

Analyse van het advies van de Staatsraad A-G over het B- en I-criterium

door M. Bulthuis

Er is al veel over geschreven, wetenschappers en rechters hebben de rechtmatigheid sterk in twijfel getrokken. Toch concludeert Staatsraad Advocaat-Generaal Keus in zijn advies aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat zowel het ingezetenen- als het beslotenclubcriterium in overeenstemming is met de Grondwet, het internationale recht en het Europese recht.

Dit advies brengt hij uit op verzoek van de voorzitter van de Afdeling in zaken waarin de burgemeester van Maastricht en Tilburg coffeeshop Easy Going in Maastricht en de coffeeshop Toermalijn in Tilburg tijdelijk heeft gesloten wegens niet-naleving van het B- en I-criterium. De Rechtbank Limburg en de Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelden eerder niet eensluidend over de rechtmatigheid van de criteria. In de loop van het jaar zal de Afdeling uitspraak doen.

Hoe zwaar zij het advies van de Staatsraad A-G zal wegen is moeilijk te voorspellen. Enig gewicht zal het echter zeker in de schaal leggen. De hoogste tijd om de overwegingen van de A-G onder de loep te nemen.

Het ingezetenen criterium maakt een indirect onderscheid naar nationaliteit. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot het verbod op discriminatie. Artikel 1 van de Grondwet, artikel 14 van het EVRM, artikel 1 van het Twaalfde Protocol, artikel 26 van het IVBPR en de artikelen 20-26 van het Europees Handvest zijn qua formulering en toetsingscriteria met elkaar vergelijkbaar. Een indirect onderscheid naar nationaliteit is slechts toelaatbaar indien het onderscheid berust op objectieve en redelijke gronden.

In zijn arrest van 16 december 2010 (ECLI:NL:XX:2010:BO8814, Jurispr. 2010, p. I-13019, NJ 2011/290 m.nt. A.H. Klip) laat het Hof van Justitie van de Europese Unie zich impliciet uit over de verhouding tussen het ingezetenen criterium en het Europees non-discriminatiebeginsel. Keus concludeert hieruit dat het ingezetenen criterium niet in strijd is met Europees recht en om die reden kan het ook niet in strijd zijn met andere non-discriminatiebeginselen. Een verdergaande bescherming door niet-Europeesrechtelijke non-discriminatiebeginselen zou ontoelaatbaar zijn.

Met elkaar corresponderende grondrechten worden vaak uniform uitgelegd. Dit zorgt voor een grotere rechtszekerheid in het complexe en gelaagde netwerk van grondrechtenbescherming. De diverse non-discriminatiebeginselen die ons internationale, Europese en nationale recht rijk zijn, vereisen allen een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond voor een gemaakt indirect onderscheid. Kan het Hof van Justitie in antwoord op prejudiciële vragen van de nationale rechter uitleg geven over de reikwijdte en werking van andere non-discriminatiebeginselen?

Een prejudicieel arrest is bindend wat betreft de uitleg van Europees recht, het Hof kan echter niet de werking van constitutionele en verdragsrechtelijke grondrechten inperken. Aan intensieve toetsing aan het nationaal ontwikkelde non-discriminatieleerstuk ontkomt men niet. Die dient de nationale rechter zelfstandig uit te voeren.

Om te beoordelen of het ingezetenen criterium in overeenstemming is met artikel 1 van de Grondwet moet de rechter de vraag stellen of er voor het gemaakte indirecte onderscheid naar nationaliteit objectieve en redelijke gronden bestaan. Het willen terugdringen van in het buitenland wonende coffeeshopbezoekers is geen objectieve grond. Enigszins gechargeerd komt de rechtvaardiging op het volgende neer: 'Wij behandelen buitenlandse coffeeshopbezoekers anders dan in Nederland woonachtigen, omdat we de buitenlandse bezoekers willen weren uit de coffeeshops.' Evident gaat het hier niet om een objectieve rechtvaardigingsgrond. Let wel, dat kan het wel zijn, maar dan moet men deze doelstelling onderbouwen met argumenten waaruit blijkt waarom dit onderscheid gerechtvaardigd is.

Een achterliggend doel van het terugdringen van buitenlands coffeeshoptoerisme is het tegengaan van de overlast die ontstaat door de – vooral in de grensstreken – grote toestroom van in het buitenland woonachtige coffeeshopbezoekers. Dit kan alleen een objectieve rechtvaardigingsgrond opleveren indien er een causaal verband bestaat tussen de overlast en de buitenlandse coffeeshopbezoeker. Toeristische attracties trekken veel mensen. In het geval van coffeeshopbezoekers wordt dit overlast genoemd. Is het nu zo dat alleen een buitenlandse coffeeshopbezoeker overlast veroorzaakt en een niet-buitenlandse coffeeshopbezoeker niet? De vraag stellen is haar beantwoorden. In die zin is er van een causaal verband tussen de overlast en een buitenlandse coffeeshopbezoeker geen sprake. Men zou net zo goed kunnen besluiten dat er voortaan alleen mensen met blauwe ogen de coffeeshop in mogen. De grote toestroom zal halveren evenals de daarmee gepaard gaande overlast. Non-discriminatoire kan dit onderscheid echter niet genoemd worden.

Over naar het beslotenclubcriterium. Dit B-criterium verplicht de coffeeshophouder leden te registreren en een controleerbare ledenlijst op te stellen. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde dat het B-criterium de grenzen van een redelijke beleidsbepaling te buiten gaat, omdat het B-criterium ertoe leidt dat de overheid het plegen van strafbare feiten faciliteert en stimuleert door te eisen dat criminele clubs worden opgericht. Van de overheid zou verwacht mogen worden dat zij het oprichten van dergelijke clubs juist tegengaat, in plaats van stimuleert (Zie Rechtbank Zeeland-West-Brabant 17 januari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BY8753, r.o. 6). Volgens de Rechtbank Limburg is het opleggen van verplichtingen aan burgers in beleidsregels niet toegestaan. (Zie Rechtbank Limburg 25 april 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ8548).

Met geen van deze oordelen is A-G Keus het eens. Met de redenering van Rechtbank Zeeland-West-Brabant niet, omdat met het beslotenclubcriterium de koop en verkoop van softdrugs niet wordt gestimuleerd, maar juist wordt tegengegaan. Het beslotenclubcriterium heeft immers mede tot doel om grootschalige coffeeshops terug te dringen. In die zin kan er inderdaad niet worden gesproken van stimuleren en faciliteren van strafbare feiten.

Wel stimuleert en dwingt het beslotenclubcriterium de coffeeshophouder en zijn klanten feitelijk tot het plegen van een extra delict: niet slechts het kopen en verkopen van cannabis, maar ook het deelnemen aan een criminele vereniging. Om gedoogde cannabis te kunnen verkopen, dient de coffeeshophouder

een criminele organisatie op te richten in de zin van artikel 11a van de Opiumwet en zijn klanten te registreren als leden hiervan. Dit is een ernstig misdrijf waarop een maximum gevangenisstraf van acht jaren staat. In die zin is er wel degelijk sprake van het stimuleren van strafbare feiten. Keus besteedt hieraan echter geen aandacht in zijn advies.

Ook met het oordeel van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat in een beleidsregel geen verplichtingen voor burgers kunnen worden neergelegd, is de A-G het niet eens. Bestuursorganen zullen blij verrast zijn met deze opvatting, het opent niet vermoede perspectieven. Mij is echter iets anders geleerd.

Overheidsoptreden dient op een wettelijke grondslag te berusten. Dit geldt voor negatief overheidsoptreden en in beginsel zelfs voor positief overheidsoptreden. Behoudens het geval waarin bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, kunnen beleidsregels slechts betrekking hebben op de wijze waarop het bevoegde bestuursorgaan van een haar toekomstige bevoegdheid gebruik maakt, zo volgt uit artikel 4:81 van de Awb.

Indien een bestuursorgaan bijvoorbeeld de bevoegdheid heeft om subsidie toe te kennen, staan in de beleidsregels vaak subsidievoorwaarden en criteria die een bestuursorgaan hanteert bij de beoordeling van subsidieaanvragen. In die zin is het niet ongebruikelijk om (actieve) voorwaarden te stellen aan een subsidieaanvraag. Deze voorwaarden dienen echter nauw verband te houden met de in de wet neergelegde bevoegdheid van het bestuursorgaan om subsidie te verlenen.

In de casus van de gesloten coffeeshops gaat het om de bevoegdheid van de burgemeester om bij overtreding van de Opiumwet bestuursdwang toe te passen (artikel 13b Opiumwet). Ook in dit geval kan de burgemeester in beleidsregels beleid neerleggen waarin uitleg wordt gegeven over hoe er gebruik wordt gemaakt van deze bevoegdheid. Introduceert de burgemeester een nieuwe norm in de beleidsregel, dan breidt die zijn bevoegdheid als het ware uit. Bij handhavend optreden door middel van bestuursdwang in geval van overtreding van de in de beleidsregel gestelde norm, wordt niet het wettelijke voorschrift gehandhaafd, maar de zelf gecreëerde norm.

De te handhaven norm dient echter een wettelijke bepaling te zijn. Dit valt ook af te leiden uit de wetsgeschiedenis van artikel 5:2, eerste lid, (b) Awb waarin de bevoegdheid om partieel te handhaven c.q. te gedogen is neergelegd (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 84 (MvT)). De bepaling is een bijzondere uitwerking van de algemene bevoegdheid tot handhaving (Zie ook F.R. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 16). Waar het gaat om het gedogen van wettelijke verboden en het stellen van gedoogvoorwaarden brengt het legaliteitsbeginsel met zich mee dat een bestaand voorschrift in afgezwakte vorm kan worden gehandhaafd. Er kan niet een geheel nieuw voorschrift in het leven worden geroepen (Zie ook F.R. Vermeer, *Gedogen door bestuursorganen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 115 en J.G. Brouwer, annotatie bij: Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 12 april 2012, AB 2012, 162.). Een beslotenclubcriterium kan daarom niet als gedoogvoorwaarde worden gesteld.

Bij het juridisch ingewikkelde cannabisbeleid is het risico levensgroot aanwezig dat politieke wenselijkheid een heldere juridische toetsing in de weg staat. In deze bijdrage heb ik geprobeerd beide strikt te scheiden.