

APPÈLDAGVAARDING IN KORT GEDING

Heden, de negenentwintigste december tweeduizendacht (29 december 2008), ten verzoeken van:

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid “**Vereniging Landelijk Overleg Smartshops**”, statutair gevestigd te Baarn,
2. de vennootschap onder firma “●”, gevestigd te ●,
3. ●, wonende te ●,
4. ●, wonende te ●,
5. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,
6. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,
7. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,
8. de vennootschap onder firma “●”, gevestigd te ●,
9. ●, wonende te ●,
10. ●, wonende te ●,
11. ●, wonende te ●,
12. de rechtspersoon naar buitenlands recht “●”, statutair gevestigd te ●,
13. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,
14. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,
15. de vennootschap onder firma “●”, gevestigd te ●,
16. ●, wonende te ●,
17. ●, wonende te ●,
18. de vennootschap onder firma “●”, gevestigd te ●,
19. ●, wonende te ●,
20. ●, wonende te ●,
21. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,

22. de vennootschap onder firma “●”, gevestigd te ●,
23. ●, wonende te ●,
24. ●, wonende te ●,

25. de vennootschap onder firma “●”, gevestigd te ●,

26. de vennootschap onder firma “●”, h.o.d.n. “●”, gevestigd te ●,
27. ●, wonende te ●,
28. ●, wonende te ●,

29. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,

30. de vennootschap onder firma “●”, h.o.d.n. “●”, gevestigd te ●,
31. ●, wonende te ●,
32. ●, wonende te ●,

33. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,

34. de besloten vennootschap “●”, h.o.d.n. “●”, statutair gevestigd te ●,

35. de vennootschap onder firma “●”, gevestigd te ●,
36. ●, wonende te ●,
37. ●, wonende te ●,

38. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,

39. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,

40. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,
41. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,
42. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,
43. de besloten vennootschap “●” h.o.d.n. ●, statutair gevestigd te ●,

44. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,

45. de vennootschap onder firma “●”, gevestigd te ●,
46. ●, wonende te ●,
47. ●, wonende te ●,

48. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,

49. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,

50. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,
51. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,
52. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,
53. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,
54. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,
55. ●, h.o.d.n. “●,” wonende te ●,
56. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,
57. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,
58. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,
59. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,
60. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,
61. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,
62. de vennootschap onder firma “●”, gevestigd te ●,
63. ●, wonende te ●,
64. de besloten vennootschap “●”, statutair gevestigd te ●,
65. ●, h.o.d.n. “●”, wonende te ●,
66. ●, wonende te ●,
67. ●, wonende te ●,
68. ●, wonende te ●,
de verzoekers sub 66 tot en met 68 tezamen vennoten in ●, gevestigd te ●,

welke verzoekers alle(n) te dezer zake mede woonplaats kiezen aan de Javastraat 22 te (2585 AN) Den Haag, ten kantore van Van der Feltz advocaten, van wie Mr W.J.E. van der Werf en Mr W.I. Koelewijn als advocaten optreden en waarvan Mr W.J.E. van der Werf zich als zodanig zal stellen,

heb ik,

AAN:

de Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), zetelend te 's-Gravenhage aan de Kazernestraat 52, ten parkette van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, aldaar mijn exploit doende en afschrift dezes latende aan:

AANGEZEGD:

dat de verzoekers voornoemd hoger beroep instellen tegen het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 28 november 2008, in kort geding gewezen in de zaak met zaak-/rolnummer: 324464 / KG ZA 08-1486, tussen verzoekers als appellanten en de Staat der Nederlanden voornoemd als geïntimeerde;

GEDAGVAARD:

om op **dinsdag de dertiende januari tweeduizendnegen** (13 januari 2009) **des voormiddags te 10.00 uur**, al dan niet vertegenwoordigd door een advocaat, te verschijnen ter openbare terechtzitting van het Gerechtshof te 's-Gravenhage, die alsdan gehouden wordt in het paleis van justitie aan de Prins Clauslaan 60 te 's-Gravenhage;

MET VERMELDING:

dat om een **spoedbehandeling** wordt verzocht als bedoeld in artikel 10.1 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven, omdat - mede ten gevolge van voornoemd vonnis van de Voorzieningenrechter - de door appellanten bestreden Algemene Maatregel van Bestuur strekkende tot wijziging van lijst I en II, behorende bij de Opiumwet, in verband met de plaatsing op lijst I van oripavine en in verband met plaatsing op lijst II van hallucinogene paddenstoelen, per 1 december 2008 in werking is getreden, ten gevolge waarvan appellanten sinds die datum niet langer in staat zijn de teelt en verkoop van hallucinogene paddenstoelen voort te zetten en aldus ernstig financieel nadeel ondervinden, welke schade bij het onverkort voortduren van het verbod zal toenemen, zodanig dat allengs meer verzoekers hun bedrijfsvoering zullen moeten staken; en voorts omdat ten aanzien van de handhaving van het verbod dat ligt besloten in voornoemde

AMvB zodanige rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid bestaat, dat een langer uitstel niet geduld kan worden;
en tenslotte omdat met de Staat der Nederlanden uitdrukkelijk is overeengekomen, dat deze zich niet zal verzetten tegen een spoedbehandeling mits het onderhavige appèl zal worden aangebracht ter rolle van het Gerechtshof van 13 januari 2009, zoals waarover het Gerechtshof bij faxbrief van 24 december 2008 door voornoemde advocaat van appellanten is geïnformeerd;

TENEINDE:

op de hierna volgende aan te voeren grieven in appèl te horen eis doen en concluderen als volgt:

1. INLEIDING, PROCESVERLOOP

1. Bij inleidende dagvaarding van 21 november 2008 hebben appellanten (hierna in enkelvoud te noemen de “Vlos c.s.”) de Staat der Nederlanden (hierna te noemen: de “Staat”) onder gelijktijdige toezending van een 39 producties doen dagvaarden om op 25 november 2008 te verschijnen ter zitting van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage.
2. De Staat heeft bij brief van 24 november 2008 een drietal producties in het geding gebracht.
3. De Vlos c.s. heeft bij fax van dezelfde namiddag nog één aanvullende productie in het geding gebracht namelijk een e-mail van Prof. Dr. Th.W. Kuyper van de Wageningen Universiteit van eveneens 24 november 2008 (hierna aan te duiden als doorgenummerde **productie 39a** zijdens de Vlos c.s).
4. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 25 november 2008. De Voorzieningenrechter heeft op 28 november 2008 door middel van een verkort vonnis uitspraak gedaan, waarbij de vorderingen van de Vlos c.s. zijn afgewezen en de VLOS c.s. is veroordeeld in de kosten. Het vonnis is nadien uitgewerkt.

2. SPOEDAPPÈL

5. Met het onderhavige spoedappèl wenst de Vlos c.s. in hoger beroep te komen van het vonnis van de Voorzieningenrechter d.d. 28 november 2008. Voor het verzoek om een spoedbehandeling en de motivering daarvan wordt verwezen naar de in de aanhef van de dagvaarding genoemde vermelding.
6. De Vlos c.s. zal bij het aanbrengen van de zaak op de rol van het Gerechtshof het procesdossier in eerste aanleg alsmede de hierna te noemen producties in het geding

brengen.

7. De Vlos c.s. verzoekt al hetgeen zij in eerste aanleg heeft gesteld als hier herhaald en ingelast te beschouwen, tenzij hierna expliciet van het eerder gestelde wordt afgeweken of daarop wordt teruggekomen.
8. De Vlos c.s. betwist al hetgeen de Staat in eerste instantie heeft gesteld, voor zover hierna niet uitdrukkelijk van erkenning wordt blijk gegeven.
9. De Vlos c.s. beseft dat de voorliggende AMvB een besluit van de Kroon en niet van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn (de “Minister van VWS”) betreft. Aangezien evenwel vooral de Minister van VWS het besluit heeft voorbereid en ook de Voorzieningenrechter in diens vonnis met name spreekt over de Minister van VWS en niet over de Kroon, wordt hierna gemakshalve en omwille van de overzichtelijkheid steeds gesproken van de “Minister van VWS”, hoewel zulks strikt genomen niet in alle gevallen juist zal zijn.

2. KERN VAN DE GRIEVEN

10. Kern van de grieven tegen het vonnis van de Voorzieningenrechter d.d. 28 november 2008 is dat de Voorzieningenrechter ten onrechte niet tot het oordeel is gekomen dat het paddoverbod onmiskenbaar onverbindend is.
11. De Vlos c.s. is van mening dat sprake is van een zuiver politiek besluit dat is gebaseerd op enkele zeer ernstige incidenten die telkenmale in het maatschappelijke en politieke debat ten onrechte in causaal verband met paddogebruik zijn en worden gebracht. Hoewel de Voorzieningenrechter juist het ontbreken van dit causale verband als vaststaand feit aanneemt, worden daaraan niet de juiste conclusies verbonden.
12. De Voorzieningenrechter gaat in zijn vonnis namelijk ten onrechte voorbij aan de omstandigheden dat:
 - dat artikel 3a lid 2 van de Opiumwet bestaat uit cumulatieve criteria en dat die cumulatieve criteria niet zijn vervuld;
 - de mogelijkheid om via artikel 3a lid 2 Opiumwet blijkens de parlementaire geschiedenis bij de Opiumwet nimmer bedoeld is als een laagdrempelig criterium, waaraan de Minister van VWS vrij snel zou kunnen voldoen;
 - de Minister van VWS ten onrechte één element uit een onderzoek van de Amerikaanse onderzoeker Prof. Dr. R.R. Griffiths aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd, zonder in de toelichting een volledig beeld van de onderzoeksresultaten te schetsen en zonder zich af te vragen of die onderzoeksresultaten in hun geheel wel tot de conclusie konden leiden, dat sprake was van vervulling van het criterium dat “gebleken moet zijn” van mogelijke schade aan de gezondheid en de samenleving;

- in het kader van de totstandkoming van de besluitvorming onvoldoende rekening is gehouden met alle bezwaren tegen en consequenties van een verbod;
- het paddoverbod daarmee onvoldoende toereikend is gemotiveerd;
- het paddoverbod voorts strijdig is met het stelsel van het Psychotrope Stoffen Verdrag;
- de geraadpleegde wetenschappers zonder enige uitzondering aangeven dat de lijst met verboden paddenstoelen op volstrekt onwetenschappelijke wijze tot stand is gekomen en bovenal niet geschikt is om hallucinogene paddenstoelen aan te wijzen;
- ten onrechte geen rekening is gehouden met de belangen van de onevenredig benadeelden van het verbod, hetgeen in strijd is met het eenieder verbindende artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*;
- het paddoverbod tenslotte in strijd komt met de Grondwet en de algemene rechtsbeginselen, doordat via een AMvB de Opiumwet wordt gewijzigd.

13. De grieven tegen het vonnis zullen hierna, voorzien van een toelichting, afzonderlijk worden besproken.

3. DE GRIEVEN EN DE TOELICHTING DAAROP

3.1 Eerste grief

14. Ten onrechte heeft de Voorzieningenrechter in r.ov. 4.5 het navolgende overwogen:

“4.5 (...) Op grond van artikel 3a lid 2 Opiumwet kunnen bij algemene maatregel van bestuur aan lijst II middelen worden toegevoegd indien gebleken is dat de middelen het bewustzijn van de mens beïnvloeden en bij gebruik kunnen leiden tot schade bij de mens aan zijn gezondheid en tot schade aan de samenleving. Aangezien niet ter discussie staat dat paddo's het bewustzijn van de mens beïnvloeden, resteert de vraag of het gebruik van paddo's kan leiden tot schade bij de mens aan zijn gezondheid en tot schade aan de samenleving.”

15. De Voorzieningenrechter miskent met dit oordeel ten onrechte dat op grond van artikel 3a lid 2 Opiumwet bij AMvB middelen aan lijst I of II, behorende bij de Opiumwet kunnen worden toegevoegd indien “is gebleken” dat:

1. deze het bewustzijn van de mens beïnvloeden; en
2. bij gebruik kunnen leiden tot schade aan zijn gezondheid; en
3. schade voor de samenleving.

16. Bij de uitleg van deze beoordelingscriteria lijkt de Voorzieningenrechter de onjuiste interpretatie van de Staat te volgen. De Staat heeft onder nr. 4.2.6 van de pleitnota aangevoerd dat de letterlijke tekst van deze bepaling en de bedoeling van de wetgever meebrengen dat de zinsnede ‘is gebleken’ uitsluitend ziet de bewustzijnsbeïnvloedende eigenschap van het op een van de lijsten te plaatsen middel.

17. Deze uitleg zou in de visie van de Staat dan ook betekenen dat op lijst I en lijst II bewustzijnsbeïnvloedende middelen kunnen worden toegevoegd, zonder dat is gebleken dat deze middelen kunnen leiden tot schade aan de gezondheid van de gebruiker en zonder dat *is gebleken* dat het gebruik van de middelen kan leiden tot schade voor de samenleving.

18. Voor zover de Voorzieningenrechter deze interpretatie van art. 3a lid 2 Opiumwet volgt is deze evenwel om de navolgende twee redenen onjuist:

19. Ten eerste volgt uit het hierna sub 58 gestelde dat tussen partijen wel degelijk ter discussie staat dat gebleken is dat de in lijst genoemde paddenstoelen het bewustzijn beïnvloeden. Zoals hierna zal blijken, is bij een groot aantal van de in de lijst opgenomen paddenstoelen nimmer gebleken dat zij psilocine of psilocibine bevatten. In zoverre kan ten aanzien van die paddenstoelen niet worden gesteld dat gebleken is dat zij het bewustzijn beïnvloeden en is derhalve niet aan het criterium van artikel 3a lid 2

Opiumwet voldaan.

20. Ten tweede volgt uit de letterlijke tekst van de wet dat het woord 'gebleken' ook ziet op de voorwaarden 'schade aan de gezondheid' en 'schade voor de samenleving'. De juistheid van deze interpretatie kan eenvoudig worden aangetoond. Volgens de Staat zou uit de letterlijke tekst van de wet blijken dat de frase 'is gebleken' uitsluitend betrekking heeft op 'middelen die het bewustzijn van de mens beïnvloeden'. Indien echter dit, volgens de Staat 'zelfstandige' criterium wordt weggelaten luidt art. 3a lid 2 Opiumwet als volgt:

“Bij algemene maatregel van bestuur kunnen aan lijst I of lijst II middelen worden toegevoegd indien (...) bij gebruik door de mens kunnen leiden tot schade aan zijn gezondheid en schade voor de samenleving.”

21. De uitleg van de Staat zou leiden tot een taalkundig onjuiste bepaling. Indien evenwel de zinsnede 'is gebleken dat deze' aan de bovenstaande frase wordt toegevoegd ontstaat wel een taalkundig juist en begrijpelijk criterium. In dat geval zou artikel 3a lid 2 Opiumwet namelijk als volgt luiden:

“Bij algemene maatregelen van bestuur kunnen aan lijst I of lijst II middelen worden toegevoegd indien is gebleken dat deze (...) bij gebruik door de mens kunnen leiden tot schade aan zijn gezondheid en schade voor de samenleving.”

22. Het bovenstaande brengt mee dat, in tegenstelling tot hetgeen de Staat stelt, uit de letterlijke tekst van art. 3a lid 2 Opiumwet volgt dat de zinsnede 'is gebleken' ook ziet op de criteria 'schade aan de gezondheid van de mens' en 'schade voor de samenleving'.
23. Ten tweede is de door de Voorzieningenrechter gevolgde uitleg in strijd met de bedoelingen van de wetgever. Bij de wijziging van de Opiumwet in 1976 is de mogelijkheid opgenomen om de werkingssfeer uit te breiden via AMvB. Destijds zag deze mogelijkheid tot uitbreiding uitsluitend op lijst I.
24. Bij de wijziging van de Opiumwet in 2003 is de mogelijkheid tot het uitbreiden van de werkingssfeer ook opengesteld voor lijst II. Deze wijziging hing samen met de toetreding van Nederland in 1993 tot het Verdrag inzake Psychotrope Stoffen (Trb.189, 129). Tot dan toe bevatte lijst II uitsluitend hennep en hasjiesj en werden alle overige middelen opgenomen op lijst I. Na toetreding tot het Verdrag inzake Psychotrope Stoffen werden op lijst II ook andere stoffen dan hennep en hasjiesj opgenomen. Dit laatste heeft de wetgever er in 2003 toe gebracht om ook de mogelijkheid open te stellen tot het wijzigen van lijst II bij AMvB.
25. Van belang is voorts dat bij de parlementaire behandeling van deze wetswijziging aan de Minister van VWS vragen zijn gesteld met betrekking tot de consequenties van deze wijziging voor het opnemen van middelen op lijst II.

“Het komt de leden van de fractie van GroenLinks voor dat met de voorgestelde wijziging in artikel 3a lid 2 Opiumwet een extra criterium gaat gelden voor de op lijst II opgenomen substanties. De zinsnede <<het bewustzijn van de mens beïnvloeden en bij gebruik door de mens kunnen leiden tot schade aan zijn gezondheid en schade voor de samenleving >> komt in de huidige Opiumwet bij lijst II niet voor. De leden van de GroenLinks-fractie zouden graag de consequenties van het stellen van dit extra criterium van de regering vernemen.”

- TK 2001-2002, 27 874, nr. 5, p. 7.

26. De Minister van VWS heeft daarop als volgt geantwoord:

“In antwoord op de vraag van de leden van de GroenLinks-fractie over een extra criterium in ontwerpartikel 3a, tweede lid, merken wij op dat het hier gestelde, zoals ook uit de concordantietabel blijkt, gelijk is aan het huidige artikel 2, tweede lid, onder a. Er is derhalve geen sprake van een extra criterium.”

27. Uit dit antwoord van de Minister van VWS blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om het criterium, zoals dat gold voor de wijziging van lijst I, onverkort van toepassing te laten zijn op mogelijkheid tot het wijzigen van lijst II. Dit betekent dat voor de uitleg van de criteria moet worden gekeken naar de bedoelingen die de wetgever destijds voor ogen stonden ten aanzien van de mogelijkheid tot het wijzigen van lijst I. De memorie van toelichting zegt daarover het volgende:

“Met het oog op de verwezenlijking van de doelstellingen welke in het voorgaande werden toegelicht, is een uitbreiding van de werkingssfeer van de Opiumwet noodzakelijk. De huidige Opiumwet spreekt slechts van verdovende middelen. Het opnemen van amfetaminen daarin maakt het noodzakelijk dat een ruimer begrip dan verdovend middel gehanteerd wordt. De ondergetekenden menen dat met het begrip ‘bewustzijnsbeïnvloedend’ voldoende wordt omschreven welke middelen in beginsel voor het regime van de Opiumwet in aanmerking komen. Het kiezen van deze ruim gestelde formule is noodzakelijk in verband met de zeer verschillende werking van de betrokken middelen. (...) In de wet zelf worden criteria geformuleerd, waaraan bewustzijnsbeïnvloedende middelen, willen deze onder de werking van de Opiumwet gebracht kunnen worden, zullen hebben te voldoen. De criteria houden in dat deze bewustzijnsbeïnvloedende middelen bij aanwending bij de mens zowel tot schade voor zijn eigen gezondheid als tot schade voor de samenleving kunnen leiden.”

[Onderstreping dezerzijds.]

- TK 1974-1975, 13 407, nrs. 1-3, p. 14-15.

Uit het hierboven aangehaalde blijkt dat de wettelijke criteria 'schade voor de gezondheid' en 'schade voor de samenleving' bedoeld zijn om het ruime criterium 'bewustzijnsbeïnvloedende middelen' aan te scherpen.

28. Gelet op de letterlijke tekst van de wet en deze bedoelingen van de wetgever geeft de Voorzieningenrechter in r.ov. 4.5 blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De zinsnede 'is gebleken' ziet juist ook op de criteria 'schade voor de gezondheid' en 'schade voor de samenleving' omdat daarmee, conform de bedoeling van de wetgever, de ruime werking van het criterium 'middelen die het bewustzijn van de mens beïnvloeden' wordt beperkt.
29. Bovendien wordt daarmee onderstreept dat ten aanzien van de vraag of het gebruik van de bewustzijnsbeïnvloedende middelen kan leiden tot schade aan de gezondheid van de mens en schade voor de samenleving moet worden uitgegaan voldoende deugdelijke en - zoals uit de bespreking van de hiernavolgende grief zal blijken - multidisciplinaire wetenschappelijke onderbouwing.
30. Tenslotte wijst de VLOS c.s. erop dat de Minister van VWS tijdens het plenaire drugsdebat in maart 2008 heeft aangegeven dat het RIVM op zijn verzoek nader onderzoek zal doen en een zogenaamde *ranking* zal opstellen van twintig soorten bestaande drugs, waaronder paddo's, waarin op basis van 'fact sheets' door een panel van deskundigen een rangorde wordt aangebracht in de schadelijkheid van deze soorten drugs. De Minister van VWS heeft aangegeven dat hij de resultaten van het onderzoek niet wenste af te wachten. Uit de als productie 40 over te leggen tweede briefrapportage van Prof. Dr. F.A. de Wolff naar aanleiding van het vonnis van de Voorzieningenrechter d.d. 28 november 2008, blijkt dat dit onderzoeksrapport reeds eind januari 2009 gereed zal zijn.
31. De Wolff benadrukt dat hij betrokken is bij dit onderzoek maar zonder toestemming van de opdrachtgever geen details kan vrijgeven. Niettemin lijkt het hem juist dat het Gerechtshof de - zoals hij zelf aangeeft: belangwekkende - resultaten van deze rangordebepaling mee laat wegen in de beoordeling van deze zaak. In het vonnis van de Voorzieningenrechter is daaraan geen aandacht besteed.

3.2 Tweede grief

32. Ten onrechte heeft de Voorzieningenrechter in r.ov. 4.6 het navolgende overwogen:

"4.6 Vooropgesteld wordt dat het criterium uit de Opiumwet de Minister een ruime beoordelingsvrijheid geeft. Het gaat er immers om of het gebruik kan leiden tot schade aan de mens en samenleving. Voorts is van belang dat de Minister in het verleden vaker risicobeoordeling heeft laten uitvoeren door het CAM en dat hij tot op heden het CAM telkens in zijn conclusies en aanbevelingen heeft gevolgd. Voor wat betreft de paddo's is de Minister evenwel tot een geheel andere conclusie gekomen dan het CAM. Dit brengt een verzwaarde motiveringsplicht mee, temeer nu de Minister

volgens het BOR-rapport zonder goede onderbouwing bij het bekendmaken van zijn voornemen tot wijziging van Lijst II is voorbijgegaan aan de voorgestelde alternatieven van het CAM. ”

33. In deze rechtsoverweging is de Voorzieningenrechter ten onrechte van oordeel dat de Minister van VWS een ruime beoordelingsvrijheid toekomt met betrekking tot de vraag of het gebruik kan *leiden* tot schade aan de mens en schade voor de samenleving. De Voorzieningenrechter geeft hiermee blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

34. De (ruime) beoordelingsvrijheid van de Minister van VWS ziet namelijk op de beleidsmatige afweging om bewustzijnsbeïnvloedende middelen al dan niet via plaatsing op lijst I of lijst II onder de werkingssfeer van de Opiumwet te brengen. Deze beoordelingsruimte blijkt uit het de eerste zin van art. 3a lid 2 Opiumwet:

- “Bij algemene maatregel van bestuur kunnen aan lijst I of lijst II (...)”
[Onderstreping dezerzijds.]

35. Deze ruime beoordelingsvrijheid komt de Minister van VWS pas toe nadat is gebleken dat het gebruik van de middelen bij de mens kunnen leiden tot schade aan zijn gezondheid of schade voor de samenleving.

36. De vraag of is gebleken dat bewustzijnsbeïnvloedende middelen kunnen leiden tot schade aan de gezondheid van de mens en tot schade voor de samenleving is, in tegenstelling tot hetgeen de Voorzieningenrechter overweegt, geen beleidsafweging ten aanzien waarvan de Minister van VWS een ruime beoordelingsvrijheid toekomt. Of bewustzijnsbeïnvloedende middelen kunnen leiden tot schade aan de gezondheid van de mens en schade voor de samenleving moet, volgens de bedoelingen van de wetgever, worden beoordeeld aan de hand van een risicoschatting van deskundigen, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis.

37. De memorie van toelichting bij de Opiumwet zegt met betrekking tot de mogelijkheid om bij AMvB middelen toe te voegen op lijst I of lijst II het volgende:

“In het voorliggende wetsvoorstel worden de procedures voor toevoeging aan de lijsten I en II aan elkaar gelijkgesteld en bijeengebracht in één bepaling. Bij de toevoeging van nieuwe middelen aan de lijsten I en II vindt een afweging plaats door de Minister van VWS. De minister kan zich hierbij laten leiden door een risicoschatting van deskundigen.”

- TK 2000-2001, 27 874, nr. 3, p. 4.

38. Bij de parlementaire behandeling van wijziging van de Opiumwet in 1975 zijn aan de Minister van VWS vragen gesteld teneinde meer duidelijkheid te verkrijgen met betrekking tot de toepassing en interpretatie van de wettelijke beoordelingscriteria en de wijze waarop het ‘risico’ moet worden ingeschat.

39. In de memorie van antwoord op deze vragen verwijst de wetgever voor de uitleg en toepassing van de wettelijke beoordelingscriteria rechtstreeks naar hetgeen daarover is uiteengezet door de Werkgroep Verdovende Middelen (1972).

40. In het rapport van deze werkgroep wordt onder risico verstaan:

“De kans op een of meer schadelijke gevolgen.”

De werkgroep onderscheid vervolgens de schadelijke gevolgen voor het individu en de schadelijke gevolgen voor de samenleving. Over de wijze waarop deze risicoschatting voor ieder middel afzonderlijk gemaakt kan worden overweegt de werkgroep het volgende.

“Een gevarenschaal die slechts gebaseerd is op de farmacologische eigenschappen van de stof of op de fysieke en psychische schade die het gebruik voor het individu kan opleveren, is echter geen hanteerbare maatstaf voor de overheid. Niet alleen zijn dosis, frequentie van het gebruik en toedieningwijze medebepalend voor de kans op schadelijke gevolgen voor het individu, ook tal van andere factoren spelen bij deze kansberekening een rol. Bovendien moet de overheid bij de beoordeling of en in hoeverre maatregelen ten aanzien van de beschikbaarheid en het gebruik van een stof genomen dienen te worden, rekening houden met die factoren die kans op schadelijke gevolgen voor de gemeenschap opleveren. Alle factoren tezamen vormen het risico dat het gebruik van een stof voor het individu maar vooral ook voor de samenleving kan opleveren. Dit risico dient het uitgangspunt te zijn voor het drugsbeleid.

Het risico wordt bepaald door de hierna volgende factoren:

- 1. De farmacologische eigenschappen van de stof (b.v. het doen ontstaan van gewenning;)
deze werking is tevens sterk afhankelijk van*
 - a. de dosering*
 - b. de wijze van toediening (eten, spuiten, roken)*
 - c. de frequentie van het gebruik*
 - d. de persoonlijkheid van de gebruiker (gevoeligheid voor de stof, persoonlijkheidsstructuur, gemoedstoestand, verwachting).*
- 2. De mogelijkheid om te doseren (deze hangt af van de mogelijkheid van standaardisatie).*
- 3. De groep van gebruikers (leeftijd, beroep).*
- 4. De omstandigheden waaronder het gebruik ontoelaatbaar is, i.v.m. het gevaar voor anderen (werksituatie, verkeer).*
- 5. De mogelijkheden om productie en aanbod te reguleren en te kanaliseren en het gebruik te reglementeren en te normeren.*

6. *De mogelijkheden om het onder 4. vermelde gebruik op dat tijdstip of op een later moment te constateren en te evalueren.*

Op basis van bovenvermelde factoren kan nu worden geschat welk risico het gebruik van een bepaalde stof oplevert. Dit risico kan dan aanvaardbaar of onaanvaardbaar worden geacht. In het laatste geval is overheidbemoeienis gerechtvaardigd.”

- Rapport Werkgroep Verdovende Middelen, Achtergronden en risico's van druggebruik, 1972, p. 64-65 (over te leggen als **productie 41**).

[Onderstreping en dezerzijds.]

41. Uit het voorgaande blijkt dat voorafgaande aan de vraag of bepaalde middelen worden toegevoegd aan lijst I of lijst II van de Opiumwet een risicoschatting van deskundigen dient plaats te vinden. De parlementaire geschiedenis biedt daarmee zeer duidelijke aanknopingspunten voor de risicofactoren die de deskundigen bij deze beoordeling een rol moeten laten spelen. Indien uit de risicoschatting van deskundigen volgt dat het gebruik van een middel onaanvaardbare risico's meebrengt dan is, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, overheidsbemoeienis gerechtvaardigd.
42. De Voorzieningenrechter lijkt voorts te miskennen dat de ruime beoordelingsvrijheid van de Minister van VWS wel degelijk wordt beperkt door de in de Opiumwet vastgelegde cumulatieve criteria. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt immers dat de uitkomst van de risicoschatting bepalend is voor het antwoord op de vraag of er voldaan is aan de cumulatieve criteria. Indien uit zo'n risicoschatting naar voren komt dat er per saldo geen risico bestaat voor de individuele gezondheid en bovendien slechts een gering risico bestaat met betrekking tot de schade voor de samenleving, dan kan tot geen andere conclusie leiden dan dat niet voldaan is aan de cumulatieve voorwaarden uit art. 3a lid 2 Opiumwet. De Minister van VWS is in dat geval ook niet bevoegd om het betreffende middel op lijst I of lijst II van de Opiumwet te plaatsen.
43. De Voorzieningenrechter overweegt in r.ov. 4.6 voorts dat de Minister van VWS een verzwaarde motiveringsplicht heeft, aangezien hij afwijkt van het advies van het CAM.
44. De Voorzieningenrechter gaat hiermee echter voorbij aan het gegeven dat de beoordeling van de vraag of het gebruik leidt tot schade aan de individuele gezondheid en schade voor de samenleving primair wordt beantwoord door middel van een risicoschatting.
45. Ten aanzien van de paddo's heeft de Minister van VWS tot twee keer toe dergelijke risicoschattingen laten uitvoeren door het CAM. In de laatste risicoschatting worden de volgende conclusies getrokken:

Risico gezondheid individu: geen

| | |
|-------------------------|--------|
| Risico volksgezondheid: | gering |
| Risico openbare orde: | gering |
| Risico criminaliteit: | gering |

46. De eindconclusie van het CAM is dat er per saldo geen risico is voor de gezondheid van de mens bij het gebruik van paddo's en dat de risico's voor schade voor de samenleving gering zijn. Er is met andere woorden geen sprake van een onaanvaardbaar risico. De uitkomst van deze risicoschatting betekent dan ook dat niet voldaan is aan de cumulatieve vereisten van art. 3a lid 2 Opiumwet.
47. Met het oordeel dat op de Minister van VWS een verzwaarde motiveringsplicht omdat deze de aanbevelingen van het CAM niet volgt gaat de Voorzieningenrechter geheel voorbij aan het feit dat uit de conclusies van de beide rapporten van het CAM blijkt dat de Minister van VWS in het geheel niet bevoegd is om over te gaan tot het plaatsen van de middelen op lijst I of lijst II aangezien niet is voldaan aan de wettelijke cumulatieve criteria.
48. Het gestelde onder nrs. 4.2.2 en 4.2.3 van de inleidende dagvaarding dient uitdrukkelijk als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.
49. Voor zover de Voorzieningenrechter heeft bedoeld dat de Minister van VWS ook zelf de risicoschatting kan uitvoeren is het volgende van belang. Bij de behandeling van het paddooverbod in de Tweede Kamer is over de risicoschatting door het CAM aan de Minister van VWS de volgende vraag gesteld:

“Kan de minister gemotiveerd alle hierna volgende conclusies van het CAM onderbouwd weerleggen, te weten dat er geen sprake is van lichamelijke of geestelijke afhankelijkheid, het risico voor de volksgezondheid als gering wordt ingeschat, er nauwelijks overlast voor de burger is, het risico op verstoring van de openbare orde daarom als gering wordt ingeschat, en dat er geen aanwijzingen zijn voor betrokkenheid bij georganiseerde criminaliteit?”

De Minister van VWS beantwoordt deze vraag als volgt:

“Uitsluitend op het punt van het risico voor de volksgezondheid weeg ik de beschreven risico's zwaarder dan het CAM. (...)”
[onderstreping dezerzijds]

50. De Minister van VWS onderschrijft daarmee de risicobeoordelingen van het CAM met betrekking tot de individuele gezondheid van de mens, de openbare orde en de criminaliteit van het CAM. Uitsluitend ten aanzien van de risicoschatting voor de volksgezondheid komt hij tot een andere weging.

51. Met het oordeel dat op de Minister van VWS een verzwaarde motiveringsplicht rust lijkt de Voorzieningenrechter voorbij te gaan aan het wettelijk vereiste dat ook de Minister gehouden is tot een volledige afweging van alle betrokken risico's tezamen. Het gaat daarbij dus om de som van alle risicobeoordelingfactoren. De totaalbeoordeling van alle factoren is immers bepalend voor de vraag of er is voldaan aan de cumulatieve criteria uit art. 3a lid 2 Opiumwet. De enkele omstandigheid dat de Minister van VWS de risico's voor de volksgezondheid zwaarder laat wegen dan het CAM leidt niet automatisch tot de conclusie dat daarmee dan ook voldaan de cumulatieve criteria uit art. 3a lid 2 Opiumwet. De risicoschatting van het CAM met betrekking tot de individuele gezondheid wordt door de Minister immers wel onderschreven en die houdt in dat er per saldo geen risico is. Daarmee is in ieder geval aan één van de cumulatieve voorwaarden niet voldaan.
52. De Minister van VWS legt in strijd met de bedoeling van de wetgever slechts één aspect uit de totale risicobeoordeling ten grondslag aan de beslissing om de paddo's op lijst II van de Opiumwet te plaatsen. Deze wijze van het toepassen van de wettelijke criteria is onjuist en de Voorzieningenrechter is daaraan ten onrechte voorbij gegaan.

3.3 Derde grief

53. Ten onrechte heeft de Voorzieningenrechter in r.ov. 4.7 het navolgende overwogen:
- “In het kader van dit kort geding heeft de Vlos c.s. voldoende aannemelijk gemaakt dat er aan de onderbouwing van het standpunt van de Minister gebreken kleven. Zo heeft de Staat ter zitting bevestigd dat er in geen van de incidenten waaraan door de Minister is gerefereerd, een causaal verband is vastgesteld tussen paddogebruik en het incident. Uit het CAM-rapport 2007 en de studie van Griffiths blijkt evenwel dat er een (beperkt) risico bestaat dat paddogebruik leidt tot angst en paranoia, hetgeen bij onvoldoende toezicht tot paniekaanvallen en gevaarlijk gedrag kan leiden. Daarmee is voldaan aan het - laagdrempelige - vereiste van art. 3a Opiumwet. De Minister heeft in zijn motivering gewezen op dit risico van paddogebruik en zich daarbij (onder meer) op het standpunt gesteld dat het niet doenlijk is een veilige gebruikssituatie te garanderen om een eventuele ‘bad trip’ te voorkomen. De Minister heeft er derhalve voor gekozen om tot een andere maatregel te komen dan door het CAM geadviseerd, hetgeen een beleidsbeslissing is. Binnen het beperkte toetsingskader in dit kort geding kan niet worden gezegd dat de van het CAM-rapport afwijkende keuze van de Minister ertoe leidt dat er voorshands sprake is van een onmiskenbaar onverbindende maatregel.”*
54. Ten eerste miskent de Voorzieningenrechter ook in deze rechtsoverweging dat de Minister van VWS onbevoegd is tot plaatsing van de middelen op lijst II aangezien er niet voldaan is aan de cumulatieve vereisten uit art. 3a lid 2 Opiumwet.

55. Ten tweede gaat de Voorzieningenrechter in deze rechtsoverweging volledig voorbij aan het (deskundigen)bewijs dat door de VLOS c.s. in het kort geding naar voren is gebracht. Het gaat daarbij onder meer om de schriftelijke en mondelinge verklaringen van Prof. Dr. F.A. de Wolff die heeft uitgelegd dat de door het CAM gehanteerde werkwijze zeer betrouwbare resultaten oplevert als het gaat om volledige risico-inschattingen met betrekking tot bewustzijnsbeïnvloedende middelen. Bovendien heeft De Wolff ter zitting erop gewezen dat het CAM in 2000 en in 2007 in volledig verschillende samenstelling tweemaal tot vrijwel dezelfde risico-inschatting kwam met betrekking tot het gebruik van paddo's. Dat maakt beide risicoschattingen zeer betrouwbaar.

56. Bovendien heeft De Wolff nadrukkelijk de in de Tweede Kamer verkondigde opvatting van de Minister van VWS weerlegd waarin de Minister suggereert dat het gebruik van paddo's per definitie risicovol, is terwijl bij alcohol uitsluitend het misbruik ervan risicovol is. Volgens de Minister van VWS zou het gebruik van alcohol als zodanig niet per definitie schadelijk zijn. De Wolff heeft gemotiveerd aangegeven dat de Minister bij deze afweging voorbij gaat aan verschillende risicobeoordelingfactoren en dat diens afweging op dit punt om die reden wetenschappelijk onjuist en daarom onhoudbaar is:

“Paddogebruik is aanzienlijk minder algemeen verbreid dan alcoholconsumptie; de werkzame stoffen psilocybine en psilocine in paddo's zijn niet verslavend. Acute lichamelijke effecten, zo deze al optreden, zijn mild en zo nodig goed behandelbaar; chronische lichamelijke effecten die op den duur tot de dood kunnen leiden, zoals bij alcohol, zijn niet beschreven. Paddogebruikers zijn doorgaans goed geïnformeerd over de omstandigheden waaronder het risico op een mogelijke 'bad trip' kan worden beperkt. Anders dan bij alcohol worden paddo's vrijwel uitsluitend in een huiselijke omgeving gebruikt en leiden niet tot agressief gedrag.”

57. Voorts hebben de VLOS c.s. erop gewezen dat ook uit diverse wetenschappelijke onderzoeken blijkt dat het gebruik van hallucinogene paddenstoelen geen gevaar oplevert voor de gezondheid van de gebruiker, niet schadelijk is voor lichaamsfuncties en dat er geen verslavingsrisico's zijn. In deze onderzoeken is aandacht besteed aan het gevaar van verschillende legale en illegale psychoactieve substanties. Van belang is dat de onderzoekers van deze verschillende disciplines grotendeels tot dezelfde conclusies kwamen namelijk dat het gebruik van hallucinogene paddenstoelen geen gevaar oplevert voor de samenleving. Verwezen kan worden naar de onderstaande wetenschappelijke publicaties zoals opgenomen in **productie 28** behorende bij de dagvaarding in eerste aanleg.

- *Riley, C.E.S., Blackman, G.: Magic Mushroom Use- Between Prohibitions: Patterns and Meanings of Magic Mushroom Use in the UK. Substance Use and Misuse 43, pagina 55-71 (2008);*
- *Hasler, F., Grünberg, U., Benz, M.A., Huber, T., Vollenweider, F.X.: Acute psychological and physiological effects of psilocybin in healthy humans: A*

double-blind, placebo- controlled dose- effect study. Psychopharmacology 172, 145- 156 (2004);

- *Gable, R.S. : Toward a Comparative Overview of Dependence Potential and Acute Toxicity of Psychoactive Substances Used Nonmedically. American Journal of Drug Alcohol Abuse 19, 263- 281 (1993);*
- *Nutt, D., King, L. A., Saulsbury, W., Blakemore, C.: Development of a rational scale to assess the harm of drugs of potential misuse. The Lancet 369, 1047- 1053 (2007);*

[N.B. In dit onderzoek zijn de paddo's als zodanig overigens niet onderzocht. Volgens één der auteurs, die door de Vlos c.s. zijn geraadpleegd, is het middel dat wel onderzocht is en het dichtst in de buurt komt, LSD, en dat scoort veel lager dan alcohol en tabak.]

58. De VLOS c.s. heeft in het bijzonder gewezen op het wetenschappelijk onderzoek van Hermle e.a. (**productie 28 in eerste aanleg**) naar de effecten van het gebruik van hallucinogene paddenstoelen. Uit dit onderzoek komt naar voren dat de vermeende psychische stoornissen waarmee het gebruik van hallucinogenen in verband wordt gebracht, niet kan worden aangetoond. De conclusie van het onderzoek van Hermle e.a. is dat slechts één geval bekend is waarbij psilocybinegebruik leidde tot een 'flashback' zonder bedreigende symptomen. Wel ging het hier om een chronisch verslaafde cannabisgebruiker die psilocybine gebruikte in combinatie met cannabis.
59. In tegenstelling tot hetgeen blijkt uit de diverse aangehaalde wetenschappelijke onderzoeken en in tegenstelling tot hetgeen diverse deskundigen verklaren, stelt de Minister van VWS ongemotiveerd dat het gebruik van hallucinogene paddenstoelen leidt tot onvoorspelbaar gedrag en dat het gebruik om die reden een gevaar oplevert voor de volksgezondheid. Dit standpunt van de Minister wordt echter op geen enkele manier onderbouwd met wetenschappelijke onderzoeken waaruit dat zou blijken. Integendeel zelfs, uit de aangehaalde onderzoeken blijkt dat, in de sporadische gevallen waarin paniekaanvallen wel voorkomen, deze aanvallen zonder gevolgen voor de gebruiker wegebben. Dit kan daarom tot geen andere conclusie leiden dan dat niet is voldaan de wettelijke criteria dat 'gebleken is' is dat het gebruik van hallucinogene paddenstoelen een gevaar oplevert voor de individuele gebruiker en een gevaar voor de samenleving.
60. Voorts overweegt de Voorzieningenrechter dat uit het CAM-rapport en de studie van Griffiths blijkt dat er een (beperkt) risico bestaat dat paddogebruik leidt tot angst en paranoia, hetgeen bij onvoldoende toezicht tot paniekaanvallen en gevaarlijk gedrag kan leiden. De Voorzieningenrechter volgt hierin ten onrechte de stelling van de Staat. Uit de studie van Griffiths, waaruit in het CAM-rapport onvolledig (zie hierna) wordt geciteerd, blijkt namelijk geenszins dat paddogebruik bij onvoldoende toezicht leidt tot

paniekaanvallen en gevaarlijk gedrag. De VLOS c.s. hebben daar in eerste aanleg ook op gewezen.

61. De Voorzieningenrechter is evenwel volledig voorbijgegaan aan de gemotiveerde stelling van de VLOS c.s. dat de Minister van VWS onjuiste conclusies verbindt aan de onderzoeksresultaten van Prof. Dr. Griffiths. De VLOS c.s. hebben gewezen op de brief d.d. 14 oktober 2008 van Prof. Dr. Griffiths aan de leden van de Tweede Kamer en de Minister van VWS waarin hij de Kamerleden en de Minister heeft geattendeerd op het volgende.

*“1. We studied the effects of a high dose of psilocybin (30 mg for a person weighing 70 kg) given to 36 healthy, normal, well-educated volunteers, ages 24 to 64.
2. As already cited by Dr. Klink and the 2007 CAM report, some of the volunteers (a minority) experienced during their psilocybin session significant fear, anxiety, and/or paranoia.
3. All of the fear, anxiety, and paranoia responses, when present, were readily managed with reassurance from the session monitors. None persisted beyond the drug session and none required medical attention.
4. No volunteers reported that their experiences in the study diminished their quality of life, nor did we find any clinical evidence of harm. About 79 percent of the volunteers reported an increased sense of well being or life satisfaction.
5. About two thirds of the volunteers rated their psilocybin session as among the top five most personally meaningful and spiritually significant experiences of their lives. About one third of the volunteers rated their psilocybin experience as the single most personally meaningful and spiritually significant experience of their lives.”*

62. Uit deze brief blijkt onmiskenbaar dat de Minister van VWS zeer eenzijdig de onderzoeksresultaten interpreteert en slechts één element uit het onderzoek van Griffiths gebruikt ter onderbouwing van zijn besluit tot een totaalverbod van paddo's. De gerapporteerde positieve effecten van paddogebruik worden door de Minister van VWS ten onrechte op geen enkele wijze meegewogen in zijn besluitvorming. Dat is rechtstreeks in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en de verplichting van een bestuursorgaan om alle rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen. De Minister van VWS heeft er op geen enkele wijze blijk van gegeven dat hij de volgende door Griffiths geconstateerde positieve effecten van het gebruik van psilocybine heeft meegewogen.

- Geen van de onderzochte vrijwilligers heeft gerapporteerd dat hun kwaliteit van leven was afgenomen door het gebruik van de psilocybine. Bovendien is er door de onderzoekers geen enkele klinisch bewijs voor schade gevonden.
- Bijna 80% van de vrijwilligers die aan het onderzoek meewerkten gaven aan dat hun gevoel van welbevinden of levensvreugde was toegenomen na het gebruik.

- Ongeveer tweederde van de vrijwilligers kwalificeerde het gebruik van psilocybine als een van de top vijf meest betekenisvolle en spirituele ervaringen van hun leven.
- Ongeveer een derde van de vrijwilligers kwalificeerde het gebruik van psilocybine als de enige en meest persoonlijke en betekenisvolle ervaring van hun leven.

63. Hieruit blijkt dat de door de Minister van VWS veelvuldig geciteerde passage uit het CAM-rapport ten onrechte uit zijn context is gehaald en gepresenteerd als was het de belangrijkste conclusie van het onderzoek van Griffiths. Het onderzoek van Griffiths e.a. heeft namelijk geenszins wetenschappelijk aangetoond dat het gebruik van psilocybine kan leiden tot escalerende paniekaanvallen en gevaarlijk gedrag. Integendeel zelfs, uit het onderzoek van Griffiths volgt nota bene dat geen van de onderzochte vrijwilligers escalerende paniekaanvallen heeft gehad of gevaarlijk gedrag heeft vertoond.

64. De Voorzieningenrechter gaat daaraan echter voorbij en volgt de Staat in de stelling dat paddogebruik bij onvoldoende toezicht kan leiden tot paniekaanvallen en gevaarlijk gedrag. De Staat verwijst ter onderbouwing van deze stelling ten onrechte naar het onderzoek van Griffiths. De passage uit het onderzoek van Griffiths is echter geen onderzoeksresultaat of conclusie maar betreft een passage uit de bij wetenschappelijke publicaties gebruikelijke ‘*discussion paragraph*’. Hierin stellen de onderzoekers het volgende:

“Under unmonitored conditions, it is not difficult to imagine such effects (significant fear and transient ideas of reference/paranoia) escalating to panic and dangerous behavior.”

en verder:

“In conclusion, the present study showed that, when administered to volunteers under supportive conditions, psilocybin occasioned experiences similar tot spontaneously occurring mystical experiences and which were evaluated by volunteers as having substantial and sustained personal meaning an spiritual significance. The ability to prospectively occasion mystical experiences should permit rigorous scientific investigations about their causes and consequences, providing insights into underlying pharmacological and brain mechanisms, nonmedical use and abuse of psilocybin and similar compounds, as well as short-term and persisting effects of such experiences.”

- R.R. Griffiths e.a., Psilocybin can occasion mystical-type experiences having substantial and sustained personal meaning and spiritual significance, *Psychopharmacology*, 2006, p.282.

65. Zoals hiervoor genoemd is het in wetenschappelijke publicaties gebruikelijk om de onderzoeksresultaten in een ‘*discussion paragraph*’ te plaatsen in een ruimere context

en daarin enkele niet-wetenschappelijk getoetste hypothesen te formuleren die vervolgens aanknopingspunten kunnen vormen voor vervolgonderzoek. De opmerking van Griffiths dat het voorstelbaar is dat het gebruik van psilocybine kan leiden tot escaleren paniekaanvallen en gevaarlijk gedrag is zo'n ongetoetste hypothese die een aanleiding kan vormen voor vervolgonderzoek. En uitgerekend deze ongetoetste hypothese haalt de Minister van VWS volledig uit zijn context en baseert daarop vervolgens alle verdere besluitvorming.

66. De VLOS c.s. heeft Prof. Dr. Griffiths gevraagd naar deze eenzijdige gevolgtrekking uit zijn onderzoek en hij heeft daarover schriftelijk het volgende verklaard:

“Citing only the potential fear/paranoia effects of psilocybin (or, alternatively, only reports of spiritual significance or increased well-being) gives a distorted view of the substance's profile of risks and benefits. If our work is to be used in public policy deliberations, we would wish for the whole of the study to be included.”

- E-Mail van Prof. Dr. Griffiths d.d. 20 december 2008 (over te leggen als **productie 42**).

67. Griffiths bevestigt daarmee dat het eenzijdig selecteren en isoleren van zijn opmerking leidt tot een onjuiste beeldvorming en onevenwichtige besluitvorming. De Voorzieningenrechter is ten onrechte aan dit gegeven voorbijgegaan terwijl Prof. Dr. Griffiths de Minister van VWS hierop nadrukkelijk heeft gewezen in zijn brief d.d. 14 oktober 2007.

68. De Voorzieningenrechter geeft voorts blijk van een onjuiste rechtsopvatting door te overwegen dat het in artikel 3a Opiumwet zou gaan om een - laagdrempelige - vereiste.

69. Uit de hiervoor geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis van de Opiumwet blijkt immers duidelijk de wetgever bewust heeft gekozen voor het ruime begrip 'bewustzijnsbeïnvloedende middelen' en dat de cumulatieve criteria 'kunnen leiden tot schade aan de gezondheid van de mens en schade voor de samenleving' bedoeld zijn om de werkingsfeer te beperken. Uit memorie van toelichting blijkt tevens dat aan deze criteria voldaan moet worden wil een bewustzijnsbeïnvloedend middel onder de werkingsfeer van de Opiumwet gebracht kunnen worden:

“De ondergetekende menen dat met het begrip ‘bewustzijnsbeïnvloedend’ voldoende wordt omschreven welke middelen in beginsel voor het regime van de Opiumwet in aanmerking komen. Het kiezen van deze ruim gestelde formule is noodzakelijk in verband met de zeer verschillende werking van de betrokken middelen. (...) In de wet zelf worden criteria geformuleerd, waaraan bewustzijnsbeïnvloedende middelen, willen deze onder de werking van de Opiumwet gebracht kunnen worden, zullen hebben te voldoen. De criteria houden in dat deze bewustzijnsbeïnvloedende middelen

bij aanwending bij de mens zowel tot schade voor zijn eigen gezondheid als tot schade voor de samenleving kunnen leiden.”

[onderstreping dezerzijds]

- TK 1974-1975, 13 407, nrs. 1-3, p. 14-15.

70. Uit het bovenstaande citaat wordt duidelijk dat de wetgever geenszins een laagdrempelig vereiste voor ogen had. Alleen het vereiste dat het gaat om ‘middelen die het bewustzijn beïnvloeden’ moet ruim worden uitgelegd. De andere twee cumulatieve criteria zijn juist expliciet bedoeld om de werkingssfeer van de Opiumwet beperkt te houden. Uit de onderstreepte frase blijkt dat duidelijk.
71. Toepassing van dit criterium betekent dat paddo’s uitsluitend onder de werkingssfeer van de Opiumwet worden gebracht zouden kunnen worden indien gebleken is dat het gebruik van paddo’s kan leiden tot schade aan de gezondheid van de mens en schade voor de samenleving.
72. Voorts blijkt uit de parlementaire geschiedenis verder ook de bedoelingen van de wetgever met betrekking tot het bepalen van de grenzen van de werkingssfeer. In dit verband wordt in de memorie van toelichting het volgende overwogen:

“Uit de samenhang van de artikelen van de Opiumwet blijkt, dat deze tot doel heeft - naast het uitvoering geven aan internationale verdragsverplichtingen - om het gebruik van de bij of krachtens de wet aangewezen middelen te beperken tot geneeskundige en wetenschappelijke doeleinden. Deze structuur brengt mee dat stoffen, die een bewustzijnsbeïnvloedende werking hebben, en waarvan misbruik schade aan de gezondheid en aan de samenleving kan toebrengen, maar waarvan het toepassingsgebied niet in hoofdzaak of in belangrijke mate binnen de geneeskundige of wetenschappelijke sfeer ligt, moeilijk of niet onder de werking van de wet kunnen worden gebracht. Dit geldt bijvoorbeeld voor gevaarlijke roesmiddelen als verfverdunner, trichloorethyleen en andere stoffen, die een hoofdzakelijk industriële toepassing vinden. De Opiumwet is om dezelfde reden niet geschikt als instrument ter voorkoming van overmatig en daardoor risico’s opleverend gebruik van genotsmiddelen (...)” [onderstreping dezerzijds]

En verder:

“Het samenstel van deze beperkende factoren (risicobeoordelingfactoren) brengt mede dat toepassing van het voorgestelde artikel 2 lid 2, onder a (thans art. 3a lid 2 Opiumwet), van het ontwerp van de Opiumwet, in overweging moet worden genomen, wanneer de bewustzijnsbeïnvloedende werking (...) aanleiding geeft tot oneigenlijk gebruik als genotsmiddel en de daaruit voortvloeiende risico’s voor de gebruiker en de samenleving als onaanvaardbaar moeten worden aangemerkt.”

- TK 1974-1975, 13407, nrs. 1-3, p.15.

73. Ook uit deze passages blijkt glashelder dat allerm minst sprake is van een laagdrempelig criterium. Integendeel, de Minister van VWS past terughoudendheid bij het brengen van middelen onder de werkingssfeer van de Opiumwet. Alvorens middelen onder de werkingssfeer te brengen dient zorgvuldig onderzoek te worden gedaan naar de risico's voor schade aan de gezondheid van de mens en schade voor de samenleving. Pas wanneer is gebleken dat deze risico's zodanig groot zijn dat het als onaanvaardbaar moet worden aangemerkt, komen de middelen voor plaatsing op lijst I of lijst II van de Opiumwet in aanmerking.
74. In dit verband komt betekenis toe aan de overweging van de Voorzieningenrechter dat de Staat heeft bevestigd dat er in géén van de zogenaamde paddo-incidenten, waaraan veelvuldig door de Minister is gerefereerd, een causaal verband is vastgesteld tussen paddogebruik en het incident. Bij géén van de incidenten is bijvoorbeeld toxicologisch onderzoek gedaan terwijl zo iets blijkens de verklaringen van Prof. Dr. De Wolff eenvoudig had kunnen geschieden door Jellinek-kliniek gevestigd te Amsterdam.
75. Zelfs indien zou moeten worden uitgegaan van de hypothese dat er bij deze incidenten wel paddo's waren gebruikt, dan is het, gelet op het doel van de Opiumwet, voorts van groot belang om de hoeveelheid van de gebruikte paddo's vast te stellen. Het valt immers geenszins uit te sluiten dat er bij de betreffende incidenten sprake is van overmatig paddogebruik. Met name ten aanzien van de gerapporteerde incidenten met buitenlandse toeristen in Amsterdam valt geenszins uit te sluiten dat het gaat om misbruik van paddo's, al dan niet in combinatie met andere drugs, het zogenaamde polydruggebruik. Uit de memorie van toelichting blijkt echter duidelijk dat de Opiumwet niet bedoeld is als instrument om het overmatige gebruik van genotsmiddelen terug te dringen.
76. Verder is in dit verband van belang dat de VLOS c.s. erop heeft gewezen dat het probleem met paddo's zich beperkt tot buitenlandse toeristen in bepaalde uitgaanscentra in Amsterdam. In de rest van Nederland worden jaarlijks zo'n één miljoen verpakkingseenheden van 10 of 30 gram paddo's genuttigd. De VLOS heeft alle GGD's en ambulanceposten aangeschreven met de vraag of er paddogerelateerde incidenten bekend zijn. Uit de ontvangen reacties van de GGD's en de ambulanceposten komt evenwel het beeld naar voren dat buiten Amsterdam geen enkel (mogelijk) paddogerelateerd incident bekend is, wordt vermoed of is geregistreerd (over te leggen als productie 43).
77. Dat vormt een sterke aanwijzing dat de incidenten met toeristen in Amsterdam zeer waarschijnlijk het gevolg zijn van overmatig paddogebruik in combinatie met alcohol en/of andere drugs. Zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt is het echter uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever geweest om via de Opiumwet maatregelen te nemen ten einde overmatig gebruik van genotsmiddelen tegen te gaan, nog los van de vraag of

enkele incidenten met buitenlandse toeristen, waarvan in het geheel geen causaal verband tussen paddogebruik en het incident is vastgesteld, een totaalverbod van paddo's zou rechtvaardigen.

78. De Voorzieningenrechter geeft in zijn overweging dat sprake is van een laagdrempelig criterium dan ook blijkt van een onjuiste rechtsopvatting. Het gevolg van deze onjuiste rechtsopvatting is dat er ten onrechte een te grote beoordelingsvrijheid wordt aangenomen voor de Minister van VWS.
79. De Voorzieningenrechter overweegt vervolgens dat de Minister heeft gekozen om tot een andere maatregel te komen dan door het CAM is geadviseerd hetgeen volgens de Voorzieningenrechter een beleidsbeslissing is. Binnen het beperkte toetsingskader van een kort geding kan volgens de Voorzieningenrechter niet worden gezegd dat de van het CAM-rapport afwijkende keuze van de Minister ertoe leidt dat er voorshands sprake is van een onmiskenbaar onverbindende maatregel. Dit oordeel van de Voorzieningenrechter is om de volgende redenen onjuist.
80. Voor zover de Voorzieningenrechter ervan uitgaat dat ook de vaststelling van de vraag of voldaan is aan de cumulatieve vereisten van art. 3a lid 2 Opiumwet een beleidsbeslissing is, is dit oordeel onjuist. Het immers de bedoeling van de wetgever geweest om zorgvuldig alle betrokken risicofactoren tegen elkaar af te wegen waarbij de som van het totale risicoschatting meebrengt dat sprake is van een onaanvaardbaar risico. Daarvan kan slechts sprake zijn als is gebleken dat het gebruik van de middelen zowel een gevaar oplevert voor de gezondheid van de mens als een gevaar oplevert voor de samenleving.
81. Met het oordeel dat op dit punt sprake is van een beleidsbeslissing miskent de Voorzieningenrechter dat de Minister van VWS in het geheel niet bevoegd is tot het nemen van de beleidsbeslissing omdat niet is voldaan aan de cumulatieve vereisten. Een onbevoegd genomen beleidsbeslissing is, los van de ruime beoordelingsvrijheid die de Minister van VWS daarin toekomt, onmiskenbaar onverbindend. De Voorzieningenrechter gaat daaraan ten onrechte voorbij.

3.4 Vierde grief

82. Ten onrechte heeft de Voorzieningenrechter in r.ov. 4.8 het navolgende overwogen:

“(…) De Minister heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat er bewust is gekozen een uitgebreide lijst op te stellen teneinde te voorkomen dat het verbod wordt omzeild door alternatieve paddenstoelen op de markt te brengen. Onder deze omstandigheden kan in het kader van dit kort geding niet worden geoordeeld dat de lijst kennelijk onzorgvuldig is. Daarbij is van doorslaggevend belang dat een kortgedingprocedure zich er niet voor leent om de wetenschappelijke waarde van elke op de lijst voorkomende paddenstoel vast te stellen.”

83. In deze rechtsoverweging is de Voorzieningenrechter er ten onrechte aan voorbijgegaan dat een verdragsconforme interpretatie van de Opiumwet meebrengt dat verse paddenstoelen niet onder de werkingsfeer van de Opiumwet kunnen worden gebracht. De Opiumwet vormt de nationale implementatie van het Psychotrope Stoffen Verdrag van 21 februari 1971 (Trb. 1989, 129). Ingevolge dit verdrag zijn de aangesloten staten verplicht om de stoffen vermeld op lijst I bij het verdrag te verbieden. De (hallucinogene) paddenstoelen die de Minister van VWS thans op lijst II van de Opiumwet heeft geplaatst komen niet voor op de lijst van het Psychotrope Stoffen Verdrag. Slechts de psychoactieve stoffen die sommige paddenstoelen van nature bezitten vallen onder de werking van het verdrag. Het is echter nooit de bedoeling van de verdragswetgever geweest om de paddenstoelen zelf onder de reikwijdte van het verdrag te brengen. De toelichting op het verdrag is op dit punt zeer duidelijk:

“Plants as such are not, - it is submitted - are also not likely to be, listed in Schedule I, but only some products obtained from plants. Article 7 therefore does not apply to plants as such from which substances in Schedule I may be obtained, nor does any other provision of the Vienna Convention. Moreover, the cultivation of plants from which psychotropic substances are obtained is not controlled by the Vienna Convention. (...)

The inclusion in Schedule I of the active principle of a substance does not mean that the substance itself is also included therein if it is a substance clearly distinct from the substance constituting its active principle. This view is in accordance with the traditional understanding of that question in the field of international drug control.(...)

It may be pointed out that at the time of this writing (1971) the continued toleration of the use of hallucinogenic substances (...does not...) require reservation (...). Schedule I does not list any of the natural hallucinogenic materials in question, but only chemical substances which constitute the active principals contained in them.”

- Commentary on the Convention On Psychotropic Substances, done at Vienna on 21 February 1971, United Nations, New York, 1976/CN 7/589, p. 385 en 387.

84. Dat de Opiumwet verdragconform moet worden geïnterpreteerd blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 5 november 2002 waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat verse paddenstoelen die psychoactieve stoffen bevatten niet onder de werking van de Opiumwet vallen. De Hoge Raad heeft zich daarbij laten leiden door de bovenstaande beleidslijn die de opstellers van het Psychotrope Stoffen Verdrag.
85. Nu de Minister van VWS 186 soorten in de vrije natuur voorkomende paddenstoelen onder de werking van de Opiumwet heeft gebracht, handelt hij rechtstreeks in strijd met de uitgangspunten van de verdragswetgever, inhoudende dat géén in de natuur voorkomende substanties die mogelijkterwijs van nature psychotrope stoffen bevatten, onder de stafrechtelijke verbodsbepaling zouden moeten worden gebracht.

86. Weliswaar biedt art. 23 van het Psychotrope Stoffen Verdrag de individuele lidstaten de mogelijkheid om - zoals Nederland met art. 3a lid 2 Opiumwet heeft gedaan - buiten het Verdrag om psychoactieve stoffen te verbieden indien dit naar hun inzicht wenselijk of noodzakelijk is ter bescherming van de volksgezondheid en de samenleving. Maar juist voor wat betreft deze criteria faalt, zoals uit het voorgaande blijkt, iedere in redelijkheid te eisen onderbouwing door de Minister van zijn besluit.
87. Het moet vanuit deze context te weten de strijdigheid met de uitgangspunten van het Verdrag en in strijd met het vaste adviesorgaan van de Minister van VWS, vergaand onzorgvuldig worden geoordeeld dat de Minister niet tevoren advies heeft ingewonnen van de International Narcotic Control Board (INCB) van de Verenigde Naties. De taak van het INCB is het toezien op de naleving door de lidstaten van o.a. het Psychotrope Stoffen verdrag en het ondersteunen en adviseren van de lidstaten.
88. De VLOS c.s. heeft in dat verband een verklaring in het geding gebracht van Dr. R.J.J.C. Lousberg, die van 2002 tot en met mei 2007 vice-precident en lid van de INCB was. Dr. Lousberg heeft als getuige-deskundige voor de rechtbank te 's-Hertogenbosch op 11 februari 2008 het beleid van de INCB toegelicht ten opzichte van psychoactieve paddenstoelen toegelicht. Dit beleid is gebaseerd op een wereldwijde analyse van de situatie in de verschillende lidstaten en een wetenschappelijke onderbouwing van de Wereld Gezondheidsorganisatie. Deze analyse leidde in 2004 tot een hernieuwde bevestiging van het standpunt van de INCB dat er onvoldoende rechtvaardiging was voor een verbod op het gebruik van deze paddenstoelen. Tevens heeft Dr. Lousberg voor de rechtbank 's-Hertogenbosch bevestigd dat het Psychotrope Stoffen verdrag uitsluitend tot doel had farmaceutische, niet natuurlijke producten te controleren.
89. Het besluit van de Minister van VWS tot plaatsing van 186 soorten paddenstoelen op lijst II van de Opiumwet is gelet op het bovenstaande onmiskenbaar in strijd met het psychotrope stoffenverdrag en reeds daarom onverbindend. De Voorzieningenrechter heeft dat ten onrechte miskend.
90. Voorts is van belang dat het zorgvuldigheidsbeginsel voor een bestuursorgaan de verplichting meebrengt om de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.
91. De VLOS c.s. heeft zich in dat licht op het standpunt gesteld dat de door de Minister van VWS opgestelde lijst in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel tot stand is gekomen. Daartoe heeft de VLOS onder meer één van de auteurs van het betreffende overzichtsartikel (publicatiejaar: 2000), Dr. J. Gartz, geraadpleegd met de vraag of alle 186 door de Minister geselecteerde paddenstoelen ook daadwerkelijk psilocine en psilocybine bevatten. In zijn antwoord heeft Dr. Gartz verklaard dat van een groot deel van de op de lijst voorkomende paddenstoelsoorten nimmer (wetenschappelijk) is vastgesteld dat deze ook daadwerkelijk psilocine of psilocybine bevatten:

“Guzman en Allen hebben een uitvoerig artikel geschreven waaraan ik als derde auteur relatief weinig heb bijgedragen. Een deel van de in de AMvB genoemde soorten komt daar vandaan, de rest blijkt een mengsel van halve waarheden van het internet en een willekeurige waardering te zijn van sommige verkleuringen van paddenstoelen als druginhoud. Helaas hebben Guzman en Allen ook te snel veel soorten als psychoactief bestempeld, terwijl de werkzame stoffen nooit eenduidig wetenschappelijk zijn aangetoond.

(...)

Bij de volgende paddenstoelsoorten, genoemd op de lijst van de Minister, werd met moderne wetenschappelijke methodes nooit psilocybine of psilocine aangetoond (!). Daaronder vallen paddenstoelsoorten waarvan reeds sinds lange tijd bekend is, dat zij niet in staat zijn alkaloiden te vormen en ook volledig nieuwe verzamelingen waarvan het soortbegrip vaak erg dubieus is en die in het algemeen nooit zijn onderzocht. Ook zijn sommige, in de lijst genoemde soorten niet aangeduid overeenkomstig de huidige stand van de wetenschap:...”

92. Dr. Gartz wijst erop dat maar liefst van **116 soorten**, die in deel B van de lijst zijn genoemd nimmer wetenschappelijk is aangetoond dat zij psilocine of psilocybine bevatten. In een e-mailbericht d.d. 24 november 2007 licht Dr. Gartz nogmaals de aard van de publicatie toe. Hij zegt daarin het volgende:

“Guzman und Allen sind reine Mykologen und haben eine reine Pilzverbreitung geschrieben, haben meine Literaturarbeit hineingenommen, der dritte Autor wird immer "angeschlossen". Ich kann unter Eid versichern, daß die aufgezählten Arten nicht mit einem Alkaloidnachweis in der Literatur stehen, man wird nichts finden. Für Guzman zählen schon Pilzgerüche oder Verfärbungen von Pilzen als Alkaloidnachweis. Er sucht auch allein Pilze in Mexiko und produziert so ohne konkurrenz "neue Arten", daher die Fülle. J. Allen ist Amateurmykologe.”

93. In dit verband is verder van belang dat Prof. Dr. De Wolff ter zitting heeft verklaard dat Guzman e.a. mycologen zijn die uitsluitend de paddenstoelen selecteren en kwalificeren op morfologische en visuele kenmerken. Dit betekent dat de door de Minister van VWS gehanteerde lijst van Guzman e.a. tot stand is gekomen op basis van uitsluitend descriptieve kenmerken die in beginsel niets zeggen over de chemische samenstelling van de betreffende paddenstoelen. Prof. Dr. De Wolff heeft eveneens ter zitting benadrukt dat het enkele feit dat op de lijst van Guzman e.a. bijvoorbeeld de ‘familienaam’ psilocybe wordt gebruikt niet betekent dat deze paddenstoel ook daadwerkelijk psilocine of psilocybine bevat. De naam van de paddenstoel zegt met andere woorden niets over de chemische samenstelling.
94. Deze analyse van Prof. Dr. De Wolff met betrekking tot de samenstelling van de lijst van 186 paddenstoelen wordt bevestigd door Prof. Dr. Th.W. Kuyper van de Wageningen Universiteit en gespecialiseerd in bodembioïologie en is gepromoveerd op het terrein van de paddenstoel. Hij bevestigt eveneens dat het grootste deel van de op deze lijst

voorkomende soorten niet chemisch onderzocht zijn maar uitsluitend op grond van morfologische (d.w.z. uiterlijk waarneembare) kenmerken zijn gecategoriseerd.

95. Daarnaast wijzen zowel Prof. Dr. De Wolff als Prof. Dr. Kuyper er uitdrukkelijk op dat het artikel van Guzman e.a. geen wetenschappelijke publicatie is en niet voorkomt in de reguliere zoekprogramma's voor wetenschappelijke literatuur (Scopus, Web of Science). Bovendien is het artikel niet onderworpen aan een 'peer review' waardoor de wetenschappelijke waarde en houdbaarheid van de lijst onvoldoende is komen vast te staan. Het artikel is volgens Prof. Dr. Kuyper uitsluitend te vinden via Google en Wikipedia, hetgeen blijkt geeft van de weinig wetenschappelijke werkwijze van de ambtenaren van de Minister van VWS. Ook Dr. Gartz zelf schrijft dat het betreffende artikel in 2000 is uitgegeven door een provinciaal museum in Noord-Italië, te weten het Museo Civico van Rovereto (Trentino) waaraan geen wetenschappelijke betekenis kan worden toegedicht. De respectievelijke verklaringen worden overgelegd als productie 44.
96. Desondanks heeft de Minister van VWS deze lijst gebruikt als de grondslag voor het beleid ten aanzien de strafbaarstelling van hallucinogene paddenstoelen. Doorslaggevend voor de plaatsing op de lijsten behorende bij de Opiumwet zou ten minste de chemische samenstelling van de paddenstoelen moeten zijn. De Minister van VWS heeft zich echter uitsluitend gebaseerd op paddenstoelen die door amateurmycologen zijn gecategoriseerd op morfologische en visuele kenmerken en ten aanzien waarvan het merendeel van de op de lijst geplaatste paddenstoelen in het geheel niet is onderzocht op de chemische samenstelling, laat staan dat is aangetoond dat daarin psilocine en psilocybine in voorkomen.
97. De Voorzieningenrechter miskent hiermee ten onrechte dat voor die 116 paddenstoelen in het geheel niet is voldaan aan het eerste deelvereiste van artikel 3a lid 2 Opiumwet, namelijk dat gebleken moet zijn dat sprake is van bewustzijnsbeïnvloende middelen. Deze soorten kunnen reeds om die reden niet onder de werking van de AMvB worden gebracht.
98. De Voorzieningenrechter heeft het daarnaast van doorslaggevend belang geacht dat een kort gedingprocedure zich er niet voor leent om de wetenschappelijke waarde van elke op de lijst voorkomende paddenstoel vast te stellen. Daarmee miskent de Voorzieningenrechter echter dat uit de verklaringen van de verschillende door de VLOS c.s. geraadpleegde wetenschappers zonder enige uitzondering blijkt, dat van het merendeel van de op de lijst van de Minister van VWS opgenomen paddenstoelen niet is vastgesteld dat deze psilocine en psilocybine bevatten. Bovendien bevestigen de wetenschappers dat de door de Minister van VWS gebruikte lijst niet bedoeld is om de paddenstoelen te classificeren op grond van de chemische samenstelling. Het enkele feit dat ook door het EMCDDA naar het artikel van Guzman e.a. wordt verwezen (en ook niet méér dan dat, zie pagina .. van het rapport dat in eerste instantie door de Staat is overgelegd) doet daaraan niets af. Het gaat er in de kort gedingprocedure immers niet

om dat per paddenstoel wordt vastgesteld wat de wetenschappelijke waarde daarvan is maar om het feit dat de VLOS c.s. voorshands voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de lijst van de Minister op zeer onzorgvuldige en onwetenschappelijke wijze en voor een kennelijk geheel ander doel dan voor plaatsing op lijst II van de Opiumwet tot stand is gekomen. Het gebruik van deze lijst is daarmee rechtstreeks in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en dat staat los van een discussie met betrekking tot de wetenschappelijke waarde van de afzonderlijke paddenstoelen. De Voorzieningenrechter is daaraan ten onrechte volledig voorbij gegaan.

99. Een en ander wordt ook bevestigd door de Nederlandse Mycologische Vereniging (de "NMV"). In een officiële standpuntverklaring (over te leggen als **productie 45**), waaraan diverse gerenommeerde wetenschappers hebben meegewerkt, zoals Prof. Dr. Th.W. Kuyper, wijst de NMV erop dat van een groot deel van de 186 op de lijst voorkomende soorten paddenstoelen niet is aangetoond dat zij psilocybine of psilocine bevatten. Sterker nog, de NMV stelt zelfs dat een deel van de op deze lijst opgenomen paddenstoelen feitelijk is aangetoond dat ze geen psilocybine of psilocine bevatten. Om die reden acht de NMV de door de Minister van VWS gebruikte lijst onzorgvuldig en onbetrouwbaar.
100. Bovendien wijst de NMV erop dat de Minister van VWS 12 soorten paddenstoelen op de lijst heeft geplaatst die tevens zijn opgenomen op de zogenaamde Rode Lijst van bedreigde en kwetsbare paddenstoelen. In de toelichting op de Rode Lijst staat daarover het volgende opgenomen:
- "Aan het behoud van de in de lijst opgenomen soorten zal, indien dit nodig is, door middel van praktische beschermingsmaatregelen, onderzoek en voorlichting, bijzondere aandacht worden gegeven."*
- Staatscourant 1996, nr. 219, p.8.
101. De NMV meent dat het opnemen van deze 12 kwetsbare soorten op lijst II behorende bij de Opiumwet rechtstreeks in strijd is met het Nederlandse natuurbeleid omdat het brengen van de paddenstoelen onder de reikwijdte van de Opiumwet in feite een verplichting inhoudt tot het vernietigen van deze soorten. Bovendien wordt met het verbod de wezenlijke rol miskend die alle op de lijst genoemde paddenstoelen spelen in de natuurlijke kringloop en de gezondheid van bomen.
102. Gelet hierop kan de conclusie slechts zijn dat de door de Minister van VWS samengestelde lijst in zodanig in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel tot stand is gekomen dat dit leidt tot een onmiskenbaar onverbindende maatregel.

3.5 Vijfde grief

103. Ten onrechte heeft de Voorzieningenrechter in r.ov. 4.9 en 4.10 het navolgende overwogen:

“de Vlos c.s. wordt evenmin gevolgd in haar standpunt dat alleen al vanwege het ontbreken van een risico-inschatting voor paddenstoelen in deel B van de lijst de aanwijzing als onverbindend moet worden aangemerkt. Een verplichting tot het uitvoeren van een risico-inschatting valt noch in art. 3a Opiumwet noch in de wetsgeschiedenis terug te vinden. In de Memorie van Toelichting behorende bij de wijziging van de opiumwet staat vermeld dat bij toevoeging van nieuwe middelen een afweging plaatsvindt door de Minister die zich daarbij kan laten leiden door een risicoschatting van deskundigen (Kamerstukken II 2000/01, 27 874, nr. 3 p. 4). Met de Staat is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat hieruit geen verplichting voortvloeit voor de Minister om een dergelijke schatting te laten uitvoeren.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de primaire vordering en de subsidiaire vordering van de Vlos c.s. zullen worden afgewezen.”

104. In deze rechtsoverweging volgt de Voorzieningenrechter ten onrechte de stelling van de Staat inhoudende dat uit de Opiumwet en/of de wetsgeschiedenis geen verplichting tot het uitvoeren van een risicoschatting voortvloeit. Deze rechtsopvatting van de Voorzieningenrechter is onjuist.
105. Hiervoor is uiteengezet dat de cumulatieve criteria uit art. 3a lid 2 Opiumwet gelijk zijn aan de oorspronkelijke criteria voor de wijziging van lijst I (art. 2 lid 2 onder a Opiumwet (oud)). De wetgever heeft deze criteria in 2003 rechtstreeks van toepassing laten zijn voor eventuele wijzigingen van lijst II.
106. Hieruit blijkt dat voor de uitleg en toepassing van de cumulatieve vereisten de oorspronkelijke bedoelingen van de wetgever met art. 2 lid 2 onder a Opiumwet (oud) bepalend zijn. Uit de parlementaire geschiedenis ten aanzien van dit artikel 2 Opiumwet (oud) blijkt dat het de bedoeling van de cumulatieve criteria is gelegen in het maken van een risicoschatting met betrekking tot de gevaren voor de individuele gebruiker en het gevaar voor de samenleving. De wetgever verwijst voor de toepassing van deze risicoschatting expliciet naar de uitwerking van de Werkgroep Verdovende Middelen en acht die uitwerking bepalend voor de toepassing de cumulatieve criteria.
107. De werkgroep geeft aan dat bij de risicoschatting een onderscheid moet worden gemaakt naar (1) de schadelijke gevolgen voor het individu en (2) de schadelijke gevolgen voor de samenleving. Over de wijze waarop deze risicoschatting voor ieder middel gemaakt kunnen worden overweegt de werkgroep het volgende.

“Een gevarenschaal die slechts gebaseerd is op de farmacologische eigenschappen van de stof of op de fysieke en psychische schade die het gebruik voor het individu kan opleveren, is echter geen hanteerbare maatstaf voor de overheid. Niet alleen zijn

dosis, frequentie van het gebruik en toedieningwijze medebepalend voor de kans op schadelijke gevolgen voor het individu, ook tal van andere factoren spelen bij deze kansberekening een rol. Bovendien moet de overheid bij de beoordeling of en in hoeverre maatregelen ten aanzien van de beschikbaarheid en het gebruik van een stof genomen dienen te worden, rekening houden met die factoren die kan op schadelijk gevolgen voor de gemeenschap opleveren. Alle factoren tezamen vormen het risico dat het gebruik van een stof voor het individu maar vooral ook voor de samenleving kan opleveren. Dit risico dient het uitgangspunt te zijn voor het drugsbeleid.

Het risico wordt bepaald door de hierna volgende factoren:

- 7. De farmacologische eigenschappen van de stof (b.v. het doen ontstaan van gewenning;)
deze werking is tevens sterk afhankelijk van
 - e. de dosering*
 - f. de wijze van toediening (eten, spuiten, roken)*
 - g. de frequentie van het gebruik*
 - h. de persoonlijkheid van de gebruiker (gevoeligheid voor de stof, persoonlijkheidsstructuur, gemoedstoestand, verwachting).**
- 8. De mogelijkheid om te doseren (deze hangt af van de mogelijkheid van standaardisatie).*
- 9. De groep van gebruikers (leeftijd, beroep).*
- 10. De omstandigheden waaronder het gebruik ontoelaatbaar is, i.v.m. het gevaar voor anderen (werksituatie, verkeer).*
- 11. De mogelijkheden om productie en aanbod te reguleren en te kanaliseren en het gebruik te reglementeren en te normeren.*
- 12. De mogelijkheden om het onder 4. vermelde gebruik op dat tijdstip of op een later moment te constateren en te evalueren.*

Op basis van bovenvermelde factoren kan nu worden geschat welk risico het gebruik van een bepaalde stof oplevert. Dit risico kan dan aanvaardbaar of onaanvaardbaar worden geacht. In het laatste geval is overheidbemoeienis gerechtvaardigd. De schadelijke werking van een stof voor het individu is voor de beoordeling van de aanvaardbaarheid van het risico niet de doorslaggevende factor.”

- Rapport Werkgroep Verdovende Middelen, Achtergronden en risico's van druggebruik, 1972, p. 64-65.

108. De wetgever heeft de wijze waarop de Werkgroep Verdovende Middelen de betreffende beoordelingscriteria heeft geïnterpreteerd dus bepalend geacht voor de wijze waarop de cumulatieve criteria moeten worden toegepast. Het is in dat licht volstrekt duidelijk dat er op de Minister van VWS een verplichting rust tot het uitvoeren van een risicoschatting alvorens bewustzijnsbeïnvloedende middelen onder de werkingssfeer van de Opiumwet kunnen worden gebracht.

109. De Voorzieningenrechter is dan ook ten onrechte van oordeel dat de Minister van VWS in het geheel niet verplicht zou zijn tot een risicoschatting. De verplichting tot het uitvoeren van een risicoschatting volgt immers wel degelijk uit de wetsgeschiedenis.
110. De door de Voorzieningenrechter aangehaalde passage uit de memorie van toelichting waarin wordt vermeld dat de Minister zich kan laten leiden door een risicoschatting van deskundigen maakt dat niet anders. Ten onrechte is de Voorzieningenrechter van oordeel dat hieruit geen verplichting voortvloeit voor de Minister om een risicoschatting te laten uitvoeren. Uit het gebruik van het woordje ‘kan’ in de memorie van toelichting kan immers uitsluitend worden afgeleid dat de Minister zich daardoor kan laten leiden. Ten onrechte volgt de Voorzieningenrechter op dit punt de Staat in haar uitleg dat het woordje ‘kan’ hier zou betekenen dat de Minister van VWS een risicoschatting kan laten uitvoeren. Dat volgt niet uit de letterlijke tekst van de memorie van toelichting en is bovendien strijdig met hetgeen daarover blijkt uit de wetsgeschiedenis. Ten slotte is dit niet consistent met gevolgde bestendige gedragslijn van de Minister waarbij de Minister zich (met uitzondering van de onderhavige AMvB) steeds een multidisciplinair rapport door het CAM heeft laten opstellen waarna hij de aanbevelingen van het CAM steeds heeft opgevolgd.
111. Gelet op het feit dat een risicoschatting ten aanzien van de paddenstoelen in deel B van de lijst volledig ontbreekt kan niet worden voldaan aan de criteria dat gebleken is dat het gebruik leidt tot schade aan de gezondheid van de mens en tot schade voor de samenleving. De Minister van VWS heeft derhalve onbevoegd deze paddenstoelen onder de werkingsfeer van de Opiumwet gebracht en reeds daarom is het besluit onmiskenbaar onverbindend.

3.6 Zesde grief

112. Ten onrechte heeft de Voorzieningenrechter in r.ov. 4.11 en 4.12 het navolgende overwogen:

“4.11 De vraag die vervolgens rijst, is of de toepassing van de AMvB zonder enige vergoeding in strijd komt met het bepaalde in artikel 1 Eerste protocol. Op grond van dit artikel heeft iedere (rechts)persoon recht op het ongestoorde genot van zijn eigendom. De Staat heeft primair aangevoerd dat er geen sprake is van eigendom. Subsidiair heeft de Staat - kort weergegeven- betoogd dat er geen sprake is van ontneming van eigendom maar dat de AMvB hoogstens neerkomt op een regulering van eigendom, die is toegestaan omdat er een fair balance aanwezig is tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van de individuele rechter anderzijds. De Voorzieningenrechter zal allereerst het subsidiaire verweer van gedaagde beoordelen. Veronderstellenderwijs aannemende dat er sprake is van eigendom, geldt het navolgende.

4.12 Voor de vraag of er sprake is van een ontneming van eigendom dient te worden gekeken naar de effecten van de maatregel op de getroffen bedrijven in het geheel. Uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens volgt dat er alleen dan sprake is van een ontneming indien elk zinvol gebruik onmogelijk is geworden en het bedrijf geen economische waarde meer heeft (zie bijvoorbeeld EHRM 18 februari 1991, Serie A nr. 192, Fredin/Zweden). In de onderhavige procedure is onvoldoende komen vast te staan dat zulks - ook van bedrijven waarvan gesteld wordt dat zij zich uitsluitend bezighouden met telen of verkopen van paddo's - het geval is. Niet valt immers uit te sluiten dat de getroffen bedrijven ook na het verbod nog economische waarde zullen hebben.”

113. De Voorzieningenrechter geeft in deze rechtsoverwegingen blijk van een onjuiste toepassing van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: “art. 1 EP”) door veronderstellenderwijs aan te nemen dat sprake is van een eigendom en zich allereerst te richten op de vraag of er sprake is van een *de facto* ontneming van deze veronderstelde eigendom. Uit de vaste rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad volgt dat allereerst moet worden nagaan welke (bedrijfs)activiteiten en vermogensbestanddelen als eigendom in de zin van art. 1 EP moeten worden beschouwd.
114. De VLOS c.s. heeft er in dat verband op gewezen dat uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat het Hof een verdragsautonome en ruime uitleg hanteert van het begrip ‘eigendom’. Expliciet is door de VLOS c.s. gewezen op rechtspraak van het EHRM, waaruit blijkt dat bijvoorbeeld ook de ‘goodwill’ van een onderneming gekwalificeerd kan worden als ‘eigendom’ in de zin van art. 1 EP. In het arrest-Van Marle werd door appellanten bij het EHRM onder meer geklaagd over de omstandigheid dat de waarde van de door hen opgebouwde goodwill was verminderd en dat hun eigendom daardoor gedeeltelijk was ontnomen. Het EHRM overweegt daarover het volgende:

“41. The Court agrees with the Commission that the right relied upon by applicant may be likened to the right of property embodied in Art. 1: by dint of their own work, the applicants had built up a clientèle; this had in many respects the nature of a private right and constituted an asset and, hence, a possession within the meaning of the first sentence of Art. 1 (...)

42. The refusal to register the applicant as certified accountants radically affected the conditions of their professional activities and the scope of those activities was reduced. Their income fell, as did the value of their clientèle and more generally, their business. - Consequently, there was interference with their right to the peaceful enjoyment of their possessions.”

- EHRM 26 juni 1986 (Van Marle/Nederland), Series A vol. 101.

115. De VLOS c.s. heeft aangegeven dat het ten aanzien van dit punt van belang is om binnen de smartshopsector onderscheid te maken tussen enerzijds bedrijven die zich volledig en eenzijdig hebben gericht op de teelt en verkoop van paddo's en anderzijds de

smartshops waarbij de verkoop van paddo's gerekend kan worden tot de hoofdactiviteit maar die daarnaast nog andere producten verkopen. Ten aanzien van de eerste categorie, bedrijven die zich uitsluitend hebben gericht op de teelt en verkoop van paddo's, heeft de VLOS c.s. aangegeven dat het paddoverbod leidt tot een *de facto* ontneming van de door de ondernemers opgebouwde goodwill van de bedrijven. De waarde van de goodwill is door de inwerkingtreding van het verbod nihil, aangezien alle bedrijfsactiviteiten immers moeten worden gestaakt en er voor deze bedrijven geen andere mogelijkheid resteert dan liquidatie.

116. De VLOS c.s. heeft in dat kader een eerste globale bedrijfsschadetaxatie laten uitvoeren door het Bureau Bijzonder Accountantsonderzoek BV naar de gevolgen van het paddoverbod voor de branche (over te leggen als productie 46). In de rapportage wordt een onderscheid gemaakt tussen de kwekerijsector, de groothandelssector en de detailhandel. In de voornoemde tweede briefrapportage van Prof. Dr. De Wolff wordt overigens door hem gewezen op het gebruik van voor de Nederlandse context niet-representatieve hoge doseringen pure psilocybine, die door Griffiths zijn toegediend aan zijn proefpersonen onder laboratoriumomstandigheden. De resultaten van het onderzoek van Griffiths zeggen derhalve maar in beperkte mate iets over paddogebruik in de Nederlandse context.
117. Met betrekking tot de kwekersr blijkt uit de rapportage dat de kwekers tot 1 december 2008 volledig waren ingericht op het telen van paddo's. Deze kwekerijen zijn thans volledig ontruimd. De kwekers hebben aangegeven dat het telen van niet op de verbodlijst voorkomende hallucinogene paddenstoelen en overige hallucinogene producten momenteel als een te groot bedrijfsrisico wordt gezien. De kwekers baseren zich hierbij op een officiële mededeling vanuit het Openbaar Ministerie begin december 2008 (die wordt overgelegd als productie 47). Het Openbaar Ministerie heeft daarin aangekondigd dat ook bij onduidelijkheden omtrent de identificatie van de met een paddoverkoop geassocieerde locatie aangetroffen paddenstoelen, tot inbeslagname van het product zal worden overgegaan.
118. Voorts is van belang dat uit de rapportage naar voren komt dat de teelt van champignons en toegestane exoten zoals cantharel en oesterzwam niet kan worden beschouwd als een geschikt alternatief voor de gestaakte bedrijfsactiviteiten. Dat heeft te maken met de omstandigheid dat veel van de door de (voormalige) paddokwekers in gebruik zijnde opstallen in het verleden in gebruik zijn geweest als champignonkwekerij en zijn gedimensioneerd op de toen gebruikelijke teelt die plaatsvond op veel kleinere schaal dan heden ten dage gangbaar is.

“De door de paddokwekers in gebruik zijnde teeltcellen hebben een omvang van naar verluidt 60 m2 tot maximaal 300 m2. De teelt van champignons of van exoten zoals de Oesterzwam of Cantharel vereisen voor een rendabele teelt aanzienlijk grotere teeltcellen (men spreekt over 1.000 m2).”

119. De bedrijfsschade-expert komt dan ook tot de conclusie dat voor de kwekersbedrijven - tenzij zich alsnog op korte termijn rendabele alternatieve toepassingen voor mochten doen - uitgegaan moet worden van liquidatie van de bedrijven.
120. In dit licht is het van belang dat inmiddels een tweetal kwekersbedrijven zich genoodzaakt zagen om alle bedrijfsactiviteiten te staken. Een van deze kwekersbedrijven is Fresh Mushrooms Ltd (appellant nr. 12).
121. Het bedrijf Fresh Mushrooms was tot 1 december 2008 volledig ingericht op het kweken en verkopen van verse paddo's. Ter illustratie van deze bedrijfsactiviteiten worden enkele afdrucken van de website van Fresh Mushrooms overgelegd als **productie 48**.
122. Bij brief van 25 november 2008 (over te leggen als **productie 49**) is door het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan Fresh Mushrooms meegedeeld dat per 1 december 2008 het bezit, de teelt en de verkoop van hallucinogene paddenstoelen verboden zal zijn. Fresh Mushrooms was daardoor genoodzaakt om al haar bedrijfsactiviteiten te staken. Ook voor Fresh Mushrooms geldt dat het gelet op de hoge investeringen en de omvang van het paddokwekerijbedrijf in redelijkheid geen andere rendabele bedrijfsactiviteiten konden worden ontplooid in bijvoorbeeld de kweek van champignons of andere exoten. Om die reden is besloten tot liquidatie van het bedrijf waarna 28 november 2008 op bedrijfseconomische gronden een ontslagvergunning is aangevraagd bij het Centrum voor Werk en Inkomen ("CWI") voor de werknemers (over te leggen als **productie 50**).
123. De accountant van Fresh Mushrooms heeft bij brief van 18 december 2008 (over te leggen als **productie 51**) de financiële gevolgen van het paddoverbod voor het bedrijf in kaart gebracht. In het bijzonder is van belang dat de goodwill van de door Fresh Mushrooms van Maas en Waal Nederland overgenomen bedrijfsactiviteiten nog een waarde vertegenwoordigde van EUR 470.000,- en als immateriële vaste activa kon worden opgenomen op de balans van de onderneming. De accountant geeft in zijn brief aan dat de waarde van de goodwill als gevolg van het paddoverbod niet meer representatief is en om die reden volledig zal moeten worden afgeboekt hetgeen een forse verliespost oplevert.
124. De Staat heeft onder verwijzing naar vaste rechtspraak van het EHRM betoogd dat voor de vraag of er sprake is van een *de facto* ontneming van de eigendom, bepalend is of elk zinnig gebruik van het eigendom onmogelijk is geworden. Daarbij heeft de Staat verwezen naar de zogenaamde Tre-Traktörer-zaak waarin het ging over de intrekking van een - voor onbepaalde tijd verleende - vergunning tot het schenken van alcoholische dranken van het restaurant Le Cardinal. Het Hof heeft in deze zaak het volgende overwogen.

“Severe though it may have been, the interference at issue did not fall within the ambit of the second sentence of the first paragraph. The applicant company, although

it could not longer operate Le Cardinal as a restaurant business, kept some economic interests represented by the leasing of the premises and the property assets contained therein, which it finally sold in June 1984 (...). There was accordingly no deprivation of property in terms of Article 1 of the Protocol.

The Courts finds, however, that the withdrawal of TTA's licence to serve alcoholic beverages in Le Cardinal constituted a measure of control of the use of property, which falls to be considered under the second paragraph of Article 1 of the Protocol. ”

- EHRM 7 juli 1989 (Tre-Traktörer/Sweden), Series A, nr. 159, par. 55.

125. Anders dan in de Tre-Traktörer-zaak heeft Fresh Mushrooms geen onroerend goed in eigendom dat na staking van haar bedrijfsactiviteiten nog zou kunnen worden aangewend voor andere doeleinden. De opstallen met daarin de kweekruimten worden gehuurd evenals de benodigde machines. Fresh Mushrooms heeft deze huurovereenkomsten inmiddels beëindigd. Kopieën van de kadastrale berichten van het onroerend goed waarop het bedrijf was gevestigd worden overgelegd als **productie 52**.
126. De liquidatie van Fresh Mushrooms kan tot geen andere conclusie leiden dan dat het paddoverbod heeft geleid tot een *de facto* ontneming van een bepaalbaar vermogensbestanddeel van het bedrijf, te weten de goodwill. Bovendien is in het geval van Fresh Mushrooms, in tegenstelling tot het geval was in bijvoorbeeld de Tre-Traktörer-zaak en de Fredin-zaak, geen zinvol ander gebruik van het bedrijf mogelijk hetgeen tevens betekent dat, los van het feit dat de waarde van de goodwill tot nul is gedaald, het bedrijf in het geheel geen waarde meer vertegenwoordigt in het economische verkeer. Het paddoverbod heeft ten aanzien van Fresh Mushrooms onmiskenbaar geleid tot een *de facto* ontneming van de eigendom.
127. Uit het schaderapport blijkt overigens dat geenszins kan worden uitgesloten dat liquidatie en daarmee *de facto* ontneming van de eigendom op korte en middellange termijn ook bij andere bedrijven binnen de branche gaat plaatsvinden, zoals bijvoorbeeld bij smartshophouders en andere telers. Ten tijde van het uitbrengen van deze appèldagvaarding was duidelijk dat diverse bedrijven hun bedrijfsactiviteiten volledig hebben moeten staken. De VLOS c.s. zal als **productie 53** aanvullende bewijzen in het geding brengen.
128. Met de liquidatie van het bedrijf Fresh Mushrooms en de overgelegde globale schaderapportage is voldoende komen vast te staan dat in ieder geval voor één/enkele bedrijven binnen de smartshopsector elk zinvol ander gebruik van het bedrijf onmogelijk is geworden waardoor voor deze bedrijven geldt dat zij per saldo geen waarde meer vertegenwoordigen in het economisch verkeer. Het paddoverbod leidt er voor deze bedrijven toe dat zij volledig moeten liquideren. In dat licht heeft de Voorzieningenrechter in r.ov. 4.11 en 4.12 ten onrechte overwogen dat onvoldoende is komen vast te staan dat zulks - ook van bedrijven waarvan gesteld wordt dat zij zich uitsluitend bezighouden met telen of verkopen van paddo's - het geval is.

129. Zoals aangegeven heeft de Voorzieningenrechter ten onrechte veronderstellenderwijs aangenomen dat sprake is van eigendom in de zin van art. 1 EP. Ten aanzien van deze vraag wensen appellanten de grondslag van hun beroep aan te vullen met de stelling dat de tot 1 december 2008 ongestoorde en legale verkoop door appellanten van paddo's gekwalificeerd dient te worden als een eigendomsrecht in de zin van art. 1 EP. De Staat heeft deze activiteit met de inwerkingtreding van het paddoverbod geheel verboden hetgeen een rechtstreekse inbreuk vormt op het beginsel van ongestoord genot van de eigendom van verzoekers en derhalve een *de facto* ontneming van de eigendom.
130. Voorts is van belang dat het EHRM in gevallen waarin sprake is van een *de facto* ontneming van de eigendom met enige striktheid toetst of er door de betreffende lidstaat maatregelen zijn genomen die beogen enige vergoeding aan te bieden voor de ontneming. Wanneer dat niet het geval is zal de inbreuk de *fair balance*-toets niet kunnen doorstaan. Slechts buitengewone omstandigheden (*exceptional circumstances*) kunnen de ontneming zonder schadevergoeding dan rechtvaardigen en daarin is blijkens de rechtspraak van het EHRM maar zeer zelden sprake van.

Zie:

- EHRM 9 december 1994, Serie A vol 301A par. 71.
- EHRM 20 november 1995, Series A, 332, par. 38.

131. Dergelijke buitengewone omstandigheden zijn niet door de Staat naar voren gebracht, noch anderszins gebleken. Het bovenstaande leidt daarom tot de conclusie dat het paddoverbod, zonder dat de Staat ook maar op enigerlei wijze voorziet in een adequate financiële compensatie voor de sector, in het bijzonder de onevenredig zwaar benadeelden, onmiskenbaar leidt tot een onrechtmatige inbreuk op art. 1 EP.
132. In art. 94 Grondwet is het volgende bepaald:

“Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.”

133. Het EVRM is een ieder verbindend verdrag. Nu uit het voorgaande onmiskenbaar blijkt dat het paddoverbod leidt tot een onrechtmatige inbreuk op het rechtstreeks werkende art. 1 EP bij het EVRM, kan dit tot geen andere conclusie leiden dan dat de AMvB, zolang niet is voorzien in een financiële nadeelcompensatieregeling, niet verenigbaar moet worden geacht met het EVRM en om die reden onverbindend dient te worden verklaard.

3.7 Zevende grief

134. Ten onrechte heeft de Voorzieningenrechter in r.ov. 4.14 - 4.16 het navolgende overwogen:

“De Minister heeft met het oog op de doelstelling van de volksgezondheid een - op zichzelf voor de branche ingrijpend - verbod nodig geacht. Bij de beoordeling van de vraag of dit verbod voldoet aan artikel 1 Eerste Protocol wordt in aanmerking genomen dat dit een zwaarwegende doelstelling is en dat het in beginsel aan de wetgever is om te beoordelen welke maatregelen ter bereiking van deze doelstelling noodzakelijk en aanvaardbaar zijn. Daarbij kan niet gezegd worden dat de afweging tussen enerzijds het belang van pado-ondernemers voorshands kennelijk onredelijk is uitgevallen, omdat niet is gebleken dat de Minister met het bestreden verbod is getreden buiten de hem ter zake toekomstige wide margin of appreciation. In dat kader is van belang dat de aanwezigheid van (minder ingrijpende) alternatieven op zich zelf niet voldoende is om te concluderen dat de inbreuk ongerechtvaardigd is (zie bijvoorbeeld EHRM 19 december 1989, Serie A. 169/ Mellacher/Oostenrijk, HR 16 november 2001, NJ 2002, 469, NVV/Staat). Voorts is relevant dat, anders dan de Vlos c.s. meent, de branche vanaf mei 2007 rekening had kunnen houden met mogelijk ingrijpen. Zij was in ieder geval vanaf 19 oktober 2007 bekend met het besluit van de Minister om tot een verbod over te gaan. De voorzieningenrechter volgt het standpunt van de Vlos, dat zij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de verkoop legaal zou blijven en dat de termijn van inwerkingtreding onredelijk kort is, dan ook niet temeer nu de wijzigingsmogelijkheid in de Opiumwet is opgenomen. Bovendien geldt in zijn algemeenheid dat de Staat een ruimte mate van vrijheid heeft om zijn wetgeving te wijzigen, ook als daardoor eerdere verwachtingen of vooruitzichten teniet worden gedaan. Dit behoort in beginsel tot het ondernemersrisico. Er zijn in dit geval geen bijzondere omstandigheden die tot een andere conclusie leiden.

4.15 In de onderhavige zaak doet zich, anders dan in het door de Vlos c.s. aangehaalde Leffers-arrest (HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638), niet de situatie voor dat door een bepaalde groep, in verhouding tot het nadeel dat de gehele getroffen branche lijdt, onevenredige schade wordt geleden, hetgeen een verplichting tot schadevergoeding kan meebrengen. De gehele smartshopbranche wordt immers door de maatregel getroffen. Een beroep op art. 1 Eerste Protocol wordt derhalve afgewezen.

4.16 De conclusie van het voorgaande is dat binnen het beperkte kader van dit kort geding niet met de hier vereiste mate van aannemelijkheid kan worden geconcludeerd dat er sprake is van onzorgvuldigheid ten opzichte van de Vlos c.s. Evenmin is de door de Vlos c.s. aangevoerde strijdigheid met de Opiumwet of het Eerste Protocol voldoende aannemelijk geworden. Dit leidt tot de slotsom dat de AMvB niet onmiskenbaar onverbindend is en dat de vorderingen dienen te worden afgewezen.”

135. Ten eerste gaat de Voorzieningenrechter in deze rechtsoverweging ten onrechte voorbij aan hetgeen door appellanten met betrekking tot het algemeen belang en meer in het bijzonder de volksgezondheid, naar voren is gebracht. De Voorzieningenrechter volgt de Staat in de stelling dat het gaat om een zwaarwegende doelstelling maar miskent daarmee dat uit de diverse onderzoeken die de door Minister door het CAM heeft laten

uitvoeren naar voren is gekomen dat paddogebruik slechts een gering risico opleveren voor de volksgezondheid. Bovendien blijkt uit diezelfde onderzoeken dat niet een totaalverbod maar juist met de regulering van de paddoverkoop de meeste winst voor de volksgezondheid valt te behalen. Met de overweging dat de beschikbaarheid van (minder ingrijpende) alternatieven onvoldoende is om te concluderen dat de inbreuk ongerechtvaardigd is gaat de Voorzieningenrechter ten onrechte voorbij aan het gegeven dat het beschikbare beleidsalternatief niet alleen minder ingrijpend is, maar volgens de deskundigen ook nog eens effectiever zal zijn. Juist deze beschikbaarheid van een minder ingrijpend en bovendien effectiever alternatief dient als één van de omstandigheden te worden meegewogen bij de vraag of er sprake is van een disproportionele inbreuk.

- zie: EHRM 22 september 1994 (Hentrich/Frankrijk), Serie A nr. 296A, par. 47.

136. De Voorzieningenrechter geeft echter blijk van een onjuiste rechtstoepassing door het punt van de beschikbaarheid van een alternatieve en minder ingrijpende maatregel als het ware te isoleren als mee te wegen omstandigheid en vervolgens te concluderen dat deze omstandigheid op zichzelf genomen onvoldoende is om aan te nemen dat er sprake is van een ongerechtvaardigde inbreuk. Daarmee miskent de Voorzieningenrechter dat de proportionaliteitstoets die volgt uit art. 1 EP juist ziet op een afweging van de verschillende door het EHRM erkende relevante omstandigheden waarvan de som van deze omstandigheden en belangen uiteindelijk bepalend is voor de vraag of er sprake is van een disproportionele inbreuk.
137. De Voorzieningenrechter heeft daarmee feitelijk een onjuist toetsingscriterium gehanteerd en heeft verschillende relevante omstandigheden ten onrechte niet meegewogen.
138. De Vlos c.s. wijst in dit verband op de globale schadebegroting die door het Bureau Bijzonder Accountantsonderzoek BV is opgesteld en die inzicht geeft in de schade voor de branche. Uit dit rapport blijkt dat de gevolgen aanzienlijk ingrijpender zijn dan de Staat aanvankelijk had ingeschat. Met name het feit dat enkele bedrijven binnen de branche nu reeds genoodzaakt zijn tot liquidatie is een omstandigheid die op geen enkele wijze een rol heeft gespeeld bij de besluitvorming van de Minister van VWS. De Minister is er blijkens de toelichting op de AMvB, zonder daar enig onderzoek naar te doen, vanuit gegaan dat het paddoverbod voor de sector slechts zou leiden tot een beperkte omzetsderving. Uit de overgelegde rapportage blijkt dat de gevolgen voor de branche echter aanzienlijk ingrijpender zijn.
139. Voorts overweegt de Voorzieningenrechter ten onrechte dat de branche vanaf 14 mei 2007 rekening had kunnen houden met mogelijk ingrijpen. In de brief van de Minister van VWS waaraan de Voorzieningenrechter hier refereert wordt echter uitsluitend aangekondigd dat de Minister een nieuwe risico-inschatting zal laten maken door het

CAM. Pas in de brief van 19 oktober 2007 schrijft de Minister van VWS voor het eerst dat hij voornemens is de hallucinogene paddenstoelen volledig te verbieden.

140. De VLOS c.s. heeft in dat verband aangegeven dat hij na de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 5 november 2002 er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat verse hallucinogene paddenstoelen niet onder de reikwijdte van de Opiumwet vielen en ook niet zouden worden gebracht. De Hoge Raad heeft in dat arrest immers aangegeven dat een verdragsconforme interpretatie van de Opiumwet ten aanzien van het Psychotrope Stoffen Verdrag meebrengt, dat het nimmer de bedoeling van de verdragswetgever is geweest ook verse paddenstoelen onder de reikwijdte van het verdrag en daarmee de Opiumwet te brengen.
141. De gerechtvaardigde verwachtingen zijn daarnaast ingegeven door het feit dat nota bene de Minister van VWS bij brief d.d. 19 maart 2003 naar aanleiding van dit arrest van de Hoge Raad het volgende aan de Tweede Kamer heeft bericht:

“Het Coördinatiepunt Assessment en Monitoring nieuwe drugs (CAM) concludeert in het <<Risicoschattingsrapport betreffende paddo’s (psilocine en psilocybine)>> dat het risico van paddogebruik voor de volksgezondheid als gering moet worden ingeschat. Weliswaar is het ooit-gebruik van de paddo’s onder de algemene bevolking tussen 1997 en 2001 gestegen van 1,6% naar 2,6%, maar het actuele gebruik is met 0,1% stabiel gebleven. Dit betekent dat het aantal personen dat ooit wel eens paddo’s heeft gebruikt toeneemt, maar slechts een zeer geringe minderheid met enige regelmaat dit middel gebruikt.

In november 2002 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in twee zaken over paddo’s. de hoge Raad heeft geoordeeld dat gedroogde en verwerkte paddo’s onder de Opiumwet vallen. Verse onbewerkte paddo’s vallen niet onder de Opiumwet. Gezien de conclusie van het CAM en de geringe prevalentie van het gebruik van paddo’s zie ik geen noodzaak tot een wettelijk verbod van verse paddo’s.”

- TK 2002-2003, 24 077, nr. 114, p. 9.

142. De Minister van VWS heeft daarmee zelf uitdrukkelijk en ondubbelzinnig de volledig gerechtvaardigde verwachtingen gewekt bij de smartshopsector dat de teelt en verkoop van verse paddenstoelen niet verboden zou worden. Voor met name de bedrijven die zich to 1 december 2008 bezig hielden met het telen van paddo’s is dat ook het moment geweest om investeringen te doen in hun ondernemingen.
143. Voorts heeft de Minister van VWS op 13 februari 2007 opnieuw enkele Kamervragen met betrekking tot de verkoop van verse paddo’s beantwoord. Opnieuw benadrukt de Minister dat verse paddo’s niet onder de reikwijdte van de Opiumwet vallen en erkent hij expliciet het belang van goede voorlichting over de effecten van paddo’s. Op een vraag hoe de Minister staat tegen over het idee om een standaardwaarschuwing over de gezondheidsrisico’s op de verpakking op te nemen antwoordde de Minister het volgende:

“Ik zal onderzoeken of het mogelijk en wenselijk is een standaardwaarschuwing over de gezondheidsrisico’s van verse paddenstoelen bijvoorbeeld via de Warenwet verplicht te stellen.”

- TK 2006-2007, Aanhangsel, 780, p. 1675.

144. Gelet op deze beantwoording van Kamervragen door de Minister van VWS heeft de smartshopsector er in alle redelijkheid geen rekening mee hoeven houden dat het beleid ten aanzien van paddo’s ingrijpend zou wijzigen. De Minister van VWS heeft nota bene toegezegd te zullen onderzoeken of regulering door middel van standaardwaarschuwingen over de gezondheidsrisico’s mogelijk en wenselijk is. Dit onderzoek is echter nooit uitgevoerd, althans de Tweede Kamer is daarover nooit geïnformeerd.
145. Op 14 mei 2007 kondigt de Minister van VWS naar aanleiding van een motie van Tweede Kamerlid Joldersma aan dat hij het CAM een nieuwe risicobeoordeling met betrekking tot het gebruik van paddo’s zal laten uitvoeren. Over deze risicobeoordeling schrijft de Minister het volgende:

“Het CAM beschikt over een dagelijks bestuur, een secretariaat en een multidisciplinair samengestelde commissie van experts op het gebied van drugs en druggebruik. Deze experts brengen vanuit de eigen deskundigheid informatie bijeen over diverse aspecten van het gebruik van een drug. Een risicoschattingsprocedure vindt plaats met vooraf vastgestelde criteria op het gebied van individuele gezondheid, volksgezondheid, openbare orde en criminaliteit. Het is dan ook niet nodig een specifieke onderzoeksvraag te formuleren. (...) De resultaten van de procedure worden vastgelegd in een rapport, waarin ook mogelijke maatregelen en de gevolgen daarvan worden beschreven. Het CAM heeft in 2000 reeds een risicobeoordeling van paddo’s gemaakt. In de nieuwe risicobeoordeling zullen de ervaringen en inzichten van de afgelopen zeven jaar in binnen- en buitenland worden meegenomen. Mede op basis van deze rapportage zal ik u laten weten of en zo ja welke wijzigingen in het huidige beleid ik nodig vind.”
[onderstreping dezerzijds]

- TK 2006-2007, 30515, nr. 15.

146. In deze brief benadrukt de Minister van VWS de zorgvuldigheid waarmee het CAM risicobeoordelingen uitvoert met betrekking tot drugs en kondigt hij met zoveel woorden aan zich (mede) te zullen laten leiden door deze rapportage. Uit de risicobeoordeling van het CAM blijkt vervolgens dat met de regulering van de verkoop en goede voorlichting de meeste winst voor de volksgezondheid te behalen valt. Gelet op de aangehaalde uitlatingen van de Minister van VWS in maart 2003, februari 2007 en mei 2007 lag het in de gerechtvaardigde lijn der verwachtingen dat de Minister van VWS hooguit enkele

maatregelen zou nemen met betrekking tot de regulering van de verkoop van paddo's. De smartshopsector hoefde in redelijkheid geen rekening te houden met een totaalverbod. Dit vertrouwen is bovendien door de Minister van VWS zelf gewekt.

147. Uit het voorgaande blijkt onmiskenbaar dat gedurende meerdere jaren zijn door de Minister van VWS gerechtvaardigde verwachtingen gewekt met betrekking tot het beleid ten aanzien van verse paddo's. Bovendien viel niet te verwachten dat het CAM tot een andersluidende eindconclusie in de risicobeoordeling zou komen, hetgeen ook niet is gebeurd. Pas bij brief van 19 oktober 2007 wordt voor het eerst duidelijk dat deze bestendige beleidslijn van de Minister abrupt en ingrijpend gaat wijzigen. Ongeveer één jaar later is een jarenlange legale handel en teelt van paddo's van de ene op de andere dag illegaal.
148. De Vlos c.s. wijst in dit verband op de Fredin-zaak, waarin het EHRM met betrekking het redelijkerwijs rekening houden met beleidswijzigingen het volgende heeft overwogen:

“With regard tot the second argument, the Court first notes that the applicant are still the owners of the gravel resources on Ström 1:3. It recognises nevertheless that the revocation of the 1963 permit did have serious adverse effects, as compared with the situation which would have obtained if they had been able to continue to exploit gravel in accordance with that permit, on the income derivable from the possessions involved in this case and also on their value. One has, however, to bear in mind that, over the years, the exploitation of gravel had become more and more regulated and, in fact restricted (...). Thus, the amendment introduced on 1 July 1973 to the 1964 Act (...) empowered the authorities to revoke, without compensation, old permits, such as the applicants, after ten years had passed, that is of 1 July 1983. As a consequence, the applicants possibilities of continuing their gravel exploitation business after this date became uncertain.”

- EHRM 18 februari 1991 (Fredin/Zweden), Series A, Vol. 192. par. 46.

149. Uit het bovenstaande citaat blijkt dat het EHRM bij de vraag of sprake is van een disproportionele regulering van de eigendom nadrukkelijk rekening houdt met de verwachtingen van de betrokken ten aanzien van het beleid. In de Fredin zaak overweegt het Hof expliciet dat de ‘*exploitation of gravel*’ in de loop der jaren meer en meer gereguleerd en feitelijk restrictiever werd. Uiteindelijk leidt dat er toe dat Fredin er na 10 jaar rekening mee diende te houden dat zijn bedrijfsactiviteiten onzeker werden.
150. In de onderhavige zaak is van belang dat Nederland sinds het begin van de jaren zeventig een tolerant drugsbeleid kent, met name als het gaat cannabisgebruik in coffeeshops. De overheidsbemoediging dient blijkens de memorie van toelichting ook beperkt te blijven tot de middelen waarvan op basis van een zorgvuldige risicobeoordeling uiteindelijk geoordeeld moet worden dat het gebruik een onaanvaardbaar risico opleveren. Gelet op de uitspraken die de Minister van VWS tot en met 2007 heeft gedaan en gelet op de

risicobeoordelingen van het CAM in 2000 en 2007 hoefde de branche in redelijkheid geen rekening te houden met een totaalverbod van paddo's. Anders dan in de Fredin-zaak was dus geen sprake van een gedurende meerdere jaren restrictiever wordend beleid ten aanzien van paddo's. Integendeel, meerdere malen is door de Minister van VWS aangegeven dat een verbod op verse paddo's niet noodzakelijk werd geacht. In plaats van de 10 jaar die Fredin had om zich op de regulering van zijn eigendom voor te bereiden is de branche slechts één jaar de tijd gegeven.

151. Tegen deze achtergrond en gelet op de relatieve hoge investeringen die met name bedrijven na 2003 hebben gedaan, is de termijn waarop het paddoverbod is ingevoerd, onredelijk kort. De omstandigheid dat in de Opiumwet een wijzigingsmogelijkheid is opgenomen doet daaraan niet af. Te meer nu bovendien niet voldaan is aan de cumulatieve vereisten die zijn neergelegd in art. 3a lid 2 Opiumwet. De Voorzieningenrechter heeft in dit licht ten onrechte de VLOS c.s. niet gevolgd in het standpunt dat er een gerechtvaardigde verwachting bestond dat de verkoop legaal zou blijven en dat de termijn van inwerkingtreding onredelijk kort is.
152. Voorts overweegt de Voorzieningenrechter dat de Staat in zijn algemeenheid een ruime mate van vrijheid heeft om zijn wetgeving te wijzigen, ook als daardoor eerdere verwachtingen of vooruitzichten teniet worden gedaan. Dit behoort in beginsel tot het ondernemersrisico en er zijn in dit geval geen bijzondere omstandigheden die tot een andere conclusie leiden, aldus de Voorzieningenrechter. Met deze overwegingen gaat de Voorzieningenrechter opnieuw voorbij aan het beroep van appellanten op art. 1 EP waarbij het gaat om een totale afweging van alle relevante omstandigheden.
153. Voorts volgt de Voorzieningenrechter, onder verwijzing naar het Leffers-arrest, ten onrechte de Staat in de stelling dat zich in de onderhavige zaak niet de situatie voordoet dat een bepaalde groep, in verhouding tot het nadeel dat de gehele getroffen branche lijdt, onevenredige schade wordt geleden, hetgeen een verplichting tot schadevergoeding kan meebrengen. De VLOS c.s. wijst in dit verband op het overgelegde schaderapport waaruit blijkt dat voor enkele bedrijven binnen de branche als gevolg van het paddoverbod geen andere mogelijkheid voor handen is dan liquidatie. Het gaat daarbij met name om kweekbedrijven die volledig zijn ingericht op de kweek van hallucinogene paddenstoelen. In het bijzonder verwijst de VLOS c.s. in dit verband naar het bedrijf Fresh Mushrooms dat ten opzichte van de rest van de branche onevenredig zwaar wordt getroffen. De Voorzieningenrechter heeft ten onrechte miskend dat jegens deze categorie bedrijven binnen de branche op grond van het Leffers-arrest kan worden geoordeeld dat een verplichting tot schadevergoeding bestaat.
154. Gelet op de omstandigheden dat:
 - er effectievere en minder ingrijpende alternatieven voor handen zijn;
 - de Minister van VWS door zijn uitlatingen de afgelopen jaren meermalen gerechtvaardigde verwachtingen heeft gewekt;

- de termijn waarop het paddoverbod onredelijk kort is, de bedrijfsschade voor de smartshopbranche zeer ingrijpend is;
- het verbod strijdig is met de cumulatieve vereisten uit art. 3a lid 2 Opiumwet;
- de door de Minister van VWS gebruikte lijst niets zegt over de chemische samenstelling van paddenstoelen en derhalve voor dat doel ongeschikt;
- de lijst in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het lex certa beginsel tot stand is gekomen;
- het brengen van verse paddenstoelen onder de werkingssfeer van de Opiumwet in strijd is met het Psychotrope Stoffen Verdrag;
- de Staat geen, althans onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de gevolgen voor de smartshopsector;
- er binnen de smartshopbranche (kweek)bedrijven zijn die ten opzichte van de rest van de branche onevenredig zwaar worden getroffen;
- er geen adequate nadeelcompensatieregeling is voorgesteld;

is geen andere conclusie mogelijk dan dat het paddoverbod onmiskenbaar leidt tot een onevenredige zware last op de smartshopbranche. Derhalve is sprake van een disproportionele inbreuk op het recht op ongestoord genot van eigendom in de zin van art. 1 EP. De AMvB is daarmee rechtstreeks in strijd met art. 1 EP hetgeen, gelet op het bepaalde in art. 94 Grondwet voorshands leidt tot onmiskenbare onverbindendheid van de AMvB.

3.8 Achtste grief

155. Ten onrechte overweegt de Voorzieningenrechter in r.ov. 4.4 onder meer als volgt:

“4.4. De Vlos c.s. heeft allereerst aangevoerd dat de AMvB is vastgesteld in strijd met artikel 81 Grondwet. Dit standpunt kan evenwel niet gevolgd worden. Artikel 120 Grondwet staat aan de door de Vlos gewenste toetsing van artikel 3a Opiumwet aan de Grondwet in de weg. Het is de keuze van de wetgever geweest om, ondanks mogelijke bezwaren die daartegen aangevoerd kunnen worden, in artikel 3a lid 2 Opiumwet de mogelijkheid op te nemen de lijsten behorende bij deze wet bij algemene maatregel te wijzigen. Deze mogelijkheid is destijds in overeenstemming met artikel 81 Grondwet vastgesteld. Overigens bestaat er bij bedoelde wijziging van de Opiumwet wel degelijk de mogelijkheid voor de Tweede Kamer om inspraak uit te oefenen. (...)”

156. De Voorzieningenrechter miskent met dit oordeel dat de VLOS c.s. het navolgende.

3.8.1 Inleiding

157. Centraal staat de vraag of de AMvB buiten werking dient te worden gesteld, nu door middel van deze AMvB onder meer lijst II, die bij de Opiumwet behoort en daarvan derhalve deel uitmaakt, wordt gewijzigd. Met andere woorden: vaststaat, en zulks wordt

noch door de Staat betwist noch door de Voorzieningenrechter anders beoordeeld, dat in dit geval door middel van een AMvB de wet wordt gewijzigd.

158. Een dergelijke wijziging van een wet in formele zin via een AMvB verdraagt zich niet met artikel 81 van de Grondwet en de Aanwijzingen voor de Regelgeving nrs. 34 en 223:

- op grond van artikel 81 Grondwet geschiedt de vaststelling van wetten door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk, en niet door de Kroon alléén;
- op grond van Aanwijzing voor de regelgeving nr. 34 is het niet toegestaan dat een hogere regeling bij lagere regeling wordt gewijzigd;
- op grond van Aanwijzing voor de regelgeving nr. 223 geschiedt de wijziging van een regeling door een regeling van gelijke orde.

159. De Raad van State heeft in zijn advies over wetsvoorstel 27 874, waarbij onder meer de in artikel 3a lid 2 van de Opiumwet neergelegde mogelijkheid om lijst II te wijzigen werd voorgesteld, dan ook terecht vanuit staatsrechtelijk oogpunt bezwaren geuit tegen deze mogelijkheid:

“(...) Aldus wordt het over de hele linie mogelijk de wet, althans de bij de wet behorende lijsten, te wijzigen bij algemene maatregel van bestuur en dus bij lagere regeling. De Raad wijst er in dit verband op dat aan deze procedure het bezwaar kleeft dat in de toekomst bij elke mutatie van de bedoelde lijsten bij lagere regeling van een hogere regeling wordt afgeweken. Een dergelijke situatie dient, mede gelet op aanwijzing 34 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, zoveel mogelijk te worden vermeden. Om een dergelijke situatie te voorkomen beveelt de Raad - als alternatief - de procedure aan inzake de verdelingsmaatstaven in de Financiële verhoudingsregelgeving. Die verdelingsmaatstaven zijn de eerste maal bij wet bepaald. Indien een wijziging nodig blijkt, zullen zij integraal in een algemene maatregel van bestuur worden opgenomen. Elke volgende wijziging kan dan eveneens bij algemene maatregel van bestuur plaatsvinden, met inachtneming van een voorhangprocedure. Zodoende kan de formele wetgever toezicht houden op deregeling en wordt voorkomen dat een hogere regeling door een lagere wordt gewijzigd. De Raad beveelt aan in dit geval over te gaan tot de invoering van een met de Financiële-verhoudingswet vergelijkbare systematiek en artikel 3 van de Opiumwet in die zin aan te passen.”

- TK 2000-2001, 27 874, B, pagina 2

160. De regering heeft weliswaar dit formele bezwaar onderkend, maar het advies van de Raad van State terzijde geschoven:

“Het nieuwe systeem wijkt formeel af van het bestaande systeem. In het onderhavige voorstel tot wijziging van de Opiumwet kan een algemene maatregel van bestuur rechtstreeks een wijziging op wetsniveau tot stand brengen. Materieel is het effect

hetzelfde: een via een algemene maatregel van bestuur toegevoegd of van de lijst afgevoerd middel valt wel onderscheidenlijk niet onder de werking van de Opiumwet.

Met het voorzien in een voorhangprocedure

(zie artikel 3a, vierde lid) zal de invloed van de Staten-Generaal materieel niet anders zijn dan die bij de behandeling van een wetsvoorstel, strekkende tot wijziging van de bij de Opiumwet behorende lijst I of II.

Wanneer het gaat om middelen die aan de lijsten die behoren bij het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen dan wel het Verdrag inzake Psychotrope Stoffen, worden toegevoegd dan wel van die lijsten worden geschrapt, zal dit een zuiver procedurele aangelegenheid zijn. Alleen in het bijzondere geval dat op nationaal niveau wordt besloten een middel toe te voegen of te schrappen, kan zich een inhoudelijke discussie voordoen. Die kan gevoerd worden in het kader van de voorhangprocedure. In het verleden heeft deze procedure ten aanzien van het toevoegen van middelen goed gefunctioneerd.

De door de Raad van State aanbevolen procedure inzake de verdeelmaatstaven die zijn neergelegd in het bij en krachtens de Financiëleverhoudingswet bepaalde, achten de ondertekenaars van het wetsvoorstel geen goed alternatief. Het volgen van die procedure zou betekenen dat niet in één oogopslag in de Opiumwet zelf kan worden gelezen welke middelen onder de wet vallen. Dat is niet alleen onhandig voor degenen die de Opiumwet moeten uitvoeren of toepassen, maar ook met het oog op het voeren van internationaal overleg. Dergelijk overleg betreft bijvoorbeeld een gecoördineerde aanpak van misbruik van een bepaald middel of categorie van middelen, hetgeen inzicht in elkaars verbods- of handhavingssystemen kan vereisen.

Het advies van de Raad van State terzake wordt derhalve niet overgenomen.”

- TK 2000-2001, 27 874, B, pagina 2 en 3

161. Volgens de regering wordt materieel eenzelfde effect bereikt als door de Raad van State wordt beoogd. Via de voorhangprocedure zou de positie van de Staten-Generaal in het wetgevingsproces voldoende zijn gewaarborgd. De door de Raad van State gesuggereerde oplossing zou in de praktijk onvoldoende werkbaar zijn.

Verwezen zij naar de nrs. 56 en 57 van de inleidende dagvaarding, die als hier herhaald en ingelast dienen te worden beschouwd.

162. Op grond van artikel 120 Grondwet geldt een rechterlijk toetsingsverbod voor wetten in formele zin (en verdragen):

“De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.”

163. Artikel 120 Grondwet verbiedt de rechter om wetten in formele zin en verdragen te toetsen aan de Grondwet of aan algemene rechtsbeginselen. Het verbod tot toetsing van de wet in formele zin vooronderstelt dat zonder een uitdrukkelijke grondwetsbepaling

de rechter in het algemeen wél een lagere regeling aan een hogere regeling mag en moet toetsen. Het verbod van artikel 120 Grondwet houdt in dat de rechter wetten in formele zin noch wat de inhoud betreft, noch ook wat de wijze van totstandkoming betreft aan de Grondwet mag toetsen. Het verbod geldt uitsluitend voor wetten in formele zin: andere regelingen, zoals algemene maatregelen van bestuur, ministeriële verordeningen, provinciale en gemeentelijke verordeningen, kunnen wél aan de Grondwet worden getoetst.

- A.K. Koekkoek e.a., De Grondwet, een systematisch en artikelsgewijs commentaar, Deventer 2000, p. 545.

164. Artikel 120 Grondwet moet beschouwd worden als een uitzondering op de (ongeschreven) algemene regel dat de rechter bevoegd en tegelijk verplicht is rechtsregels op hun grondwettigheid te toetsen, zodra toepassing van hem wordt gevraagd. De lagere regelingen mogen trouwens met geen enkele wet in strijd zijn en ook dat beoordeelt de rechter.

- Van der Pot-Donner, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, 14e druk, Deventer 2001, pagina 182.

165. De Hoge Raad heeft voorts geoordeeld dat naast toetsing van de wet in formele zin aan de Grondwet, ook toetsing van die wet aan het Statuut en ongeschreven rechtsbeginselen is uitgesloten (HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet; m.nt. MS)).

3.8.2. Beoordeling van de rechtsoverwegingen van de Voorzieningenrechter

166. In r.ov. 4.4 stelt de Voorzieningenrechter terecht dat de Vlos c.s. heeft aangevoerd dat de AMvB is vastgesteld in strijd met artikel 81 Grondwet. Dit standpunt kan volgens de Voorzieningenrechter niet worden gevolgd, omdat artikel 120 Grondwet aan de door de Vlos gewenste toetsing van artikel 3a Opiumwet aan de Grondwet in de weg zou staan.
167. Zonder de overwegingen woordelijk tot de zijne te maken of deze expliciet aan te halen, heeft de Voorzieningenrechter hier kennelijk de stellingen van de Staat aanvaard.
168. De Staat stelt in de eerste plaats onder nr. 4.1.1 van de pleitnota dat de Vlos c.s. miskent dat de wetgever van de Opiumwet welbewust heeft gekozen voor een systeem waarbij de lijsten bij de Opiumwet rechtstreeks door middel van een AMvB kunnen worden gewijzigd en - daarmee verbandhoudend - dat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet aan de door de Vlos c.s. gewenste toetsing in de weg staat. Ten tweede geeft de VLOS volgens de Staat aan de Aanwijzingen een status die deze niet hebben. Deze twee argumenten worden verder uitgewerkt onder nrs. 4.1.2 tot en met 4.1.10.
169. De Staat verwijst allereerst naar de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van het huidige artikel 3a lid 2 Opiumwet. De Staat beschrijft daarin allereerst dat de mogelijkheid om via AMvB de lijsten I en II van de Opiumwet te wijzigen, bij de

totstandkoming van artikel 3a lid 2 Opiumwet nadrukkelijk en uitvoerig aan de orde is geweest. Daarbij noemt de Staat dat de Raad van State heeft opgemerkt dat aan de voorgestelde procedure ‘het bezwaar kleeft’ dat in de toekomst bij elke mutatie van de bedoelde lijsten, maar dat de Raad “op zichzelf overigens niet bezwaarlijk” achtte “(d)at bij algemene maatregel van bestuur wordt afgeweken van een wet in formele zin”. Ter onderbouwing van die vaststelling verwijst de Staat vervolgens naar de alternatieve oplossing die de Raad van State voorstelt, waarbij de lijst bij de Opiumwet zelf ongewijzigd zou blijven, maar bij AMvB bij elke wijziging een nieuwe lijst zou worden vastgesteld. Door een aantal relevante passages uit het advies van de Raad van State weg te laten, en voorts te suggereren dat volgens de Raad van State aan de regeling slechts een ‘bezwaar kleeft’, welk bezwaar eenvoudig kan worden weggenomen doordat via een andere weg hetzelfde resultaat wordt bereikt, bagatelliseert de Staat het fundamentele staatsrechtelijke probleem waarop de Raad van State de wetgever heeft gewezen.

170. De Raad van State geeft immers aan dat de situatie waarop zijn bezwaar ziet, namelijk dat in de toekomst bij elke mutatie van de bedoelde lijsten bij lagere regeling van een hogere regeling kan worden afgeweken, mede gelet op aanwijzing 34 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, zoveel mogelijk dient te worden vermeden. De Raad van State vervolgt dan met het voorbeeld van de procedure aan inzake de verdelingsmaatstaven in de Financiële verhoudingsregelgeving. De relevantie daarvan is dan niet zozeer dat het ‘bezwaar’ daarmee kan worden weggenomen door de regeling simpelweg in een iets andere vorm te gieten. Het belang schuilt echter dáárin, dat op deze wijze volgens de Raad van State de formele wetgever toezicht kan houden op de regeling en wordt voorkomen dat een hogere regeling door een lagere regeling opzij wordt gezet.

171. De regering erkent weliswaar het formeel staatsrechtelijke punt, waarbij de wettelijke regeling voorziet in een mogelijkheid om via AMvB de wet te wijzigen:

“Het nieuwe systeem wijkt formeel af van het bestaande systeem. In het onderhavige voorstel tot wijziging van de Opiumwet kan een algemene maatregel van bestuur rechtstreeks een wijziging op wetsniveau tot stand brengen.”

172. Niettemin is de regering van oordeel dat de keuze voor de procedure die de regering voor ogen heeft of voor het alternatief van de Raad van State materieel geen effect heeft.

“Materieel is het effect hetzelfde: een via een algemene maatregel van bestuur toegevoegd of van de lijst afgevoerd middel valt wel onderscheidenlijk niet onder de werking van de Opiumwet. Met het voorzien in een voorhangprocedure (zie artikel 3a, vierde lid) zal de invloed van de Staten-Generaal materieel niet anders zijn dan die bij de behandeling van een wetsvoorstel, strekkende tot wijziging van de bij de Opiumwet behorende lijst I of II.”

173. Het antwoord van de regering - dat ook onder nr. 4.1.3 van de pleitnota door de Staat is aangehaald is weinig adequaat, omdat het voorbij gaat aan het principiële staatsrechtelijke bezwaar dat niet via een lagere regeling een hogere regeling kan worden gewijzigd.
174. De rol van het parlement is in de voorhangprocedure weliswaar die van waakhond, die binnen 4 weken kan blaffen zodra hij van mening is dat het onderwerp van zodanige importantie is, dat daarvoor een volledige wetgevingsprocedure moet worden doorlopen. Toch biedt die voorhangprocedure geen vergelijk met het gebruikelijke, volledige wetgevingsproces dat met de nodige waarborgen is omkleed en waarbij zowel de Tweede als de Eerste Kamer het wetsvoorstel uitvoerig en zorgvuldig zullen moeten behandelen. Aan een uitvoerige en zorgvuldige behandeling door de Tweede Kamer - laat staan de Eerste Kamer - heeft het in dit geval geheel ontbroken. In de eerste plaats heeft de Minister van VWS het ontwerp-besluit willens en wetens bij aanvang van het twee weken durende Paasreces naar de Tweede en de Eerste Kamer gestuurd, zodat de termijn van 4 weken in de praktijk aanzienlijk werd verkort. Diverse Tweede Kamerfracties hebben de Minister van VWS vervolgens tot tweemaal toe een groot aantal vragen gestuurd, die in een tweetal kortdurende ronden zijn beantwoord. Niettemin blijft die beantwoording in vele gevallen steken in een herhaling van eerdere zinnen of een beantwoording met “ja” en “neen”. Nadat de Minister van VWS vervolgens had geconstateerd dat in de Vaste Kamercommissie VWS geen behoefte bestond aan een nadere toelichting, heeft deze het ontwerp naar de Raad van State gestuurd, dat op bijzonder korte termijn via een “stempeladvies” akkoord is gegaan. Vervolgens is de AMvB op zeer korte termijn in werking getreden, namelijk binnen 3 weken na de aankondiging via een persbericht van 11 november 2008. Anders dan de regering en de Staat hebben gesteld, is de invloed van de Staten-Generaal wel degelijk aanzienlijk minder dan in het geval de procedure tot wijziging van de Opiumwet zelf zou zijn gevolgd. Bij de behandeling door de Tweede Kamer hebben in ieder geval ontbroken een deugdelijk wetsvoorstel met een memorie van toelichting, het gebruikelijke verslag, de nota naar aanleiding van dat verslag, een debat en een stemming, nog afgezien van de mogelijkheid dat amendementen en moties hadden kunnen worden ingediend. Voorts heeft een volledige behandeling door de Eerste Kamer ontbroken.
175. Niet alleen is het antwoord van de regering - daarin ondersteund door de Voorzieningenrechter - weinig adequaat, omdat het voorbijgaat aan de formele staatsrechtelijke bezwaren die aan de regeling kleven, het is bovendien potentieel gevaarlijk.
176. In de eerste plaats wordt het systeem van de *Trias Politica* en dat van de *checks and balances*, in dit geval in het bijzonder de scheiding der wetgevende en uitvoerende macht, erdoor in gevaar gebracht. Door de keuze voor de onderhavige wijzigingsregeling te billijken en de formele bezwaren te bagatelliseren, wordt de deur opengezet naar wetgeving waarmee via een delegatiebevoegdheid de mogelijkheid wordt geboden om -

zoals in het geval van artikel 3a lid 2 Opiumwet: zodra het geringste bewijs is geleverd dat is voldaan aan volgens de Voorzieningenrechter laagdrempelige criteria - via een AMvB de wet te wijzigen, waarvan in het geval van de Opiumwet de niet-naleving met bepaald zware straffen wordt bedreigd.

177. In de tweede plaats wordt erdoor in de hand gewerkt, dat de lagere regelgever de regelgeving van de hogere regelgever kan wijzigen. Ook dat is strijdig met de regeling van artikel 81 Grondwet, dat de Staten-Generaal en de regering gezamenlijk wetten vaststellen, en niet de Kroon als lagere regelgever.
178. De enige - mogelijk steekhoudende - legitimatie die daarmee voor de gemaakte keuze van de regering overblijft, is dat door alleen de van de wet deel uitmakende lijsten I en II te hanteren, in één oogopslag duidelijk zou blijven welke in de lijst genoemde middelen onder de verboden van de Opiumwet zouden worden gebracht. Wat van die keuze ook zij - in het Opiumwetbesluit zijn immers ook vele middelen afzonderlijk ondergebracht, die niet direct bij kennisneming van de Opiumwet kenbaar zijn -, de daaraan ten grondslag liggende motivering staat in schril contrast tot het principiële karakter van de staatsrechtelijke bezwaren die samenhangen met de scheiding der machten.
179. De Staat voert vervolgens onder nrs. 4.1.4 en 4.1.5 aan dat de wenselijkheid van een rechtstreekse wijziging van de lijsten bij de Opiumwet door middel van een AMvB ook onderwerp van discussie zijn geweest met de Tweede en Eerste Kamer. Beide Kamers zijn hiermee akkoord gegaan en hebben met de voorgestelde mogelijkheid van rechtstreekse wijziging ingestemd. De wetgever zou derhalve welbewust hebben gekozen om tot wijziging van de Opiumwet over te gaan, omdat de voordelen voor de wetgever zwaarder wogen dan het formele bezwaar dat een dergelijke mogelijkheid op zichzelf ongebruikelijk is. In de inspringende tekst voegt de Staat daaraan toe - als ware het nodig te reageren op een nimmer door de Vlos c.s. naar voren gebrachte stelling - dat die 'ongebruikelijkheid' maar relatief is, nu vele wetten bepalingen kennen waarmee wordt toegestaan dat bij AMvB voorschriften worden gesteld die van de wet kunnen afwijken. In die wettelijke regelingen wordt - anders dan de Opiumwet - weliswaar de wet niet gewijzigd, maar het effect is volgens de Staat hetzelfde.
180. Dat verweer kan niet slagen. Het tegen de regeling van artikel 3a lid 2 van de Opiumwet bestaande staatsrechtelijke bezwaar, dat op geen enkele wijze speelt bij de door de Staat aangedragen voorbeelden van wetten waarin via een AMvB van de wettelijke regeling kan worden afgeweken, wordt gepareerd met het - noch door concreet onderzoek of concrete voorbeelden nader onderbouwde - argument dat in die regelingen hetzelfde materiële effect wordt bereikt als thans is voorzien met de Opiumwet. Voor zover uit onderzoek al zou blijken dat sprake zou zijn van een materieel vergelijkbaar effect, dan nog zijn die wetten niet vergelijkbaar, nu de daarin opgenomen regelingen om via AMvB af te wijken van de wet zich immers wél verdragen met artikel 81 Grondwet. Indien in strijd met de Grondwet wordt gehandeld, dan kan die schending niet

worden gesauveerd met een beroep op het gelijke materiële effect dat in het concrete geval van de schending ook zou zijn bereikt, indien de schending niet zou hebben plaatsgevonden.

3.8.3 Directe toetsing van de AMvB en indirecte toetsing van artikel 3a lid 2 Opiumwet

181. In nr. 4.1.6 van de pleitnota stelt de Staat dat de Vlos c.s. over het hoofd heeft gezien dat de wetgever van de Opiumwet in artikel 3a nu juist uitdrukkelijk in de mogelijkheid heeft voorzien om door middel van een AMvB de wet te wijzigen, zodat het bezwaar afstuit op het verbod van artikel 120 Grondwet op toetsing van de grondwettigheid van formele wetgeving. Volgens de Staat richten de bezwaren van de Vlos c.s. zich, over het hoofd van de AMvB heen, tegen artikel 3a lid 2 Opiumwet. Zouden de AMvB's die op basis van deze bepaling tot stand komen, onverbindend worden verklaard omdat zij een wet in formele zin wijzigen, dan wordt daarmee in wezen dit artikel van de Opiumwet buiten werking gesteld, hetgeen in strijd zou zijn met (de ratio van) artikel 120 Grondwet.
182. De Staat verwijst daarbij onder meer naar een uitspraak van de ABRvS van 24 juli 2002, AB 2003, 204 (De Nieuwe Omroep), waarin de Afdeling zou hebben geoordeeld dat de door appellant verlangde toetsing van een besluit op basis van de Mediawet aan de Grondwet, over de Mediawet heen, een verkapte - met artikel 120 Grondwet strijdige - toetsing aan de Grondwet inhield.
183. In de zaak die leidde tot de betreffende uitspraak van de Afdeling ging het om de afwijzing door de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen van een aanvraag om voorlopige erkenning als omroep, zoals bedoeld in de artt. 37 - 37b Mediawet.
184. Op grond van artikel 37a lid 1 Mediawet is artikel 32 Mediawet van overeenkomstige toepassing (waarin de procedure is geregeld tezamen met het vereiste van een beleidsplan), met dien verstande dat - kort gezegd - uit het beleidsplan tevens dient te blijken dat het te verzorgen programma naar inhoud en strekking zodanig afwijkt van de bestaande omroepen dat daarmee de verscheidenheid en vernieuwing wordt vergroot.
185. Op grond van artikel 37b lid 2, aanhef en sub c Mediawet kan een aanvraag voor een voorlopige erkenning als omroep worden afgewezen, indien uit het beleidsplan naar het oordeel van Onze Minister onvoldoende blijkt dat in het programmabeleid de identiteit van de aanvrager tot uitdrukking komt, het programma voldoet aan de daaraan bij of krachtens deze wet gestelde eisen of de bereidheid bestaat tot samenwerking met andere aanvragers of de Stichting of Programmastichting, zoals bedoeld in artikel 32 lid 3 Mediawet.
186. De Staatssecretaris wees de aanvraag af omdat uit het bij de aanvraag ingediende beleidsplan onvoldoende zou blijken dat de programma's zouden bijdragen aan de verscheidenheid en vernieuwing.

187. De appellant had onder meer geklaagd dat het besluit van de Staatssecretaris in strijd kwam met het bepaalde in artikel 7 lid 2 Grondwet, op grond waarvan onder meer geen rechtstreeks toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending mag bestaan.
188. Volgens de rechtbank Amsterdam (JB 2002, 109, m.nt. LV) kon weliswaar een formele wet als zodanig niet aan de Grondwet worden getoetst, maar wel de toepassing van een formele wet in concreto. Met name bij wettelijke bepalingen waarin aan het bevoegde bestuursorgaan een ruime beleids- of beoordelingsvrijheid is toegekend, zou een dergelijke toetsing op zijn plaats zijn. Aldus stelde de rechtbank de toelaatbaarheid van de toetsing afhankelijk van de aard van de wettelijke bepaling. In het onderhavige geval meende de rechtbank dat de Mediawet een ruime beleidsvrijheid laat en derhalve het besluit van de Staatssecretaris wel aan art. 7 lid 2 Grondwet mag worden getoetst. De Afdeling volgt de rechtbank daarin niet.
189. In r.ov. 2.6 van de uitspraak van 24 juli 2002 overweegt de Afdeling terzake allereerst als volgt:

“De Afdeling stelt voorop dat, gelet op het in art. 120 Gw neergelegde toetsingsverbod, als uitgangspunt moet gelden dat bepalingen van een wet in formele zin niet in strijd zijn met de Grondwet.”

190. Dit oordeel lijkt in strijd met het uitgangspunt van artikel 120 Grondwet. Uitgangspunt is immers in het geheel niet, dat de bepalingen van een wet in formele zin niet in strijd zijn met de Grondwet. Artikel 120 Grondwet schrijft voor dat in de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen. Zoals hiervoor reeds is genoemd, houdt het toetsingsverbod in dat de rechter wetten in formele zin noch wat de inhoud betreft, noch ook de wijze van totstandkoming betreft aan de Grondwet mag toetsen.
191. Door als uitgangspunt van artikel 120 Grondwet te nemen dat de wet in formele zin nimmer in strijd is met de Grondwet, maakt de Afdeling de nogal ernstige fout om zelf wel - zij het in algemene zin, maar toch: - een principe-uitspraak te doen over de grondwettigheid van de inhoud van formele wetgeving.
192. De Afdeling vervolgt dan in r.ov. 2.6 met het oordeel dat dit uitgangspunt niet wegneemt, dat:

“indien de wet in formele zin bij toepassing in een concreet geval ruimte laat voor uiteenlopende besluiten, de wettelijke bepaling bij die toepassing grondwetsconform dient te worden uitgelegd. Acht de rechter bij toetsing van het uit die toepassing voortvloeiende besluit de aan de wet gegeven uitleg onjuist, dan zal de eventuele vernietiging op die grond steeds gebaseerd moeten zijn op strijd met de desbetreffende wet en niet - los daarvan - op strijd met de Grondwet. Dat laatste zou

immers neerkomen op een verkapte toetsing van de wet aan de Grondwet, hetgeen de rechter ingevolge art. 120 Gw niet is toegestaan.”

193. Met andere woorden: als bij toepassing van de wettelijke regeling in een concreet geval uiteenlopende besluiten kunnen worden genomen, dan moet de wettelijke bepaling zelf volgens de Afdeling grondwetsconform worden uitgelegd. Rechtstreekse toetsing aan de Grondwet van een bestuursbesluit, dat ook diametraal anders had kunnen luiden, zou volgens de Afdeling neerkomen op verkapte toetsing van de wet aan de Grondwet, hetgeen niet is toegestaan.

194. Vervolgens interpreteert de Afdeling artikel 37a lid 1 van de Mediawet:

“2.7. Van een dergelijke situatie is hier geen sprake. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, biedt artikel 37a, eerste lid, in samenhang met artikel 37b, tweede lid, onder a, van de Mediawet de staatssecretaris geen ruime beleidsvrijheid. Artikel 37a, eerste lid, laat de staatssecretaris geen ruimte eigen beleidsdoelen na te streven door al dan niet gebruik te maken van een bevoegdheid wanneer de voorwaarden daarvoor vervuld zijn. Er is voorts aanleiding de staatssecretaris te volgen in diens betoog dat artikel 37b, tweede lid, onder a, niet zo moet worden uitgelegd dat, indien niet aan het in artikel 37a, eerste lid, genoemde vereiste is voldaan, het hem niettemin zou vrijstaan de voorlopige erkenning te verlenen. Voor een andere dan deze stricte interpretatie zijn in de wetsgeschiedenis ook geen aanknopingspunten te vinden. Artikel 37a, eerste lid, biedt de staatssecretaris wel een zekere beoordelingsruimte bij de concrete invulling van de in deze bepaling opgenomen begrippen “verscheidenheid” en “vernieuwende bijdrage” bij zijn beslissing op een aanvraag voor een voorlopige erkenning. Deze beoordelingsruimte is echter niet van dien aard dat, zoals appellante betoogt, met het oog op artikel 7, tweede lid, van de Grondwet, geen concrete inhoudelijke toetsing van de in het beleidsplan van appellante omschreven programma’s zou mogen plaatsvinden om deze te beoordelen op hun bijdrage aan verscheidenheid en vernieuwing. De bepaling schrijft het uitvoeren van een dergelijke toets juist dwingend voor.”

195. Ten aanzien van de uitleg die de Afdeling geeft aan de reikwijdte van artikel 120 Grondwet spreekt de annotator van de AB (die overigens zelf in de fout gaat door steeds te spreken over het CBB in plaats van de Afdeling) van:

“een vernuftig gevonden koers tussen de Scylla (de verboden toetsing van de wet aan de Grondwet) en de Charibdis (de ontoelaatbare veronachtzaming van het in art. 7 Gw neergelegde verbod), maar het doet ook nogal gekunsteld aan en dat zal in het bijzonder het geval zijn naarmate een grondwetsconforme uitleg van de wet gewrongener en minder overtuigend is.”

196. De annotator van de JB (JB 2002, 272, m.nt. LV), spreekt zich in duidelijker taal uit over de uitspraak van de Afdeling. Deze tracht in eerste instantie de redenering van de Afdeling begrijpelijk te maken:

“4. Op het eerste gezicht lijkt de redenering van de Afdeling voor de hand liggend. Gezien art. 120 Grondwet dient de rechter ervan uit te gaan dat een wet in formele zin in overeenstemming is met de Grondwet. De wetgever wordt niet geacht ruimte te hebben willen laten voor een wijze van toepassen die met de Grondwet in strijd is. Indien de rechter een bestuursbesluit vernietigt uitsluitend wegens strijd met de Grondwet, impliceert dat een oordeel over de lankmoedigheid van de formele wetgever om dergelijke besluiten toe te staan. Een dergelijke beoordeling is nu juist wat art. 120 Grondwet lijkt te verbieden.”

197. Toch is de annotator van mening dat de uitspraak van de Afdeling niet zó ver kan gaan dat in wezen geen enkel bestuursbesluit aan de Grondwet kan worden getoetst, nu een dergelijke toetsing ook een toetsing van de aan het besluit ten grondslag liggende wet zou impliceren:

“5. Bij nader inzien roept het oordeel van de Afdeling toch vragen op. In de eerste plaats lijkt de Afdeling af te wijken van hetgeen tot dusverre in de jurisprudentie gebruikelijk is. Moet de uitspraak van de Afdeling zo worden gelezen dat in wezen geen enkel bestuursbesluit meer wegens strijd met de Grondwet kan worden vernietigd? Elk bestuursbesluit (of het nu een algemeen verbindend voorschrift betreft of een ander besluit) is in beginsel immers op een wet in formele zin gebaseerd, zodat, uitgaande van de benadering van de Raad, toetsing van een bestuursbesluit aan de Grondwet ook toetsing van de aan het besluit ten grondslag liggende wet zou impliceren. Strikt geredeneerd zou de rechter zelfs een gemeentelijke verordening die een met het oog op art. 7 lid 1 Grondwet te stringent plakverbod bevat, alleen mogen vernietigen wegens strijd met art. 149 Gemeentewet, uitgaande van een grondwetsconforme uitleg van deze bepaling. Vernietiging wegens strijd met art. 7 lid 1 Grondwet is dan niet meer aan de orde. Tot nog toe werd een dergelijke verordening door de rechter doorgaans wel wegens strijd met de Grondwet vernietigd.

6. Daarnaast rijst de vraag of de benaderingen van Afdeling en van rechtbank materieel gezien niet op hetzelfde neerkomen. Een grondwetsconforme interpretatie zoals door de Afdeling gesuggereerd, impliceert een oordeel omtrent de wijze waarop de wet in het licht van de Grondwet moet worden toegepast. Het impliceert tevens dat andere toepassingen waarvoor de wet naar de letter genomen wellicht ruimte biedt, niet door de beugel kunnen. Betoogd kan worden dat de rechtbank in wezen hetzelfde doet, zij het met behulp van een andere toetsingstechniek: de rechtbank toetst het bestuursbesluit rechtstreeks aan de Grondwet, de Afdeling toetst alleen indirect aan de Grondwet via de grondwetsconforme wetsinterpretatie.”

198. De annotator gaat er derhalve vanuit dat de Afdeling slechts tot haar oordeel heeft kunnen komen, doordat zij niet het bestuursbesluit zelf rechtstreeks toetst aan artikel 7

lid 2 van de Grondwet (een grondrecht), maar het bestuursbesluit toetst aan de Mediawet, welke wet op zijn beurt door de Afdeling grondwetsconform wordt geïnterpreteerd. De annotator komt vervolgens tot de conclusie dat het essentiële verschil tussen de uitspraak van de rechtbank en die van de Afdeling is dat artikel 37a Mediawet anders wordt uitgelegd:

“7. Het wezenlijke verschil van opvatting tussen de Afdeling en de rechtbank lijkt dan ook niet zozeer te zitten in de wijze van toetsing alswel in de waardering van art. 37a Mediawet. De Afdeling neemt in navolging van de advocaat van appellante nadrukkelijk afstand van het oordeel van de rechtbank als zou de Mediawet de staatssecretaris ruime beleidsvrijheid gunnen. De staatssecretaris is immers, zo constateert de Afdeling, niet vrij om, onafhankelijk of aan de wettelijke voorwaarden voor voorlopige erkenning is voldaan, naar eigen goeddunken van zijn erkenningsbevoegdheid gebruik te maken. Wel heeft de staatssecretaris een zekere beoordelingsruimte als het gaat om de interpretatie van de wettelijke voorwaarden en van daarmee samenhangende begrippen als “verscheidenheid” en “vernieuwende bijdrage”. Daarmee refereert de Afdeling aan het eerder door Duk gemaakte onderscheid tussen beleids- en beoordelingsvrijheid. Zie W. Duk, ‘Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid’, in: RM Themis 1988, p. 156 e.v.”

8. Dit verschil in perceptie werkt door in de beoordeling van de verhouding tot art. 7 lid 2 Grondwet. Cruciaal is de overweging van de Afdeling dat de door art. 37a Mediawet gegeven beoordelingsruimte “niet van dien aard is dat, zoals appellante betoogt, met het oog op art. 7 lid 2 Grondwet, geen concrete inhoudelijke toetsing van de in het beleidsplan van appellante omschreven programma’s zou mogen plaatsvinden om deze te beoordelen op hun bijdrage aan verscheidenheid en vernieuwing”. Om daaraan vervolgens aan toe te voegen: “De bepaling schrijft het uitvoeren van een dergelijke toets juist dwingend voor”. Daarmee zegt de Afdeling in wezen dat, gesteld al dat art. 7 lid 2 Grondwet een concrete inhoudelijke toetsing zou verbieden, een daarmee corresponderende interpretatie van art. 37a Mediawet niet mogelijk is, omdat laatstgenoemde bepaling daarvoor geen ruimte biedt. Aldus komt de Afdeling, anders dan de rechtbank, aan een interpretatie van art. 7 lid 2 Grondwet niet toe.”

199. Met de annotator in de JB is de Vlos c.s. van mening dat de uitspraak van de Afdeling er niet toe kan leiden - en ook niet als zodanig bedoeld kan zijn - dat bestuursbesluiten, zoals AMvB's generiek van toetsing aan de Grondwet worden uitgesloten omdat die ook een toetsing van de aan het besluit ten grondslag liggende wet zou impliceren. Een dergelijke redenering zou de rechterlijke toetsingsplicht, waarop het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet slechts één uitzondering aanneemt, illusoir maken. De Afdeling kan en mag niet hebben beoogd om een zodanige wijziging aan te brengen in de bestaande jurisprudentie, die uitgaat van de mogelijkheid en de verplichting om lagere regelgeving aan de Grondwet te toetsen.

200. Bovendien is de vraag die thans voorligt van een andere orde. In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Afdeling was sprake van een besluit van de Staatssecretaris op grond van de Mediawet, dat zich volgens de appellant niet verdroeg met het in artikel 7 lid 2 Grondwet neergelegde grondrecht, dat verzekert dat van overheidswege geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- en televisieuitzending wordt uitgeoefend. In de onderhavige zaak is sprake van een AMvB die volgens de Vlos c.s. niet wegens schending van een grondrecht buiten toepassing zou moeten blijven, maar die leidt tot een wetgevingsproduct waartegen gelet op het bepaalde in artikel 81 Grondwet omtrent de totstandkoming van wetgeving ernstige staatsrechtelijke bezwaren bestaan. Hier is derhalve geen grondrecht in het geding, maar het wezen van de constitutionele scheiding van machten - hetzelfde beginsel overigens, dat ten grondslag ligt aan artikel 120 Grondwet.
201. Juist is, dat gelet op het bepaalde in artikel 120 Grondwet, de Vlos c.s. artikel 3a lid 2 Opiumwet niet rechtstreeks ter toetsing kan voorleggen aan de rechter. De Vlos c.s. is zich daarvan bewust. Gelet op de reikwijdte van artikel 120 Grondwet, dat de burger de mogelijkheid biedt en de rechter de verplichting oplegt om de grondwettigheid van lagere regelgeving te toetsen, staat het de Vlos c.s. niettemin vrij de uitvoerende AMvB ter toetsing voor te leggen - ook als daarmee impliciet tevens een oordeel over de grondwettigheid van artikel 3a lid 2 Opiumwet wordt gevraagd.
202. Onder nr. 4.1.6 van de pleitnota voert de Staat dan nog aan dat, zouden de AMvB's die op basis van artikel 3a lid 2 Opiumwet tot stand komen, onverbindend worden verklaard omdat zij een wet in formele zin wijzigen, dan zou daarmee in wezen dit artikel van de Opiumwet buiten werking worden gesteld. Een dergelijk gevolg zou in strijd zijn met artikel 120 Grondwet, althans met de ratio daarvan. Naar het oordeel van de Vlos c.s. faalt dit betoog. Dat de concrete toepassing van een wettelijke regeling, zoals artikel 3a lid 2 Opiumwet, door middel van een bestuursbesluit, zoals de onderhavige AMvB, buiten werking blijft bij een onverbindend verklaring, is een consequentie die niet afwijkt van de consequentie van het invoeren van elke andere onverbindendheid van een lagere regeling in verband met strijdigheid van de Grondwet. Elke lagere regeling en elk bestuursbesluit moet zijn gebaseerd op een formele wettelijke bevoegdheidsgrondslag. Indien de lagere regeling of het bestuursbesluit buiten toepassing blijft omdat die in strijd is met de Grondwet, dan betekent dat automatisch en in alle gevallen dat de gebruikmaking van die formele wettelijke bevoegdheidsgrondslag in dat geval niet meer mogelijk wordt. Een buitenwerking stelling van de AMvB op de door de Vlos c.s. aangevoerde grond zal in dit concrete geval waarschijnlijk een precedent scheppen dat ertoe zal leiden dat de Minister van VWS geen gebruik meer zal willen maken van de hem ingevolge artikel 3a lid 2 Opiumwet toekomende bevoegdheid, maar ook niet méér dan dat. Een dergelijke buitenwerking stelling leidt niet zonder meer en rechtens tot een buitenwerking stelling van artikel 3a lid 2 Opiumwet; niet de buitenwerking stelling van artikel 3a lid 2 Opiumwet maar die van (een deel van de) AMvB is gevorderd. De in artikel 3a lid 2 Opiumwet neergelegde bevoegdheid als zodanig valt eenvoudigweg buiten

de omvang van het onderhavige geding, en de rechter kan op grond van het beginsel van de partij-autonomie niet meer of iets anders kan toewijzen dan hetgeen gevorderd is.

203. Zelfs al zou de Minister van VWS in een toewijzing van de vordering aanleiding zien om van artikel 3a lid 2 Opiumwet niet langer gebruik te maken, dan blijft artikel 3a Opiumwet voor het overige onverkort van toepassing. Een door de wetgever verkozen indeling van een wet in artikelen en afzonderlijke leden kan niet leidend zijn bij de beantwoording van de vraag of een vordering, strekkende tot buitenwerking stelling van een AMvB die zijn grondslag vindt in een lid van een bepaald artikel in een wettelijke regeling, wel of niet kan worden toegewezen.

Verwezen zij voorts naar hetgeen onder nrs. 64 tot en met 69 van de inleidende dagvaarding is gesteld, hetgeen hier als herhaald en ingelast dient te worden beschouwd.

3.8.4 Tussenconclusie

204. Uit het één en ander volgt dat het - met het verweer van de Staat overeenkomende - oordeel van de Voorzieningenrechter, dat de AMvB niet is vastgesteld in strijd met artikel 81 Grondwet, omdat artikel 120 Grondwet daaraan in de weg staat, rechtens onjuist is en onvoldoende gemotiveerd. Onjuist is voorts het oordeel van de Voorzieningenrechter, voor zover deze overweegt dat de Vlos c.s. aan hun vordering in dit verband louter en alleen artikel 3a lid 2 Opiumwet ter toetsing hebben voorgelegd, zoals ook dit in wezen door de Staat aan haar verweer ten grondslag is gelegd. De Vlos c.s. hebben immers slechts de onverbindendheid van de AMvB ingeroepen en niet van de wettelijke regeling. Dat de Minister van VWS bij toewijzing van de vordering aanleiding zou kunnen zien om niet langer gebruik te maken van het betreffende lid van genoemd artikel in de Opiumwet, staat daaraan niet in de weg.

3.8.5 Overige onderdelen van de rechtsoverweging

205. De Voorzieningenrechter overweegt vervolgens ten onrechte dat het de keuze van de wetgever is geweest om, ondanks de mogelijke bezwaren die daartegen aangevoerd kunnen worden, in artikel 3a lid 2 Opiumwet de mogelijkheid op te nemen de lijsten behorende bij deze wet bij algemene maatregel te wijzigen. Deze mogelijkheid is volgens de Voorzieningenrechter destijds in overeenstemming met artikel 81 Grondwet vastgesteld. Hoewel inhoudelijk niet onjuist, kan het oordeel of deze vaststelling in het licht van de door de Vlos c.s. naar voren gebrachte stellingen niet kwalificeren als een oordeel dat of vaststelling die concludent is voor het oordeel, dat - anders dan de Vlos c.s. stelt - de AMvB zelve voldoet aan het bepaalde in artikel 81 Grondwet. De Voorzieningenrechter gaat er ten onrechte aan voorbij, dat de Vlos c.s. niet heeft geklaagd over de procedure waarmee indertijd artikel 3a lid 2 Opiumwet tot stand is gebracht. Het staat wat de Vlos c.s. betreft buiten kijf, dat bij de totstandkoming van het huidige artikel 3a lid 2 Opiumwet is gehandeld overeenkomstig het bepaalde in

artikel 81 Grondwet. De kern van de klacht van de Vlos c.s. is evenwel dat de AMvB die op basis van deze wetswijziging tot stand is gekomen, de Minister van VWS een middel biedt om in strijd met de Grondwet een bestuursbesluit te nemen waarmee een wet in formele zin, de Opiumwet, wordt gewijzigd en de wetgever in belangrijke mate buiten spel wordt gezet, door - zoals hiervoor uitvoerig is uiteengezet - deze louter in de voorhangprocedure van 4 weken (in dit geval *de facto* 2 weken) als waakhond te laten fungeren.

206. Ook het oordeel van de Voorzieningenrechter, dat bij “de bedoelde wijziging van de Opiumwet wel degelijk de mogelijkheid voor de Tweede Kamer (bestaat) om inspraak uit te oefenen”, is gelet op de in eerste instantie naar voren gebrachte stellingen van de VLOS c.s. en gelet op de hiervoor genoemde bezwaren onvoldoende adequaat gemotiveerd, om de via de inwerkingtreding van de AMvB veroorzaakte schending van artikel 81 Grondwet te kunnen billijken.

3.9 Negende grief

207. Ten onrechte overweegt de Voorzieningenrechter in r.ov. 4.4, laatste zin, als volgt:

“Het handelen in strijd met Aanwijzingen voor de regelgeving, een circulaire van de minister-president, leidt er nog niet toe dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld en dat de uit dit handelen voortvloeiende regelgeving onmiskenbaar onverbindend kan worden geacht.”

208. Bij zijn oordeel dat het handelen in strijd met de Aanwijzingen voor de regelgeving niet leidt tot (of, zoals de Vlos c.s. hebben getracht te betogen: bijdragen aan) de onrechtmatigheid, gaat de Voorzieningenrechter eraan voorbij dat de Aanwijzingen die thans in het geding zijn, namelijk de Aanwijzingen nrs. 34 en 223 blijkens hun bewoordingen en strekking aansluiten bij het bepaalde in artikel 81 Grondwet, ingevolge welke bepaling de vaststelling van wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk.
209. Zoals bij de bespreking van de vorige grief is uiteengezet, vormt die regeling een uitwerking van het beginsel van de *Trias Politica*, de scheiding der machten, dat in de Grondwet nader vorm en uitwerking heeft gekregen conform het beginsel van de *checks and balances*, die niet anders kunnen worden gekwalificeerd dan als algemene (staats)rechtsbeginselen. Anders dan de Staat betoogt en de Voorzieningenrechter oordeelt, dient schending van de Aanwijzingen nrs. 34 en 223 te worden gezien in het licht van deze algemene rechtsbeginselen. Hoewel blijkens een (beperkt) deel van de jurisprudentie waaraan de Staat onder nr. 4.1.19 van de pleitnota heeft gerefereerd schending van de Aanwijzingen niet alléén of in overwegende mate zal kunnen leiden tot de vaststelling dat sprake is van een onrechtmatige daad aan de zijde van de Staat, draagt schending van de in het geding zijnde Aanwijzingen - gezien in samenhang met de schending van artikel 81 Grondwet - wel bij aan dat oordeel. De Voorzieningenrechter

heeft zulks ten onrechte miskend.

210. Voor zover de Voorzieningenrechter de verwijzingen van de Staat naar de genoemde rechtspraak heeft aanvaard, kunnen die niet zonder meer de door de Voorzieningenrechter getrokken conclusie rechtvaardigen:
- In het door de Staat aangehaalde arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d. 27 juni 2006 (LJN AE6308) en het eveneens door de Staat aangehaalde vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 21 december 2005 (LJN AU8406) ging het in beide gevallen om de rechtstreekse toetsing van een wet in formele zin aan de Aanwijzingen voor de regelgeving. In de onderhavige kwestie staat echter de toetsing van een AMvB centraal, zodat die rechtspraak te dezen niet van toepassing is.
 - In de uitspraak van het CBB van 3 april 2008 (LJN BD1965) heeft het CBB vastgesteld dat de door appellant genoemde Aanwijzingen voor de regelgeving niet kunnen worden aangemerkt als zijnde een hogere algemeen verbindende regeling. Het ging in dat geval om Aanwijzing nr. 163, dat aanwijzingen geeft voor de doorberekening van kosten voor toelating of voor preventieve of repressieve handhaving volgens een beleidsdocument, genaamd "Maat houden". Het draait in de onderhavige zaak om de schending van Aanwijzingen van volstrekt andere orde. Dezelfde problematiek was aan de orde in de zaak die leidde tot de uitspraak van het CBB van 20 juli 2007 (LJN BB0069).
 - De door de Staat aangehaalde uitspraak van het CBB van 6 mei 2005 is niet vindbaar; zij kan althans niet via het daar genoemde (foutieve) LJ-nummer worden geraadpleegd.

4. BEWIJSMIDDELEN

211. De VLOS c.s. biedt uitdrukkelijk bewijs van haar stellingen aan, in het bijzonder door het horen van de in de dagvaarding in eerste instantie en in deze appèldagvaarding genoemde getuigen en getuigen-deskundigen.

MET CONCLUSIE:

dat het Gerechtshof, voor zover de wet toelaat uitvoerbaar bij voorraad, het bestreden vonnis in kort geding zal vernietigen en opnieuw rechtdoende:

- primair: de Staat der Nederlanden te verbieden uitvoering en toepassing te geven aan de Algemene Maatregel van Bestuur strekkende tot wijziging van lijst I en II, behorende bij de Opiumwet, in verband met de plaatsing op lijst I van oripavine en in verband met plaatsing op lijst II van hallucinogene paddenstoelen, alsmede aan de Algemene Maatregel van Bestuur strekkende tot de inwerkingtreding van voornoemde Algemene Maatregel van Bestuur, voor zover deze betrekking hebben op de plaatsing op lijst II van de Opiumwet van hallucinogene paddenstoelen, althans in zoverre onverbindend te verklaren;
- subsidiair: de Staat der Nederlanden te verbieden uitvoering en toepassing te geven aan de Algemene Maatregel van Bestuur strekkende tot wijziging van lijst I en II, behorende bij de Opiumwet, in verband met de plaatsing op lijst I van oripavine en in verband met plaatsing op lijst II van hallucinogene paddenstoelen, alsmede aan de Algemene Maatregel van Bestuur strekkende tot de inwerkingtreding van voornoemde Algemene Maatregel van Bestuur, voor zover deze betrekking hebben op de plaatsing op lijst II van de Opiumwet van hallucinogene paddenstoelen waarvan niet wetenschappelijk is aangetoond dat deze paddenstoelen psilocine en psilocybine en/of het gebruik daarvan voldoet aan het criterium van artikel 3a lid 2 Opiumwet;
- meer subsidiair: de Staat der Nederlanden te verbieden uitvoering en toepassing te geven aan voornoemde AMvB, ten aanzien van de paddenstoelen die naar het oordeel van de Voorzieningenrechter bij wijze van voorlopig oordeel wèl voldoen aan het criterium van artikel 3a lid 2 Opiumwet, voor zolang de Staat der Nederlanden ten aanzien van de verzoekers sub 2 tot en met 68 niet heeft voorzien in een adequate financiële compensatie, althans een daartoe strekkende (nadeel)compensatieregeling.
- althans: een door het Gerechtshof in goede justitie te bepalen andere voorziening te treffen;
- de Staat der Nederlanden te veroordelen in de kosten van beide instanties.

De kosten dezes zijn voor mij, deurwaarder, EUR

Deurwaarder

Deze zaak wordt behandeld door Mr W.J.E. van der Werf en Mr W.I. Koelewijn,
Van der Feltz advocaten, Javastraat 22, 2585 AN Den Haag, Postbus 85615, 2508 CH Den
Haag, T: 070 31 31 050, F: 070 31 31 060, E: vanderwerf@feltz.nl, paleisbox 295.