

# 'Lookin' for a little green bag...' en de werkingssfeer van het Unierecht

Mr. H. van Eijken en mr. H. J. van Harten\*

In de zaak *Josemans* staat in de kern de beperking van de toegang tot Maastrichtse coffeeshops voor bezoekers die woonachtig zijn in andere EU-lidstaten ter discussie. Mogen met een beroep op een publiek belang Unieburgers uit andere lidstaten geweigerd worden in coffeeshops? Of forceert het vrijegoederenverkeer dan wel het vrijedienstenverkeer een recht op toegang tot coffeeshops? En is het bijzondere karakter van de verkoop van softdrugs van belang voor de toepasselijkheid van het Unierecht?

*HvJ EU (Tweede kamer) 16 december 2010, zaak C-137/09, Marc Michel Josemans/ Burgemeester van Maastricht, n.n.g.; zie <www.curia.europa.eu>.*

*Conclusie van advocaat-generaal Bot, 15 juli 2010*

## Inleiding

Directe aanleiding voor deze beschouwing is gelegen in de zaak *Josemans* waarin het Hof van Justitie antwoord geeft op prejudiciële vragen van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling).<sup>1</sup> Met het arrest *Josemans* bakent het Hof van Justitie grenzen van de werkingssfeer van het Unierecht nader af, ontwijkt het Hof van Justitie de vraag naar een belemmering van het reis- en verblijfsrecht van Unieburgers en dempt het de reikwijdte van het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit op opmerkelijke wijze.

De zaak die in de kern draait om de Europeesrechtelijke houdbaarheid van het coffeeshopbeleid van de gemeente Maastricht heeft in de Nederlandse juridische literatuur

al eerder de pennen in beweging gebracht.<sup>2</sup> Anders dan bij de eerdere bijdragen is de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie inmiddels gegeven en daarop concentreert onze aandacht zich bij deze bespreking dan ook in het bijzonder. Achtereenvolgens bespreken we bovengenoemde elementen en plaatsen we de prejudiciële beslissing in de bredere context van de ontwikkelingen van het Unierecht. Aangetekend zij dat ten tijde van het schrijven van deze bijdrage de Afdeling haar eindoordeel nog niet heeft gegeven.

## Achtergrond en nationale regeling

Als achtergrondinformatie zij vermeld dat er, vooralsnog, in Nederland een gedoogbeleid geldt voor de verkoop van cannabis (softdrugs) in kleine hoeveelheden en in bepaalde coffeeshops. Volgens de Opiumwet van 1976 is het bezit, de handel, invoer en uitvoer, de teelt en de vervaardiging van verdovende middelen verboden. Dit verbod geldt ook voor cannabis. De verkoop van kleine hoeveelheden cannabis in bepaalde gecontroleerde coffeeshops wordt echter gedoogd. Lokale overheden mogen zelf bepalen welke coffeeshops gedoogd worden, maar alle coffeeshops moeten voldoen aan de landelijke 'AHOJG-criteria'. Volgens deze criteria mag een coffeeshop geen reclame maken, geen harddrugs verkopen, geen overlast veroorzaken, niet verkopen aan jongeren onder de 18 jaar oud en mogen er geen grotere hoeveelheden worden verkocht dan 5 gram per persoon, en mag de coffeeshop niet meer dan 500 gram cannabis op voorraad hebben.<sup>3</sup>

105

\* Mr. H. van Eijken is promovenda bij het Europa Instituut, Universiteit Utrecht. Mr. H. van Harten is werkzaam als universitair docent bij het Europa Instituut, Universiteit Utrecht.

1. ABRvS 8 april 2009, LJN BI0424 (*Josemans*).

2. Zie onder meer S. van den Bogaert en J.J. Rijpma, "'Als de rook om je hoofd is verdwenen...". Enkele bedenkingen bij het woonlandbeginsel voor toegang tot coffeeshops', *Ars Aequi* 2010, p. 83-88 en A.A.M. Schrauwen, 'Annotatie bij Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, nr. 200803357/1, LJN BI0424', *SEW* 2010, p. 87-90.

3. A: affichering, H: harddrugs, O: overlast, J: jeugdigen en G: grote hoeveelheden.

Uit de zogenoemde cannabisbrief,<sup>4</sup> waarin het ‘woonlandbeginsel’ als oplossing voor drugsoverlast in grensgemeenten wordt aangedragen, lijkt de Nederlandse regering ervan uit te gaan dat dit beginsel de Europees-rechtelijke toets kan doorstaan. Ook in het regeerakkoord wordt het ingezetenen criterium expliciet genoemd als middel tegen drugsoverlast.<sup>5</sup>

Er zijn in Nederland ongeveer 660 gedoogde coffeeshops, waarvan er 14 in Maastricht gevestigd zijn.<sup>6</sup> Uit onderzoek blijkt dat van de bezoekers aan die laatste coffeeshops bijna de helft uit België afkomstig is, circa 10% uit Frankrijk en circa 10% uit Duitsland komt. Een kwart van de bezoekers aan deze Maastrichtse coffeeshops is afkomstig uit Maastricht zelf, een kleine 6% uit de overige delen van Nederland.<sup>7</sup> Gezien de bijzondere ligging van Maastricht op het Europese grondgebied is deze toestroom van Belgische, Duitse en Franse ingezetenen niet verwonderlijk. Hoewel in België en Duitsland tegen gebruik van softdrugs niet wordt opgetreden, is Nederland uniek in het daadwerkelijk aanbieden van gedoogde verkooppunten.<sup>8</sup> Daarmee zijn de coffeeshops in grensplaatsen bijzonder aantrekkelijk voor naar cannabis reikhalzende ingezetenen uit aangrenzende EU-lidstaten.

Om de onwenselijke toestroom van gebruikers uit andere lidstaten tegen te gaan, besloot de gemeente Maastricht om een aantal maatregelen in te voeren. Zo werd een deel van de coffeeshops uit de binnenstad verplaatst naar de rand van de stad om de overlast in de binnenstad te verlagen. Daarnaast heeft de gemeente besloten om de toegang tot de coffeeshops te beperken met een woonplaatsvereiste. Dit besluit vindt zijn oorsprong in een voorstel van de toenmalige minister van Justitie Donner om in Maastricht een pilot te houden met het zogenoemde ‘woonlandbeginsel’ in het kader van het terugdringen van softdrugstoerisme in Nederland. Het ‘woonlandbeginsel’ vond zijn uitwerking in een Algemene Plaatselijke Verordening (hierna: APV). In de regeling is de toegang tot coffeeshops beperkt tot ‘ingezetenen’ van Nederland, zodat alleen personen met een daadwerkelijke woonplaats in Nederland toegang tot de coffeeshops zouden mogen krijgen.

## Feiten, procesverloop en prejudiciële vragen

Deze zaak heeft duidelijke trekken van een proefproces. Bij twee controles in 2006 werd door de gemeentepolitie van Maastricht vastgesteld dat in de coffeeshop *Easy Going* van de heer Josemans, tevens voorzitter van de Vereniging Officiële Coffeeshops Maastricht, aan de Hoenderstraat te Maastricht niet in Nederland woonachtige onderdanen van de Unie waren toegelaten. Die toelating was verboden op grond van de op 13 januari 2006 in werking getreden gewijzigde APV. Krachtens deze APV is het, kort gezegd, verboden andere personen dan ingezetenen toe te laten tot coffeeshops in Maastricht.<sup>9</sup> Als ingezetenen worden daarbij bedoeld personen die hun werkelijke woonplaats in Nederland hebben. De controles hadden als gevolg dat de burgemeester van Maastricht besloot op 7 september 2006 de coffeeshop *Easy Going* voor een periode van drie maanden gesloten te verklaren. Tegen dit besluit is de heer Josemans in rechte opgekomen.

De Rechtbank Maastricht heeft dit besluit bij uitspraak van 1 april 2008 vernietigd.<sup>10</sup> Het verbod in de APV om niet in Nederland woonachtige personen de toegang tot coffeeshops te verbieden, is naar oordeel van de rechtbank een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit en daarom in strijd met artikel 1 Grondwet. Volgens de rechtbank leidt het ingezetenen criterium tot een onderscheid dat niet objectief gerechtvaardigd kan worden met een beroep op overlast door drugstoerisme. Dat het hanteren van een ingezetenen criterium de overlast van softdrugsgebruikers zou beperken, is volgens de rechtbank niet voldoende door de gemeente Maastricht gestaafd. De rechtbank oordeelt dat de maatregel niet evenredig was en derhalve strijdigheid met de Nederlandse grondwet oplevert.

Naar oordeel van de rechtbank valt uit de bestaande jurisprudentie van het Hof van Justitie af te leiden dat drugs, wegens het algehele verhandelingsverbod, niet als economische activiteit moet worden aangemerkt, daarom niet binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag valt en er dus geen strijd met het Europees recht bestaat. De rechtbank verwees daarbij naar eerdere jurisprudentie uit Luxemburg, onder meer naar het arrest *Happy Family*<sup>11</sup> en het arrest *Coffeeshop Siberië*.<sup>12</sup> In die uitspraken oordeelde het Hof van Justitie dat de

4. Cannabisbrief van april 2004, kenmerk: GVM/2462547.

5. Regeerakkoord VVD-CDA, ‘Vrijheid en verantwoordelijkheid’, p. 40.

6. Gemeten eind 2009, B. Bieleman en R. Nijkamp, *Coffeeshops in Nederland 2009*, Interval Groningen, oktober 2010.

7. Gemeten in 2008. Dit volgt uit het Rapport *De betekenis van het bezoek aan coffeeshops voor de Maastrichtse economie*, OWP Research, oktober 2008, te raadplegen op </www.vocm-online.nl/Bestanden/RapportVOCMecon\_effect.pdf>.

8. Vgl. S. van den Bogaert en J.J. Rijpma, “‘Als de rook om je hoofd is verdwenen...’”. Enkele bedenkingen bij het woonlandbeginsel voor toegang tot coffeeshops’, *Ars Aequi* 2010, p. 83.

9. Strikt genomen werkt de APV met een algemeen stelsel waarin het de houder van een inrichting wordt verboden andere personen dan ingezetenen toe te laten of aldaar te laten verblijven. Daarbij is een inrichting een voor publiek toegankelijke ruimte waar bedrijfsmatig, al dan niet door middel van een automaat, eetwaren en/of alcoholvrije dranken worden verstrekt, die de klanten niet ter plaatse hoeven te gebruiken. Van deze maatregel zijn eigenlijk alle horecagelegenheden vrijgesteld, maar voorcoffeeshops en theehuizen geldt dit ingezetenen criterium wel.

10. Rb. Maastricht 1 april 2008, LJN BC8198 (*Josemans*).

11. HvJ EG 5 juli 1988, zaak 289/86, *Vereniging Happy Family Rustenburgerstraat/Inspecteur der Omzetbelasting*, Jur. 1988, p. 3655.

12. HvJ EG 29 juni 1999, zaak C-158/98, *Staatssecretaris van Financiën/Coffeeshop ‘Siberië’ vof*, Jur. 1999, p. I-3971.

handel in henneproducten onder een volstrekt in- en uitvoerverbod valt en deze producten derhalve niet in het economische en commerciële circuit van de Gemeenschap (nu de Unie) kunnen worden gebracht, waardoor de BTW-richtlijn niet van toepassing was op de illegale levering van henneproducten. De rechtbank concludeert dat uit deze rechtspraak volgt dat het beroep van Josemans op Europeesrechtelijke bepalingen, namelijk het discriminatieverbod en de vrijverkeerbepalingen, niet kan slagen.

Tegen het oordeel van de Rechtbank Maastricht komt zowel Josemans als de burgemeester van Maastricht op bij de Afdeling. De burgemeester heeft in hoger beroep aangevoerd dat de maatregel niet in strijd is met de Nederlandse grondwet. Josemans op zijn beurt heeft betoogd dat de maatregel het Unierecht wel degelijk schendt. In de eerste plaats stelt hij dat de rechtbank heeft miskend dat de verkoop van cannabis *de facto* is gelegaliseerd en dus onder de reikwijdte van het Unierecht zou komen. Het Unierecht verbiedt een ongelijke behandeling van Unieburgers, en het ingezetenen criterium resulteert in ongelijke behandeling op grond van nationaliteit. In de tweede plaats betoogt Josemans dat de regeling ook de toegang tot volkomen legale producten en diensten (zoals etenswaren en non-alcoholische dranken) verhindert voor Unieburgers afkomstig uit andere lidstaten.

In tegenstelling tot de Rechtbank Maastricht heeft de Afdeling wel primaire twijfels over de werkingssfeer en stand van het Europees recht in deze zaak en besluit prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie, voorafgaand aan het onderzoek naar de strijdigheid van de maatregel in het licht van artikel 1 Grondwet.

De Afdeling heeft vier prejudiciële vragen geformuleerd. In de eerste plaats verzoekt de Afdeling het Hof van Justitie om uitleg over de reikwijdte van het Unierecht. De hamvraag is of de toegang tot coffeeshops onder de werkingssfeer van het Unierecht valt, meer specifiek binnen de reikwijdte van het vrije verkeer en het discriminatieverbod op grond van nationaliteit – in combinatie met het Europees burgerschap. Voor zover de nationale regeling met betrekking tot de toegang tot coffeeshops binnen de reikwijdte van het Unierecht valt, rijst de vraag of de regeling verenigbaar is met het vrije verkeer van goederen en/of diensten. In de tweede plaats vraagt de Afdeling het Hof van Justitie dan ook of het verbod tot toelating van niet-ingezetenen een geschikt en proportioneel middel is om drugstoerisme en de daarmee gepaard gaande overlast terug te dringen. In de derde plaats vraagt de Raad van State zich af of het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit in samenhang met het vrije verkeer van Unieburgers (art. 18 en 21 WVEU) van toepassing is, voor het geval de vrijheid van goederen en/of diensten niet van toepassing is. In de laatste plaats verzoekt de Afdeling of het onderscheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen gerechtvaardigd kan worden omdat het criterium geschikt en proportioneel is om drugstoerisme te verminderen. Ondertussen is gedurende de loop van de

zaak *Josemans* de toepassing van de betwiste maatregel uit de APV opgeschort.<sup>13</sup>

## Oordeel van het Hof van Justitie en kanttekeningen bij de prejudiciële beslissing

### De reikwijdte van het Unierecht in relatie tot de toegang tot gedoogde coffeeshops

Het belangrijkste en principiële punt van deze zaak is gelegen in de eerste prejudiciële vraag: hoever reikt de werkingssfeer van het Unierecht in dit verband? En welke consequenties heeft dat voor een gevoelig en beladen nationaal beleidsterrein, waarvan het Nederlandse soft-drugsbeleid zeker een zeer belangrijk voorbeeld is.

Normaal gesproken is toepassing van een ingezetenen-criterium of woonlandbeginsel zoals vastgelegd in de Maastrichtse APV vloeken in de Europeesrechtelijke kerk. Niet verbazingwekkend was dan ook dat Schrauwen in haar annotatie van de verwijzingsafpraak van de Afdeling tot de conclusie kwam dat er:

‘allerlei redenen [zijn] om aan te nemen dat het woonlandbeginsel, zoals gehanteerd in de Maastrichtse pilot ten aanzien van toegang tot coffeeshops, in strijd is met het Europees recht. Rechtvaardiging op grond van het publiek belang, door de Afdeling omschreven als het terugdringen van het drugstoerisme en de daarmee gepaard gaande overlast, zal getoetst dienen te worden aan het evenredigheidsbeginsel. Zoals de Afdeling al stelt lijken er ook minder ingrijpende maatregelen, zoals een pasjessysteem, voorhanden te zijn. Ook deze maatregelen wekken echter de schijn van indirecte discriminatie. Of Nederlandse gemeenten een gedoogbeleid kunnen handhaven voor alleen eigen inwoners valt te betwijfelen en terecht heeft de Afdeling deze vragen voorgelegd aan het Hof van Justitie.’<sup>14</sup>

Ook Van den Bogaert en Rijpma stellen dat als aangenomen moet worden dat het Unieburgerschap en het Europeesrechtelijke verbod van discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is op de Maastrichtse APV, ‘dan moge het duidelijk zijn dat het woonlandbeginsel indirecte discriminatie vormt nu een dergelijk criterium voornamelijk niet-Nederlandse dienstenontvangers zal treffen’. Ook achten zij het nog maar de vraag of het algehele toegangsverbod wel proportioneel is.<sup>15</sup>

Er lijkt een zekere *communio iuris* te bestaan bij deze auteurs ten aanzien van de Europeesrechtelijke bezwa-

13. Dit blijkt onder meer uit overweging 61 van de conclusie van A-G Bot.

14. A.A.M. Schrauwen, ‘Annotatie bij Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, nr. 200803357/1, LJN B10424’, *SEW* 2010, p. 90.

15. S. van den Bogaert en J.J. Rijpma, ‘“Als de rook om je hoofd is verdwenen...”’. Enkele bedenkingen bij het woonlandbeginsel voor toegang tot coffeeshops’, *Ars Aequi* 2010, p. 87-88.

ren van het gehanteerde woonlandbeginsel. Het Hof van Justitie gaat echter zijn ongekeerde gang en komt niet aan de beoordeling van deze vraag toe. Het is gewoonweg opmerkelijk dat zowel advocaat-generaal Bot in de opbouw van zijn conclusie als het Hof van Justitie in de opbouw van het arrest de Unieregelingen met betrekking tot drugsbestrijding als expliciet vertrekpunt voor de schets van de toepasselijke bepalingen neemt in plaats van de vrijverkeerbepalingen en non-discriminatie.<sup>16</sup> Het Hof van Justitie noemt, in tegenstelling tot zijn advocaat-generaal,<sup>17</sup> daarbij niet eens de vrijverkeerbepalingen en het Unieburgerschap (r.o. 3-11). Dat zet de teneur van de aanpak in afdoening van de zaak. Daaruit volgt in wezen al de hoofdmoot van het oordeel. Voorafgaand aan de vraag of er sprake is van indirecte discriminatie en de toetsing aan eventuele rechtvaardigingsgronden is het de vraag of softdrugsbeleid überhaupt onder de werkingssfeer van het Europees recht valt, en met name onder de vrijheden. De werkingssfeer van de vrijheden is steeds ruim uitgelegd door het Hof van Justitie.

Moraliteit, of de strafbaarheid in een aantal lidstaten, is normaal gesproken geen reden om een economische activiteit uit te sluiten van de reikwijdte van het dienstenbegrip. Een kenmerkend voorbeeld daarvan biedt nog steeds het arrest *Grogan*, waarin het Hof van Justitie bepaalt dat abortus 'gewoon' als dienst in de zin van artikel 56 VWEU is aan te merken.<sup>18</sup> Hetzelfde Hof van Justitie maakte in het arrest *Schindler* expliciet uit dat, in tegenstelling tot de opvatting van verschillende interveniërende regeringen, moraliteit van kansspelen niet in de weg staat om deze als zodanig als dienst in de zin van het vrije dienstenverkeer aan te merken.<sup>19</sup> Het criterium is altijd of er sprake is van diensten die 'gewoonlijk tegen vergoeding' worden verricht. Dat is essentieel.

16. Zie r.o. 3-11. Door het Hof van Justitie wordt verwezen naar kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel (Pb. EU 2004, L 335/8), art. 1 van het Protocol tot opnemng van het Schengenacquis in het kader van de Europese Unie, dat bij het Verdrag van Amsterdam aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en aan het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap is gehecht, de Schengen uitvoeringsovereenkomst (Pb. EG 2000, L 239/19), de resolutie van de Raad van 29 november 1996 betreffende maatregelen voor de aanpak van het probleem van het drugstoerisme in de Europese Unie (Pb. EG C 375, p. 3), het gemeenschappelijk optreden van 17 december 1996 door de Raad aangenomen op basis van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen en praktijken van de lidstaten van de Europese Unie ter bestrijding van drugsverslaving en ter voorkoming en bestrijding van de illegale drugshandel (Pb. EG L 342/6), het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, dat op 20 december 1988 te Wenen werd gesloten en waarbij de Unie partij is (Recueil des traités des Nations unies, deel 1582, nr. 1 27627).

17. R.o. 35-40.

18. HvJ EG 4 oktober 1991, zaak C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd/Stephen Grogan en anderen*, Jur. 1991, p. I-04685.

19. HvJ EG 24 maart 1994, zaak C-275/92, *Her Majesty's Customs and Excise/Gerhart Schindler en Jörg Schindler*, Jur. 1994, p. I-01039.

In het arrest *Josemans* is het de vraag of een dienst die formeel-juridisch illegale componenten bevat (de eventuele levering van softdrugs als onderdeel van het ontvangen van diensten in een coffeeshop) wel onder het vrije verkeer valt. Deze vraag is van belang voor de afbakening van de werkingssfeer van het Unierecht. Als de nationale maatregel binnen de reikwijdte van het Unierecht valt, dan is het Hof van Justitie bevoegd tot uitlegging van het Unierecht en kan het de verhouding ten aanzien van de betwiste nationale maatregel nader bepalen. Dan komt de nationale maatregel ook binnen de werkingssfeer van de beginselen van het Unierecht en is het onder meer aan de lidstaten om aan te tonen dat eventuele beperkingen op het vrije verkeer te rechtvaardigen zijn.

In de procedure voor het Hof van Justitie stellen de Nederlandse, Belgische, Duitse en Franse regeringen, evenals de burgemeester van Maastricht, dat gezien het verbod op verkoop van verdovende middelen, de maatregel niet onder de reikwijdte van het Unierecht kan vallen. Josemans is daarentegen van mening dat het Nederlandse gedoogbeleid wel degelijk aan het Unierecht getoetst kan worden. De Europese Commissie stelt dat het Hof geen antwoord hoeft te geven op de prejudiciële vraag van de Afdeling met betrekking tot de verkoop van cannabis (r.o. 35). Op dit punt lijkt de Commissie zich aan te sluiten bij de interveniërende regeringen, al blijkt dit niet duidelijk uit de uitspraak.

Het Hof van Justitie benadrukt 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' (r.o. 36). Deze verhandeling is strikt gecontroleerd en zeer beperkt, en het aanbod van cannabis in de coffeeshops valt niet onder dit circuit. Het verbod op handel in verdovende middelen wordt verder bekrachtigd door internationale instrumenten waar de lidstaten zich bij hebben aangesloten of aan hebben meegewerkt (r.o. 37-38) en Unierechtelijke maatregelen (r.o. 39-40). Vervolgens bevestigt het Hof van Justitie de eerdere jurisprudentie:

'dat verdovende middelen die zich niet in een door de bevoegde autoriteiten strikt gecontroleerd circuit ten behoeve van gebruik voor medische en wetenschappelijke doeleinden bevinden, wegens hun aard onder een volstrekt invoer- en verhandelingsverbod in alle lidstaten vallen (...). Dat bepaalde lidstaten een verdovend middel als een softdrug beschouwen, kan dit niet opnieuw ter discussie stellen (...).

Daar het verboden is om verdovende middelen die geen deel uitmaken van een dergelijk strikt gecontroleerd circuit, in het economische en commerciële circuit van de Unie te brengen, kan de houder van een coffeeshop zich met betrekking tot de activiteit van verkoop van cannabis niet met een beroep op de verkeersvrijheden of op het beginsel van non-discrimi-

natie verzetten tegen een gemeentelijke regeling als die van het hoofdgeding.<sup>20</sup>

Dit is het hoofdargument van het Hof van Justitie: een coffeeshophouder kan zich niet beroepen op de vrijheden of het algemene beginsel van non-discriminatie om zich te verzetten tegen gemeentelijke maatregelen in de context van het gedoogbeleid van verdovende middelen.

### Het arrest Josemans in de context van eerdere jurisprudentie over ‘bedenklijke zaken’

Gezien de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot vrijegoederenverkeer en vrijedienstenverkeer in het circuit van verdovende middelen is deze conclusie wat betreft het vrije verkeer weinig verrassend. Zoals ook al naar voren kwam bij de Rechtbank Maastricht en de Afdeling, concludeerde het Hof van Justitie in de arresten *Eindberger*,<sup>21</sup> *Happy Family* en *Coffeeshop Siberië* dat cannabisproducten buiten de economische en commerciële handel in de interne markt vielen en derhalve ook de BTW-richtlijn niet van toepassing was. De toepassing van de BTW-richtlijn was echter een specifieke Europeesrechtelijke regeling, terwijl in de onderhavige zaak een meer algemene uitspraak werd gevraagd met betrekking tot de toepassing van de bepalingen van het vrije verkeer en non-discriminatie op de verkoop van cannabis. Wel verrassend is dat het Hof van Justitie het softdrugsbeleid niet in de werkingssfeer vindt vallen, voor wat betreft de toepassing van het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit en het Unieburgerschap.

Met betrekking tot prostitutie rees eerder de vraag of zulke activiteiten, die in sommige lidstaten illegaal zijn, onder de reikwijdte van het Gemeenschapsrecht vielen. Het verschil tussen prostitutie en softdrugsverhandeling is dat prostitutie in sommige lidstaten gelegaliseerd is, terwijl softdrugsgebruik of -verkoop in sommige landen gedoogd is, maar in de meerderheid van de lidstaten in ieder geval nog steeds formeel strafbare feiten zijn.<sup>22</sup> Zo oordeelde het Hof van Justitie in de zaak *Jany*<sup>23</sup> dat prostitutie onder de werkingssfeer van het Unierecht (in die specifieke zaak onder de werkingssfeer van de associatieovereenkomst tussen de Unie en Polen en Tsjechië) viel, omdat het bij prostitutie gaat om het verrichten van een dienst tegen een geldelijke vergoeding. De verwijzende rechter vroeg in deze zaak expliciet of prostitutie wel onder de reikwijdte van de associatieovereenkomst viel, aangezien het om een illegale en onzedelijke

activiteit zou gaan. Het Hof van Justitie stelt echter dat prostitutie in sommige lidstaten is toegestaan en gereguleerd en vervolgt met de beoordeling over de openbare orde als rechtvaardigingsgrond. Ook abortus is een dergelijke semilegale dienst, die in sommige lidstaten strafbaar is en in andere lidstaten gereguleerd en toegestaan onder voorwaarden. Ook dat weerhield het Hof van Justitie er niet van om abortus als zodanig als een medische dienst en economische activiteit te beschouwen.<sup>24</sup>

Het lijkt van doorslaggevend belang te zijn dat het bij dergelijke diensten gaat om een activiteit die in meerdere lidstaten legaal is, hetgeen verschilt met het gedoogbeleid ten aanzien van softdrugs. Het Hof van Justitie stelt dan ook dat anders dan bij de handel in verdovende middelen in de wetenschappelijke en medische sfeer die gelegaliseerd is, ‘de illegale handel, ook al wordt hij gedoogd, verboden blijft’ (r.o. 43).

Het Hof van Justitie houdt in de zaak *Josemans* daarmee vast aan de verwachte lijn van rechtspraak, gezien de eerdere zaken met betrekking tot softdrugs. Ook de advocaat-generaal was duidelijk van mening dat het softdrugsbeleid buiten de vrijheden van het Verdrag valt en stelt zijn mening over het gedogen van softdrugs niet onder stoelen of banken.

### De werkingssfeer van het Unierecht: Europees burgerschap en non-discriminatie op grond van nationaliteit

Zeer opmerkelijk is dat het Hof van Justitie het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit en het Unieburgerschap niet meeneemt in zijn beoordeling van de werkingssfeer van het Unierecht. In rechtsoverwegingen 52 en 53 stelt het Hof van Justitie dat het discriminatieverbod niet hoeft te worden getoetst nu artikel 56 VWEU het discriminatieverbod op grond van nationaliteit nader uitwerkt. Eenzelfde redenering geeft het Hof van Justitie om de regeling niet te toetsen aan het Europees burgerschap.

Dat het Hof van Justitie niet toetst aan de economische vrijheden kan worden gevolgd: goederen die ‘volstrekt’ verboden zijn om aan te bieden in de interne markt kunnen niet met een beroep op het vrije verkeer of als bestanddeel van het vrijedienstenverkeer alsnog in de economische ruimte worden gebracht. Overigens gaat het in *Josemans* om een beroep op gelijke behandeling ten aanzien van een dienst met eventuele illegale componenten.

Het feit dat er een volstrekt handelsverbod heerst, doet niet af aan het feit dat Nederlandse ingezetenen wel cannabis kunnen kopen en niet-ingezetenen niet, hetgeen duidelijk duidt op indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.

Het karakter van het discriminatieverbod op grond van nationaliteit, eventueel in combinatie met het Europees burgerschap, is anders, breder van karakter dan de eco-

20. R.o. 41-42, zie 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.

21. HvJ EG 28 februari 1984, zaak C-294/82, *Senta Einberger/Hauptzollamt Freiburg*, Jur. 1984, p. 1177.

22. Al wijzen Van den Bogaert en Rijpma (2010), p. 83 op het feit dat in Portugal het bezit en gebruik van cannabis zelfs niet langer strafbaar is (Lei No. 30/2000 van 29 november 2000, Diário da República/Série A, Nr. 276, p. 6829).

23. HvJ EG 20 november 2001, zaak C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany en anderen/Staatssecretaris van Justitie*, Jur. 2001, p. I-08615.

24. Abortus is bijv. verboden onder Iers recht. Ook het betoog van de *Society for the Protection of Unborn Children Ireland* dat abortus ‘volkomen immoreel’ is en derhalve niet onder de werkingssfeer van het Unierecht zou kunnen vallen, was niet succesvol.

nomische vrijheden. Hoewel artikel 18 WVEU een aanknopingspunt met Unierecht vereist, hoeft geen economische link met Europees recht te worden aangetoond. De toetsing van het algemene verbod op discriminatie op grond van nationaliteit vindt immers over het algemeen juist plaats buiten de toepassing van de bepalingen van het vrije verkeer.<sup>25</sup> Het discriminatieverbod op grond van nationaliteit kan in beginsel worden ingeroepen ten aanzien van situaties die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen. Die materiële werkingssfeer zou kunnen bestaan uit de verschillende Unieregelingen wat betreft verdovende middelen.

Daarnaast zou voor de toepassing van het Europees burgerschap een economisch aanknopingspunt met de interne markt niet vereist zijn. Al sinds het arrest *Martinez Sala* is het vaste rechtspraak dat 'een burger van de Europese Unie die (...) legaal op het grondgebied van de ontvangstlidstaat verblijft, zich op artikel 6 van het Verdrag [artikel 18 WVEU] kan beroepen in alle binnen de materiële werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallende situaties'.<sup>26</sup> Deze werkingssfeer wordt in ieder geval geactiveerd door het gebruik maken van het recht om vrij te reizen en te verblijven, dus (juist) niet door een link met de 'economische en commerciële circuit van de Unie'. Zo werden diverse niet-economische beleidsterreinen die ook gevoelig liggen bij de lidstaten door het Hof van Justitie getoetst op verboden discriminatie op grond van nationaliteit en zelfs op de belemmerende werking op het vrije verkeer van niet-economische Unieburgers. Zo heeft het Hof van Justitie zich bijvoorbeeld uitgesproken over de verstrekking van een gehandicaptenvignet,<sup>27</sup> de toegang tot onderwijs,<sup>28</sup> en de uitoefening van de bevoegdheid van lidstaten om de nationaliteit toe te kennen of in te trekken.<sup>29</sup>

Het gedogen van de verkoop van softdrugs heeft niettemin wel een ander karakter dan toegang tot onderwijs of gelijke behandeling met betrekking tot sociale voordelen. In die zin is het de vraag of een Unieburger van zijn recht om naar Nederland te reizen en daar te verblijven zal afzien, omdat hij of zij daar geen cannabis kan kopen. Voor de beoordeling van de werkingssfeer van het Unierecht zou een dergelijke afweging echter niet uit moeten maken. Die afweging zou passen binnen de rechtvaardigingstoets van de indirecte discriminatie van Unieburgers. Dat het Hof van Justitie in de zaak *Josemans* de vraag naar eventuele strijdigheid met Europees burger-

schap laat liggen is in het licht van het arrest *Zambrano*<sup>30</sup> van maart dit jaar helemaal bijzonder. In die zaak is het Hof van Justitie bepaald niet terughoudend om aan het Europees burgerschap te toetsen, zelfs in situaties die ogenschijnlijk een interne situatie betreffen. Het Hof van Justitie oordeelt in die zaak zelfs dat zonder een grensoverschrijdend aanknopingspunt, het Europees burgerschap voldoende link met het Unierecht vormt zodat de situatie binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, op grond van de status van het Europees burgerschap, dat de fundamentele status zou moeten zijn van onderdanen van de lidstaten.

Het Hof van Justitie spreekt zich niet uit over de indirecte discriminatie die uit het ingezetenen criterium voortvloeit, omdat de maatregel niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht zou vallen. Het afwegen van de belemmering *an sich* van het recht om vrij te reizen en te verblijven (en het niet kunnen aanschaffen van softdrugs) tegen het doel om drugstoerisme en de bijbehorende overlast te verminderen zou goed kunnen plaatsvinden in de sfeer van de evenredigheidstoetsing. Een beroep op de openbare orde en veiligheid zou in de zaak *Josemans* waarschijnlijk wel succesvol zijn, maar die toets zou dan wel principieel in de context van het Unierecht plaatsvinden.

#### Nevenverkoop onder reikwijdte vrij verkeer van diensten

Vervolgens verschuift de aandacht in het arrest naar de verkoop van alcoholvrije dranken en eetwaren in de coffeeshops. Hier belanden we op het schemergebied tussen gebruik van recht en misbruik van recht waar advocaat-generaal Bot naar lijkt te hinten in zijn conclusie door met zoveel woorden te stellen dat met een geslaagd beroep op het vrijverkeerrecht in deze zaak de belangen van de drugshandel zouden kunnen worden gediend. Gaat het hier nu werkelijk om de verkoop van koffie, cake en thee of om de gestelde grenzen aan het gedoogbeleid te omzeilen via een beroep op Unierecht?

Josemans heeft in de nationale beroepsprocedure in ieder geval reeds betoogd dat het ontzeggen van de toegang tot coffeeshops voor niet-ingezetenen een onderscheid vormt dat in strijd is met het vrije verkeer van goederen en/of diensten, omdat EU-onderdanen die niet in Nederland woonachtig zijn ook geen etenswaren of non-alcoholische drank kunnen kopen in zijn coffeshop. De burgemeester van Maastricht, de Nederlandse, de Belgische en de Franse regering proberen dit aspect in het geheel weg te houden van de beoordeling door het Hof van Justitie: deze verkoop is volstrekt bijkomstig en daarom kan een antwoord op die vraag geen invloed hebben op de oplossing van het hoofdeding. Het Hof van Justitie gaat daar niet in mee, in tegenstelling tot advocaat-generaal Bot die vindt dat 'gelet op het feit dat de verkoop van legale gebruikswaaren slechts een verwaarloosbaar klein en bijkomend deel vormt' het 'artificieel [is] om het onderzoek van de verenigbaarheid van

25. Al in 1989 stelde het Hof van Justitie ten aanzien van art. 18 WVEU dat dit discriminatieverbod slechts autonoom toepassing kan 'vinden in gevallen waarin het gemeenschapsrecht wel geldt, maar waarvoor het Verdrag niet in bijzondere discriminatieverboden voorziet', HvJ EG 30 mei 1989, zaak C-305/87, *Commissie van de Europese Gemeenschappen/Helleense Republiek*, Jur. 1989, p. 01461, r.o. 13.

26. HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-85/96, *María Martínez Sala/Freistaat Bayern*, Jur. 1998, p. I-02691, r.o. 63.

27. HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-103/208, *Arthur Gottwald/Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, Jur. 2009, p. I-09117.

28. HvJ EU 13 april 2010, zaak C-73/08, *Nicolas Bressol e.a. en Céline Chaverot e.a./Gouvernement de la Communauté Française*, n.n.g.

29. HvJ EU 2 maart 2010, zaak C-135/08, *Janko Rottman/Freistaat Bayern*, n.n.g.

30. HvJ EU 8 maart 2011, zaak C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi (ONEm)*, n.n.g.

de litigieuze maatregel te splitsen naargelang het om de ene dan wel om de andere activiteit gaat.<sup>31</sup> Het Hof van Justitie ziet dat dus anders en blijkt gevoelig voor de tweedeling in het aanbod van coffeeshops in legale en niet-legale producten en diensten. Deze vaststelling is volledig in lijn met eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie wat betreft de reikwijdte van het dienstenbegrip, dat steeds ruim is uitgelegd.

Het vrije goederenverkeer is hier ‘volledig bijkomstig’ ten opzichte van het vrijedienstenverkeer, zodat het Hof van Justitie besluit alleen deze materie vanuit het vrijedienstenverkeer te onderzoeken en omdat artikel 56 VWEU een nadere uitwerking is van het algemene discriminatieverbod op grond van nationaliteit hoeft alleen te worden getoetst aan het vrije dienstenverkeer. Het Hof van Justitie komt tot de conclusie dat het aanbieden van cannabis niet binnen de werkingssfeer van de bepalingen van het vrije verkeer en het discriminatieverbod valt, maar dat het aanbieden van horecadiensten in diezelfde coffeeshops wel gekwalificeerd kan worden als een economische dienst in de zin van artikel 56 VWEU (r.o. 54).

#### Rechtvaardiging van de belemmering van horecadiensten door coffeeshops

Het Hof van Justitie herhaalt zijn vaste rechtspraak dat onder de reikwijdte van artikel 56 VWEU ‘niet alleen zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit’ vallen, ‘maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die, door toepassing van andere onderscheidingscriteria, in feite tot hetzelfde resultaat leiden’(r.o. 58). Van een verkapte vorm van discriminatie is met name sprake in het geval van ‘een maatregel die als onderscheidend criterium de woon- of verblijfplaats hanteert, omdat dit hoofdzakelijk ten nadele van burgers van andere lidstaten kan werken, voor zover niet-ingezetenen meestal niet-staatsburgers zijn’ (r.o. 59). Het Hof van Justitie vervolgt dat moet worden onderzocht of een beperking objectief kan worden gerechtvaardigd door legitieme belangen die door het Unierecht zijn erkend. Als rechtvaardiging van de belemmering van het ontvangen van horecadiensten in coffeeshops stelt de burgemeester van Maastricht, evenals de Nederlandse regering, dat de belemmering te rechtvaardigen is uit hoofde van de openbare orde en veiligheid en het tegengaan van drugstoerisme. De Commissie erkent het belang van bestrijding van drugstoerisme, maar betoogt in dit verband toch dat de rechtvaardigingsgronden *in casu* beperkt dienen te blijven tot een van de Verdragsrechtvaardigingsgronden (art. 62 VWEU jo. 52 VWEU), omdat de Nederlandse maatregel discriminerend van aard is. Dat is in lijn met de ‘klassieke leer’ die inhoudt dat een beroep op de zogenoemde *rule of reason* rechtvaardigingsgronden alleen openstaat bij niet-discriminatoire maatregelen. Daarbij moet overigens worden opgemerkt dat het Hof van Justitie in diverse zaken deze klassieke benadering heeft losgelaten en ook op indirect

discriminerende maatregelen een beroep op *rule of reason* rechtvaardigingsgronden accepteerde.<sup>32</sup> De positie van de Commissie is hier wat ambivalent ten opzichte van haar eerdere positie ten aanzien van de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag. Daar stelt de Commissie nog dat beantwoording van die vraag niet noodzakelijk is voor de afdoening van de zaak. Ten aanzien van de rechtvaardiging van de bovengenoemde belemmering op het vrije dienstenverkeer hangt de Commissie een strikte, klassiek Europeesrechtelijke benadering aan: indirect discriminerende maatregelen mogen maar beperkt worden gerechtvaardigd, alleen uit oogpunt van de publieke belangen zoals genoemd in Verdragsrechtvaardigingsgronden.

In de onderhavige zaak gaat het Hof van Justitie niet expliciet in op de vraag naar de betekenis van het onderscheid tussen Verdragsrechtvaardigingen en de *rule of reason*, maar leest tussen de regels van de Verdragsuitzonderingen de *rule of reason* rechtvaardiging van de noodzaak van drugsbestrijding:

‘Opgemerkt zij dat het tegengaan van het drugstoerisme en de daarmee gepaard gaande overlast een onderdeel is van de drugsbestrijding. Zij houdt verband met de handhaving van de openbare orde alsook met de bescherming van de gezondheid van de burgers, zowel op het niveau van de lidstaten als op dat van de Unie.’<sup>33</sup>

In feite leest het Hof van Justitie daarmee een *rule of reason* (drugsbestrijding) in de context van de Verdragsrechtvaardigingsgronden openbare orde en volksgezondheid. Gezien het standpunt van de Commissie had het Hof van Justitie in kunnen gaan op het onderscheid tussen de *rule of reason* en de Verdragsrechtvaardigingsgronden. Het Hof van Justitie blijft hierover stil, maar accepteert toch drugsbestrijding als rechtvaardigend publiek belang.

Wanneer de toetsing puur binnen de Verdragsrechtvaardigingsgronden had plaatsgevonden was de uitkomst daarvan mogelijk anders uitgevallen, nu de openbare orde en veiligheid restrictief horen te worden uitgelegd. Zo blijkt uit vaste rechtspraak dat de openbare orde kan worden ingeroepen bij een ‘werkelijke, genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving schaadt’.<sup>34</sup> Uit de *Calfa*-zaak, naar aanleiding van een levenslang verblijfsverbod in Griekenland opgelegd aan een Italiaanse toerist na softdrugsgebruik op Kreta, kan bijvoorbeeld worden afgeleid dat het gedrag dat de openbare orde in gevaar

31. Conclusie van A-G Bot in zaak C-137/09, *Marc Michel Josemans tegen Burgemeester van Maastricht*, n.n.g, overweging 111.

32. Zie daarover bijv. C. Timmermans, ‘Creative Homogeneity’, in: M. Johansson, N. Wahl, U. Bernitz (red.), *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg. A European for all seasons*, Bruxelles: Bruylant 2006, p. 471-484, W.T. Eijsbouts e.a., *Europees recht. Algemeen Deel*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 102 en H. van Eijken, ‘Zijn er nog grenzen aan gelijkheid? – de spanning tussen de gelijke behandeling van Unieburgers versus de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en lidstaten’, *NTER* 2010/6, p. 185.

33. R.o. 65.

34. HvJ EG 27 oktober 1977, zaak 30/77, *Regina/Pierre Bouchereau*, *Jur.* 1977, p. 1999, r.o. 35.

brenkt steeds per individueel geval moet worden beoordeeld.<sup>35</sup> Bij de beoordeling van het begrip ‘openbare orde’ in het kader van het dienstenverkeer wordt echter meer ruimte gelaten voor de lidstaten.<sup>36</sup> In de recente zaak *Sayn-Wittgenstein*<sup>37</sup> lijkt het Hof van Justitie behoorlijke ruimte te geven voor lidstatelijke keuzes om in bepaalde gevallen de openbare orde in te roepen als rechtvaardigingsgrond. Zo stelt het Hof van Justitie dat ‘de specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde kunnen rechtvaardigen, naar lidstaat en tijdstip kunnen verschillen. In dit verband komt de bevoegde nationale autoriteiten dus een beoordelingsmarge toe, binnen de door het Verdrag gestelde grenzen’.<sup>38</sup>

In het kader van de rechtvaardigingstoetsing is het de vraag of vol te houden is dat door de toegang tot coffeeshops voor niet-ingezetenen te beperken de overlast van softdrugsgebruik zal verminderen. Bovendien is moeilijk aan te wijzen dat deze overlast met name afkomstig is van niet-ingezetenen. Ook de Commissie wijst op dat punt en stelt dat betwijfeld kan worden of het ingezetenen criterium coherent en noodzakelijk is. Volgens het Hof van Justitie is deze situatie anders dan de zaak *Adoui*,<sup>39</sup> waarin werd bepaald dat een lidstaat geen succesvol beroep kan doen op de openbare orde wanneer het geen maatregelen tegen deze activiteiten door zijn eigen onderdanen treft. Die zaak betrof prostitutiediensten, die in sommige lidstaten legaal en gereguleerd zijn, terwijl softdrugsverkoop gedoogd is, maar nog steeds illegaal.

Het Hof van Justitie concludeert dat het niet incoherent is om de toestroom van drugstoerisme en de overlast die daarmee gepaard gaat, te beperken door een ingezetenen criterium te hanteren. Ook als dat indirect discriminerend is. Daarbij verwijst het Hof van Justitie naar het feit dat Unieburgers die woonachtig zijn in andere lidstaten weliswaar geen etenswaren of een drankje kunnen nuttigen in de Maastrichtse coffeeshops, maar dat zij wel toegang hebben tot de circa 500 ‘reguliere’ horecagelegenheden van Maastricht. Maar het gaat hier wel om de belemmering voor Unieburgers uit andere lidstaten om legale horecadiensten te ontvangen in coffeeshops, die uit oogpunt van de drugsbestrijding dus als het ware door het Hof van Justitie wordt gedoogd.

35. HvJ EG 19 januari 1999, zaak C-348/96, *Strafzaak tegen Donatella Calfa*, Jur. 1999, p. I-11. In die zaak ging het echter om het uitzetten van Unieburgers van een andere nationaliteit, *in casu* gaat het niet om een individu aan wie de toegang wordt ontzegd, maar om een bepaling die een coffeeshophouder verbiedt om niet-ingezetenen toe te laten.

36. C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 378 en 463-473.

37. HvJ EU 22 december 2010, zaak C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*, n.n.g.

38. HvJ EU 22 december 2010, zaak C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*, n.n.g., par. 87, zie ook HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Jur. 2004, p. I-09609, r.o. 31.

39. HvJ EG 18 mei 1982, gevoegde zaken 115/81 en 116/81, *Rezguia Adoui/Belgische Staat en Stad Luik; Dominique Cornuaille/Belgische Staat*, par. 8 en 9.

### Evenredigheid van het ingezetenen criterium

De tweede en vierde prejudiciële vraag van de Afdeling richten zich expliciet op toetsing aan het evenredigheidsbeginsel: is het verbod tot toelating van niet-ingezetenen tot coffeeshops een geschikt en proportioneel middel om het drugstoerisme en de daarmee samenhangende overlast terug te dringen? De Afdeling noemt daarbij expliciet naar haar oordeel ‘minder ingrijpende maatregelen’ dan een ingezetenen criterium zoals een beperking van openingstijden of een pasjessysteem.<sup>40</sup> Is het dan nog wel noodzakelijk op dit punt prejudicieel te verwijzen en deze beoordeling over te laten aan het Hof van Justitie? Deze knoop had de Afdeling best zelf kunnen doorhakken. De uitspraak van het Hof van Justitie doet echter het tegendeel suggereren. Het Hof van Justitie is opmerkelijk resoluut, en wat eenzijdig, in zijn toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Het zoekt daarbij letterlijk aansluiting bij de positie van de Nederlandse regering en de burgemeester van Maastricht. Het Hof is daarmee milder dan de Afdeling voor de maatregel van de gemeente Maastricht. Volgens de Nederlandse regering en de burgemeester van Maastricht zijn minder discriminerende maatregelen als een ‘wietpas’ of een beperking van de openingstijden en vermindering van het aantal coffeeshops niet voldoende om de overlast van softdrugsgebruikers te verminderen. Het Hof van Justitie concludeert ‘in casu bevat het dossier niets waaruit kan worden opgemaakt dat door niet-ingezetenen toegang tot coffeeshops te verlenen maar de verkoop van cannabis aan hen te verbieden het nagestreefde doel op dezelfde wijze kan worden bereikt als met de regeling aan de orde in het hoofdeding.’ (r.o. 81)

Neemt het Hof van Justitie daarmee het oordeel van de Afdeling ten aanzien van de alternatieven voor een ingezetenen criterium in de verwijzingsuitspraak wel serieus? De nationale rechter is geen partij in de procedure voor het Hof van Justitie, maar de Nederlandse regering is geen partij voor de Afdeling in deze zaak. Doordat het Hof van Justitie zich zoveel gelegen laat liggen aan het oordeel van de Nederlandse regering en de burgemeester van Maastricht in deze zaak, is het vraag of daarmee nog wel een nuttige beantwoording wordt gegeven aan de Afdeling voor de beslechting van het geschil. Deze komt in ieder geval onder druk te staan. Bovendien laat het Hof van Justitie maar weinig ruimte om tot een andere eindbeoordeling te komen dan het evenredig verklaren van het ingezetenen criterium, terwijl de verantwoordelijkheid voor deze eindbeoordeling bij de Afdeling ligt en niet bij het Hof van Justitie.

Materieel is de evenredigheidstoetsing van het Hof van Justitie dus gewoonweg bijzonder mild ten aanzien van de APV, in aanmerking genomen dat een zogenoemde wietpas, waarbij gebruikers een pasje op naam krijgen en dus gecontroleerd en geïdentificeerd kunnen worden, een minder vergaande belemmering vormt en eveneens de overlast zou kunnen verminderen. Anderzijds heeft het Hof van Justitie natuurlijk gelijk dat een belemmering van het ontvangen van horecadiensten in coffee-

40. Verwijzingsuitspraak, r.o. 2.10.2.



shops, misschien niet te zwaar moet worden opgevat aangezien er diverse plaatsen zijn in Maastricht waar ook Unieburgers uit andere lidstaten kunnen genieten van een hapje en een drankje.

## Tot slot

Is het nu een ‘echte’ zaak of een *testcase* met louter juridische grensverkenningen? Misschien is het een combinatie van beide. Advocaat-generaal Bot lijkt het in wezen geen zaak te vinden. Hij benadrukt dat de zaak een ‘geloofwaardige en realistische benadering’ vereist,<sup>41</sup> maar staart zich tegelijkertijd blind op de noodzaak van de Europese drugsbestrijding en de kennelijke gevaren van het Nederlandse gedoogbeleid.<sup>42</sup>

In ieder geval verdient de zaak aandacht, alleen al vanwege het feit dat de grenzen van het Unierecht worden opgezocht. Het is opmerkelijk dat in deze zaak het Hof van Justitie en in het bijzonder advocaat-generaal Bot in aanpak de nadruk zo zwaar leggen op de drugsbestrijding. In tegenstelling tot andere gevoelige sectoren (denk bijv. aan de rechtspraak over kansspelen, prostitutie en lasergames) waar het Hof van Justitie wel uitgaat van het vrijverkeerrecht als richtinggevend reguleringskader. De prejudiciële vragen van de Afdeling zijn dan ook gericht op de vraag of het Nederlandse softdrugsbeleid onder de reikwijdte van het vrije verkeer valt, niet of dit beleid strookt met het Europese kader van drugsbestrijding en dat is dus duidelijk een andere invalshoek. Is dat nog wel een nuttige beantwoording van de prejudiciële vragen voor de beslechting van het geschil voor de Afdeling? Van belang voor het oordeel van het Hof van Justitie lijkt te zijn dat softdrugs, buiten het strikt gereguleerde kader, geen handelswaar kunnen zijn en dus uitgesloten zijn van de Unierechtelijke vrijheden. Als gevolg daarvan valt de verkoop van softdrugs niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht, hoewel daar met betrekking tot niet-economisch geënte bepalingen wel kanttekeningen bij kunnen worden geplaatst. Dat het Hof van Justitie niet ingaat op de vraag of het toegangsbeleid tot coffeeshops onder de reikwijdte van het Unieburgerschap en non-discriminatie valt is zeer opmerkelijk, met name omdat het Hof van Justitie softdrugshandel beoordeelt in een economische context. Een dergelijke benadering zou de bepalingen van het Unieburgerschap en non-discriminatie op grond van nationaliteit echter niet uit hoeven te sluiten. Het Hof van Justitie legt nadruk – met name overigens de advocaat-generaal – op het belang van drugsbestrijding, dus lijkt het Hof van Justitie niet enkel een formele economische benadering voor te staan. Daarmee had het Hof van Justitie dus ook een duidelijk niet-economisch argument in handen om te concluderen dat beperkende regelingen met betrekking tot verdovende middelen niet met

een beroep op Unierecht kunnen worden aangevochten, eventueel binnen een rechtvaardiging- en evenredigheidstoetsing. Tegelijkertijd moet toch ook wel worden geapprecieerd dat het Hof van Justitie met deze beslissing oog houdt en ruimte biedt voor lidstatelijke overlastmaatregelen om grensoverschrijdende overlast tegen te gaan.

De belangrijkste vraag uit het arrest *Josemans* is hoever de reikwijdte van het Europese recht strekt. De lidstaten kunnen wat dat betreft opgelucht ademhalen. Er blijven zowaar nationale beleidsterreinen die niet onder die werkingssfeer vallen en waar lidstaten dus zonder begrenzing van het Unierecht beleid kunnen vaststellen. In dit geval strookt de nationale regeling met de doelstellingen uit de Europese context, namelijk het beperken van overlast voortkomend uit softdrugstoerisme. Doordat het Hof van Justitie het softdrugsbeleid buiten de werkingssfeer van het Europese recht plaatst, zou een verruiming van het softdrugsbeleid evenmin onder werkingssfeer van het Unierecht vallen, hoewel er dan wel een strijdigheid met de doelstelling van drugsbestrijding in de Europese context zou kunnen ontstaan.

De focus op de drugsbestrijding maakt, anderzijds, dat niet valt uit te sluiten dat de druk op Nederland toeneemt om zijn gedoogbeleid nader aan te scherpen of aan te passen in het licht van het Unierecht. Of het Nederlandse gedoogbeleid via de noodremprocedure van artikel 83 lid 3 VWEU als fundamenteel aspect van het Nederlandse strafrechtstelsel kan worden aangemerkt, is in ieder geval na het arrest *Josemans* twijfelachtig.

Interessant is wat de Afdeling gaat doen met het oordeel van de rechtbank dat er nog steeds sprake blijft van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit dat verboden is op grond van artikel 1 Grondwet. Gezien de verwijzingsuitspraak zal de Afdeling de invoering van de wietpas waarschijnlijk als redelijk reguleringsalternatief zien. Die pas zou dan, volgens het nationale verbod op discriminatie op grond van nationaliteit, onder voorwaarden ook aan niet-ingezetenen moeten worden verstrekt. Hoewel er Europeesrechtelijk gezien geen vuiltje aan de lucht is, lijkt het voorstel van de regering om de pasjes alleen aan Nederlandse ingezetenen te geven dan ook niet zonder meer haalbaar.

41. Zie conclusie van A-G Bot in zaak C-137/09, *Marc Michel Josemans/Burgemeester van Maastricht*, n.n.g, overweging108.

42. Vgl. de typerende overweging 2 van de conclusie van A-G Bot in zaak C-137/09, *Marc Michel Josemans/Burgemeester van Maastricht*, n.n.g