

Wat is de juridische status van een gedoogverklaring?

Inhoud

Inleiding	2
Waarin verschilt de rechtbank van mening met mw. Drahmnn?	2
Wat zegt de VNG over de gedoogstatus van coffeeshops?	3
Hoe kijken Europese rechters tegen de gedoogstatus van coffeeshopexploitanten aan?	3
Heeft de rechtbank Limburg de betekenis van het gelijkheidsbeginsel miskend?	5
Wat kan er gebeuren als de burgemeester coffeeshop Sky z.s.m. verplaatst?	5

Inleiding

Mevrouw mr. Dr. Annemarie Drahmman schreef in het Nederlands Juristenblad¹ een artikel waarin zij een op dat moment nog niet eerder door een rechter beantwoorde rechtsvraag opwierp. Is een schaarse gedoogverklaring een schaars publiek recht? Zij betoogt in haar bijdrage dat de door haar opgeworpen rechtsvraag bevestigend dient te worden beantwoord.

De burgemeester van Roermond deelt haar mening en stelt dat zij op grond van een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna Afdeling) uit 2016² mededingingsruimte moet bieden bij het uitgeven van een exploitatievergunning voor een coffeeshop. Dit veronderstelde moeten heeft ertoe geleid dat in het nieuwe coffeeshopbeleid in het geheel niet wordt ingegaan op de voor de hand liggende nadelen en risico's die zijn verbonden aan een wisseling van coffeeshopexploitanten per vijf jaar.

De rechtbank Limburg³ bleek onlangs de mening van de burgemeester niet te delen en oordeelde dat een gedoogverklaring voor een coffeeshop geen schaars publiek recht is. De burgemeester kondigde aan tegen deze uitspraak in hoger beroep te gaan. Ter onderbouwing van haar besluit verwees burgemeester Donders in de media naar de mening van mw. Drahmman. De vraag rijst hoe sterk de door mw. Drahmman aangevoerde argumenten in juridisch opzicht zijn.

Waarin verschilt de rechtbank van mening met mw. Drahmman?

Het grootste verschil is dat mw. Drahmman een gedoogverklaring ziet als een exploitatievergunning. Althans als het equivalent daarvan. Zij redeneert daarbij dat de coffeeshopexploitant zonder deze verklaring geen cannabisproducten (softdrugs) kan verkopen. Zij noemt de uitspraak van de Afdeling van 12 augustus 1999⁴ waaruit blijkt dat de burgemeester geen vergunning mag verlenen voor de verkoop van cannabisproducten. Zij is echter van mening dat deze uitspraak lijkt te zijn achterhaald dan wel vrijwel zinledig is geworden. Waar dit standpunt op is gebaseerd vermeldt zij niet.

Dat valt op aangezien de uitspraak van de Afdeling uit 1999 nadien meermaals is herhaald en nog steeds vaste jurisprudentie vormt. De hoogste bestuursrechter wil niets weten van het reguleren van de handel in cannabisproducten door een lagere overheid. In 2011 herhaalde de Afdeling de in 1999 ingezette lijn.⁵

Het reguleringsverbod voor lagere overheden gaat zelfs zo ver dat in een bestemmingsplan de functie coffeeshop als verkooppunt van cannabis niet positief mag worden bestemd.⁶

¹ NJB 2019/1856

² Zaak “speelautomatenhal Vlaardingen” gepubliceerd in AB 2016/426.

³ Rb Limburg 29 maart 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:2746.

⁴ ECLI:NL:RVS:1999:AH6711, AB 2001/139, m.nt. A.E. Schilder en J.G. Brouwer.

⁵ ABRvS d.d. 29-06-2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ9684 r.o. 2.12.2.

⁶ ABRvS d.d. 22-03-2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0144 r.o. 2.6.2..

Anders dan mr. Drahmman stelt, is het verbod voor lagere overheden om de verkoop van cannabisproducten te vergunnen of in lokale regelgeving te reguleren nog onverkort van toepassing.

De gedoogde handel in cannabisproducten moet los worden gezien van de vergunde horeca-activiteit. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de Afdeling van 3 augustus 2011⁷. Citaat: *"De Afdeling volgt [appellant] niet in zijn standpunt dat een exploitatievergunning is verleend voor het verkopen van softdrugs. Nog afgezien van het gegeven dat het rechtens niet mogelijk is een dergelijke vergunning te verlenen, nu het verkopen van softdrugs een met de Opiumwet strijdige activiteit betreft,....." /* Als in een horecaexploitatievergunning gedoogvoorwaarden voor een coffeeshop worden opgenomen, betekent dit dus niet dat daardoor ook een vergunning voor de in de Opiumwet verboden activiteit is verleend.

Wat zegt de VNG over de gedoogstatus van coffeeshops?

De uitspraak van de rechtbank Limburg komt overeen met het standpunt van de Vereniging voor Nederlandse Gemeenten. In haar "Handreiking Schaarre vergunningen"⁸ schrijft zij op pagina 15: *"Gelet op het legaliteitsvereiste speelt bij het bestuursrechtelijk gedogen **geen vraagstuk van schaarse publieke rechten**, nu een grondslag in een wettelijk voorschrift daarvoor per definitie ontbreekt (het gaat immers om uitzonderingen op de beginselplicht tot handhaving van wettelijke voorschriften). Dat onderwerp blijft hier verder buiten beschouwing".*

In normaal Nederlands bevestigt de VNG op deze plaats dat een gedoogverklaring geen schaars publiek recht is. De burgemeester mag volgens de wet immers geen vergunning of toestemming verlenen voor de verkoop van cannabisproducten. De bevoegdheid van de burgemeester strekt niet verder dan het gedogen van die verkoop zolang de coffeeshopexploitant daarbij de gedoogcriteria naleeft. Gedogen is in die zin niet meer dan het onder voorwaarden afzien van bestuursrechtelijk handhaven. De gedoogstatus is ook naar de mening van de VNG geen schaars publiek recht.

Hoe kijken Europese rechters tegen de gedoogstatus van coffeeshopexploitanten aan?

In de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 september 2013 in de zaak *De Bruin vs Nederland*⁹ reageert dit hof op diverse klachten van een coffeeshopexploitant die van mening was dat zijn gedoogverklaring ten onrechte was ingetrokken en de burgemeester niet bereid was hem opnieuw te gedogen. De relevante overwegingen van het Europees Hof laten zich als volgt samenvatten:

⁷ ECLI:NL:RVS:2011:BR3994.

⁸ https://vng.nl/files/vng/publicaties/2018/handreiking_schaarse_vergunningen.pdf

⁹ NJB 2013/2510 en AB 2014/36.

*“Het Hof overweegt allereerst dat er sprake moet zijn van een geschil over een recht dat onder het nationale recht wordt erkend voordat artikel 6 EVRM van toepassing is. Hoewel het Hof kennisneemt van artikel 3 Opiumwet (verbodsbepalingen lijst II), **volgt hieruit volgens het Hof niet dat er een recht ontstaat puur vanwege het feit dat geen sancties volgen op overtreding van dit artikel in verband met het gehanteerde gedoogbeleid.** Het Hof oordeelt dan ook dat de klacht geen betrekking heeft op een geschil over een recht dat erkend wordt onder nationaal recht en dat de klacht dan ook onverenigbaar is met de ratione materiae onder artikel 35 lid 3(a) EHRM. De klacht wordt afgewezen op grond van artikel 35 lid 4 EVRM.”*

Ook het Hof van Justitie EU oordeelde dat de gedoogstatus van een coffeeshopexploitant geen naar nationaal (Nederlands) recht erkend ‘recht’ oplevert. De verkoop van cannabisproducten vanuit een coffeeshop is volgens dit Hof geen dienst zoals bedoeld in artikel 4 van de Dienstenrichtlijn. Van een economische activiteit zoals bedoeld in artikel 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is namelijk geen sprake.

Het Hof van Justitie oordeelde dat gezien het internationale verbod op de verkoop van cannabisproducten het ingezetenen criterium voor coffeeshops niet onder de reikwijdte van het Unierecht kan vallen. Daarbij benadrukte het Hof in rechtsoverweging 36 de schadelijkheid van verdovende middelen *‘zodat de verhandeling ervan in alle lidstaten verboden is, afgezien van een strikt gecontroleerd handelsverkeer ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden’*.¹⁰ Het Hof van Justitie benadrukte dat softdrugs (cannabisproducten) ook volgens de in Nederland geldende Opiumwet nog steeds illegaal zijn.¹¹

De Afdeling Bestuursrechtspraak nam dit oordeel van het Hof van Justitie in zijn uitspraak van 29 juni 2011¹² over. In rechtsoverweging 2.5. (punt 42) lezen we dat de handel in cannabisproducten vanuit gedoogde coffeeshops geen deel uitmaakt van het economische en commerciële circuit van de Europese Unie. Met andere woorden; het Unierecht is niet van toepassing van de verkoop van cannabisproducten.

De gedoogstatus is zowel in de ogen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als het Hof van Justitie van de Europese Unie geen recht en daarmee dus ook geen schaars publiek recht waarvan mw. Drahmman in haar bijdrage in het Nederlands Juristenblad uitgaat.

De uitspraak van de rechtbank Limburg is om die reden niet verrassend.

¹⁰ Zie HvJ EU Zaak C-137/09, ECLI:EU:C:2010:774 (Josemans), r.o. 49.

¹¹ Zie ook R.o. 41-42 en HvJ EG 5 juli 1988, zaak 289/86, *Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat/Inspecteur der Omzetbelasting*, Jur. 1988, p. 3655 en HvJ EG 28 februari 1984, zaak C-294/82, *Senta Einberger/Hauptzollamt Freiburg*, Jur. 1984, p. 1177.

¹² ECLI:NL:RVS:2011:BQ9684.

Heeft de rechtbank Limburg de betekenis van het gelijkheidsbeginsel miskend?

Uit de media blijkt dat mw. Drahmman zich hardop afvraagt hoe de rechtbank Limburg in haar uitspraak voorbij kon gaan aan de toepassing van het gelijkheidsbeginsel. Haar verwondering komt voort uit haar aanname dat de gedoogstatus een schaars publiek recht is. Uit haar bijdrage in het Nederlands Juristenblad blijkt echter dat ze erkent dat nog niet duidelijk is hoe de Afdeling hier tegenaan kijkt.¹³ Het verbaast dan ook dat burgemeester Donders stelt dat zij haar coffeeshopbeleid wel moest wijzigen om aan de rechtspraak van de Afdeling te voldoen.

Staatsraad advocaat-generaal Widdershoven heeft in zijn conclusie van 25 mei 2016¹⁴ geconcludeerd dat bij de verdeling van schaarse publieke rechten ook naar nationaal recht sprake is van een rechtsnorm die strekt tot het bieden van gelijke kansen. Dit betreft in die situatie het *formeel gelijkheidsbeginsel*. Doordat de rechtbank oordeelde dat bij het nemen van een gedoogbeslissing geen sprake is van de verdeling van een schaars publiek recht toetste de rechtbank zoals te doen gebruikelijk aan het *materiële gelijkheidsbeginsel*. Degene die een coffeeshop wenst te gaan exploiteren, kan zich in redelijkheid niet vergelijken met degene die dat al zo'n 30 jaar doet. Daarvoor zijn de verschillen tussen beiden te groot. Dat de rechtbank geen schending van het gelijkheidsbeginsel aannam mag met deze wetenschap niet verbazen. Uit een analyse van de rechtspraak blijkt dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel zelden slaagt in rechtszaken.¹⁵

Wat kan er gebeuren als de burgemeester coffeeshop Sky z.s.m. verplaatst?

De rechtbank heeft bepaald dat de exploitatievergunning die aan coffeeshop Sky is verleend niet eindigt in oktober 2024, maar voor onbepaalde tijd blijft voortduren. Peter Hendriks heeft de burgemeester elf keer eerder alternatieve locaties aangedragen om te verhuizen. Recent heeft hij opnieuw aangeboden zijn coffeeshop Sky te verplaatsen. Dat aanbod staat vandaag de dag nog steeds!

De burgemeester weigert medewerking aan verplaatsing van coffeeshop Sky te verlenen. Zij vreest rechtszaken van ondernemers in spé die in aanmerking wensen te komen voor een coffeeshopvergunning. Hoe groot is dat (proces)risico in werkelijkheid?

Vaststaat dat nog nooit eerder door iemand een bezwaar is gemaakt tegen een aan Hendriks verleende gedoogverklaring, omdat er daarbij sprake zou zijn van een ongelijke behandeling. Dat is niet vreemd.

¹³ Zie paragraaf 4.2 waarin zij aangeeft dat onduidelijk is welke context de Afdeling hierbij voor ogen stond. Zij spreekt hierbij een verwachting uit die is gebaseerd op de stelling dat een gedoogverklaring een schaars publiek recht is.

¹⁴ ECLI:NL:RVS:2016:1421.

¹⁵ Zie T.N. Sanders in zijn noot bij AB 2018/112.

Ook mw. Drahmman wijst er in haar bijdrage in het Nederlands Juristenblad namelijk op dat geïnteresseerden in het exploiteren van een coffeeshop geen bezwaar of beroep kunnen instellen tegen een verleende (of geweigerde) gedoogverklaring. Om dat mogelijk te maken moet oftewel de bestuursrechtelijke jurisprudentie wijzigen of moet de wetgever in actie komen.¹⁶ Beide situaties hebben zich niet voorgedaan.

De conclusie is dat burgemeester Donders coffeeshop Sky snel kan verplaatsen en daarbij geen noemenswaardige risico's loopt. Zij heeft met het schaarse beleid onnodig problemen voor de gemeente Roermond op haar nek gehaald. Het is nog niet te laat. Onder de noemer 'beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald' moet in gezamenlijk overleg een goede oplossing gevonden kunnen worden.

André Beckers
Advocaat

¹⁶ Zie NJB 2019/1856 paragraaf 6 afronding.