijkheid voor burgers om het openbaar ministerie te verzoeken strafrechtelijke vervolging in te stellen. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren in geval een persoon meent dat de plaatsing van de Mosquito door de gemeente een strafbaar feit oplevert, bijvoorbeeld mishandeling of het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel (artikel 300 WvSr).

In het kader van blijvende gehoorschade (voor zover zich dit al zou kunnen voordoen) ten gevolge van de Mosquito zou een dergelijk verwijtbaar handelen (in strafrechtelijke zin) aan de orde kunnen zijn. Tot slot kan men zich in beginsel ook wenden tot de Nationale of gemeentelijke ombudsman.

Deze voorzieningen blijven altijd mogelijk, ook als er op politiek niveau binnen de gemeente via besluitvorming en afweging van alle belangen tot een beslissing is gekomen. De belangenafweging en besluitvorming spelen bij de rechterlijke beoordeling uiteraard wel een rol. De civiele rechter zal het bestuurshandelen marginaal toetsen.