



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het verdelen van schaarse publieke rechten verder gecompliceerd: wat is de juridische status van een schaarse gedoogverklaring?

Drahmann, A.

Citation

Drahmann, A. (2019). Het verdelen van schaarse publieke rechten verder gecompliceerd: wat is de juridische status van een schaarse gedoogverklaring? *Nederlands Juristenblad*, 94(30), 2196-2203. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/83333>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/83333>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het verdelen van schaarse publieke rechten verder gecompliceerd

Wat is de juridische status van een schaarse gedoogverklaring?

Annemarie Drahm¹

In 2016 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geoordeeld dat bij de verdeling van schaarse vergunningen mededingingsruimte moet worden gecreëerd. In reactie hierop hebben meerdere burgemeesters aangegeven hun schaarse gedoogverklaringen voor coffeeshops transparant te moeten en willen verdelen, bijvoorbeeld door middel van een tender of loting. Op 24 april 2019 heeft de Afdeling geoordeeld dat tegen zowel de verlening als weigering van een gedoogverklaring geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat. Welke consequenties heeft dit voor de verdeling van schaarse gedoogverklaringen?

1. Inleiding

‘Voortbestaan coffeeshop Diamond in Doetinchem onzeker’ kopte Omroep Gelderland op 25 april 2019.² In het artikel staat dat volgens de burgemeester van Doetinchem op grond van ‘een uitspraak van de Raad van State in 2016 de gemeente met een nieuwe aanbesteding [moet] komen, zodat “iedereen” de kans krijgt in Doetinchem een coffeeshop te beginnen.’ In andere gemeenten zijn vergelijkbare procedures gestart.³ De uitspraak waaraan wordt gerefereerd is de *Vlaardingen*-uitspraak waarin de Afdeling oordeelde dat als er slechts één exploitatievergunning beschikbaar is voor een speelautomatenhal, het bevoegd gezag mededingingsruimte moet creëren.⁴ Daags voor het nieuwsbericht oordeelde de Afdeling dat tegen zowel de verlening als weigering van gedoogverklaringen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat.⁵ In deze bijdrage zal ik eerst beide juridische ontwikkelingen in algemene zin beschrijven. In paragraaf 2 zal ik ingaan op de uitspraak van de Afdeling over gedoogbeslissingen en in paragraaf 3 op de verdeling van schaarse vergunningen. Vervolgens zal ik in paragraaf 4 deze twee ontwikkelingen toepassen op de verlening van een schaarse gedoogverklaring voor een coffeeshop. In paragraaf 5 zal ik afronden en betogen dat, als de bestuursrechter geen uitzondering aanneemt

op de nieuwe lijn over gedoogbeslissingen, de wetgever aan zet is om adequatere rechtsbescherming tegen de verlening van schaarse gedoogverklaringen te creëren. Daarnaast zouden gemeentebesturen er tot die tijd verstandig aan doen om naast de schaarse gedoogverklaringen ook schaarse exploitatievergunningen te creëren.

2. De juridische status van gedoogbeslissingen

2.1. Inleiding

In de Afdelingsuitspraak van 24 april 2019 over gedoogbeslissingen was de casus als volgt. In Hoogeloon (gemeente Bladel) is omstreeks 1933 een stal met overkapping gerealiseerd. Voor deze stal is geen omgevingsvergunning verleend. Volgens het college van burgemeester en wethouders is het nu nog handhavend optreden tegen het bouwwerk onbillijk, maar willen zij ook niet het bouwwerk legaliseren. Daarom wordt een persoonsgebonden gedoogbeslissing genomen waarin staat dat de huidige eigenaar onder bepaalde voorwaarden het bouwwerk mag laten staan. Een van deze voorwaarden is dat bij verkoop of overlijden het bouwwerk binnen zes maanden moet worden verwijderd. De eigenaar van het bouwwerk was het niet eens met deze voorwaarden en wendde zich daarom tot de bestuursrechter.

Het is alleen mogelijk beroep in te stellen bij de bestuursrechter als sprake is van een besluit (artikel 8:1 Awb). Een van de kenmerken van een besluit is dat het besluit een publiekrechtelijk rechtsgevolg tot stand moet brengen (artikel 1:3 Awb) en dat is problematisch bij een gedoogbeslissing: is een gedoogbeslissing niet slechts een informerende mededeling dat vooralsnog en onder voorwaarden geen gebruik zal worden gemaakt van de handhavingsbevoegdheid van het bevoegd gezag?

De jurisprudentie van de Afdeling over gedoogbeslissingen was onduidelijk. Als een gedoogbeslissing werd verleend, konden derden – bijvoorbeeld omwonenden – zich wenden tot de bestuursrechter. Omwille van de rechtsbescherming werd een gedoogbeslissing dan aangemerkt als een besluit. Tegen de weigering om te gedogen kon de verzoeker om de gedoogbeslissing echter geen rechtsmiddelen aanwenden, maar moest een handhavingsprocedure worden afgewacht. Ook tegen de gedoogvoorwaarden stond pas rechtsbescherming open als tegen de schending van die voorwaarde een handhavingsprocedure werd gestart. Ook de herroeping of intrekking van een gedoogbeslissing was in beginsel geen besluit. Op de hiervoor genoemde hoofdregels bestonden echter ook weer uitzonderingen. In de uitspraak van 24 april 2019 kiest de Afdeling daarom voor een nieuwe lijn die meer duidelijkheid zou moeten geven.

2.2. De nieuwe lijn van de Afdeling over gedoogbeslissingen

De Afdeling stelt voorop dat zij een nieuwe lijn wil die meer duidelijkheid geeft. Dat zou kunnen door alle soorten gedoogbeslissingen met een besluit in de zin van de Awb gelijk te stellen of door dat juist niet te doen. De Afdeling kiest voor deze tweede manier. Deze nieuwe lijn houdt kort gezegd in dat de gedoogbeslissing, de weigering een gedoogbeslissing te nemen en de intrekking van een gedoogbeslissing, op een enkele uitzondering na geen besluiten zijn in de zin van de Awb en daarmee ook niet worden gelijkgesteld. Dat heeft tot gevolg dat tegen een gedoogbeslissing geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen (meer) kunnen worden aangewend. De Afdeling benadrukt dat derden daarmee niet machteloos komen te staan, omdat zij bij een bestuursorgaan een handhavingsverzoek kunnen indienen. Tegen de afwijzing van dat verzoek staan wel bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open. Ook tegen de weigering om te gedogen of het opleggen van bepaalde gedoogvoorwaarden kunnen geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend. Hetzelfde geldt voor de intrekking van een gedoogbeslissing. Ook hier is het aan de verzoeker om ofwel een vergunning aan te vragen of handhaving uit te lokken. Tegen de weigering een vergunning te verlenen en tegen een handhavingsbesluit kunnen wel bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend.

Auteur

1. Mr. dr. A. Drahmman is universitair hoofddocent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

Noten

2. www.omroepgelderland.nl/nieuws/2407267/Voorbestaan-coffee-

shop-Diamond-in-Doetinchem-onzeker.

3. Een korte zoektocht op het internet laat vergelijkbare procedures zien in onder meer Zaandam, Roermond, Schiedam en Deventer.

4. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolsinkel. De uitspraak is voor-

Deze nieuwe lijn heeft tot gevolg dat tegen een gedoogbeslissing geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen (meer) kunnen worden aangewend

Volgens de Afdeling zou slechts in zeer uitzonderlijke gevallen moeten worden afgeweken van deze nieuwe lijn. Daarbij noemt de Afdeling als voorbeeld de situatie dat de intrekking van een gedoogbeslissing voor een coffeeshop tot vrijheidsontneming zou kunnen leiden. Het verbaast dan ook niet dat in de uitspraak van 24 april jl. – waar sprake was van een illegaal bouwwerk – niet een dergelijke uitzondering wordt aangenomen. Appellant is daarom niet-ontvankelijk.

Met deze uitspraak heeft de Afdeling duidelijkheid gegeven over de bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen gedoogbeslissingen. Die is er namelijk niet, althans niet rechtstreeks. Daarmee wordt ook de waarde van een gedoogbeslissing verkleind. Aan een gedoogbeslissing kan weinig tot geen rechtszekerheid worden ontleend, omdat derden altijd nog een handhavingsverzoek kunnen indienen. Nu geen sprake is van een appellabel besluit, is er immers ook geen bezwaartermijn die kan verstrijken, waarna de gedoogbeslissing onherroepelijk kan worden en formele rechtskracht kan krijgen. Een gedoogbeslissing heeft dus slechts het karakter van een – al dan niet voorwaardelijke – toezegging dat het bevoegd gezag vooralsnog niet tot handhavend optreden overgaat. Een dergelijke toezegging heeft slechts beperkte waarde. Als het bestuursorgaan alsnog tot handhaving overgaat, is het vertrouwen dat door de verlening van de gedoogbeslissing is gewekt slechts een van de factoren die het bestuursorgaan bij zijn besluit moet betrekken. Andere factoren zijn daarbij onder meer de aard, ernst, duur en aanvang van de overtreding, de belangen van derden (zoals omwonenden) en eventueel gewijzigde omstandigheden.⁶

3. Gelijke kansen bij het verlenen van een schaarse vergunning

Op 2 november 2016 heeft de Afdeling geoordeeld dat er in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Dat betekent dat op het moment dat er ruimte ontstaat een schaarse vergunning te verlenen, aan alle ondernemers in beginsel de mogelijkheid moet wor-

afgegaan aan een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven (25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421).

5. ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356, *NJB* 2019/1143. Ook deze uitspraak is voorafgegaan aan een conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven (6 januari 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:86).

6. Zie in dit kader ook ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, waarin de Afdeling een nieuw stappenplan voor het beoordelen van een beroep op het vertrouwensbeginsel toepast.



© Michel Utrecht/Hollandse Hoogte

den geboden mee te dingen naar die schaarse vergunning. Deze rechtsnorm is, aldus de uitspraak, gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. De casus betrof in die uitspraak een vergunning die werd verleend voor de exploitatie van een speelautomatenhal in Vlaardingen. In de gemeentelijke speelautomatenhalverordening was bepaald dat er slechts één vergunning kon worden verleend voor een speelautomatenhal. Daarom was sprake van een 'schaarse vergunning'.⁷

De Afdeling introduceert in de *Vlaardingen*-uitspraak dus een mededingingsplicht. Om deze mededingingsplicht te kunnen realiseren moeten schaarse vergunningen voor bepaalde tijd worden verleend. Een vergunninghouder zou anders onevenredig worden bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt. Daarnaast moet een passende mate van openbaarheid worden verzekerd met betrekking tot: (1) de beschikbaarheid van de schaarse vergunning; (2) de verdeelprocedure; (3) het aanvraagtijdstip; en (4) de toe te passen criteria. Het

De Vlaardingen-uitspraak was het startpunt voor de ontwikkeling van een bestuursrechtelijk beginsel van gelijke kansen

bestuursorgaan moet hierover bovendien tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen. Anders dan in het privaatrecht, hoeft voor de verlening van een schaarse vergunning geen aanbestedingsprocedure gevolgd te worden, maar kan het bestuursorgaan kiezen voor verschillende verdeelprocedures, bijvoorbeeld op basis van wie het eerst een aanvraag heeft ingediend, een loting, een veiling of een vergelijkende toets (tender).

De *Vlaardingen*-uitspraak was het startpunt voor de ontwikkeling van een bestuursrechtelijk beginsel van gelijke kansen. Na de *Vlaardingen*-uitspraak heeft de Afdeling geoordeeld dat dit beginsel ook in acht moet worden genomen bij subsidieverlening⁸ en in bijzondere omstandigheden ook in het omgevingsrecht.⁹ De uitspraak riep echter ook nieuwe vragen op, waarvan er een was of dit beginsel van gelijke kansen ook in acht moet worden genomen bij het verlenen van een gedoogverklaring voor een coffeeshop.

4. Het verlenen van schaarse gedoogverklaringen: gelijke kansen en adequate rechtsbescherming?

4.1. Een gedoogverklaring voor een coffeeshop

De verkoop van hennep is op grond van de Opiumwet verboden. In 103 Nederlandse gemeenten worden coffeshops gedoogd.¹⁰ Hiervoor is landelijk gedoogbeleid¹¹ vastgesteld. In aanvulling daarop kunnen burgemeesters nog aanvullende beleidsregels vaststellen. Deze beleidsregels worden gebaseerd op artikel 13b Opiumwet. Dit

artikel bepaalt in essentie dat de burgemeester bevoegd is tot oplegging van een last onder bestuursdwang als in een woning of lokaal softdrugs aanwezig is. Op basis van het gemeentelijk coffeeshopbeleid heeft de exploitant van een coffeeshop een gedoogverklaring nodig. Als de exploitant handelt overeenkomstig de aan de gedoogverklaring verbonden voorschriften zal de burgemeester afzien van handhavend optreden overeenkomstig artikel 13b Opiumwet.

Ter illustratie van het gemeentelijk beleid zal ik een voorbeeld geven. De burgemeester van Doetinchem heeft de 'Uitvoeringsnota drugsbeleid gemeente Doetinchem 2016' vastgesteld. Hierin zijn algemene beleidsuitgangspunten neergelegd, zoals preventie- en voorlichtingsbeleid, openingstijden en de aanwijzing van een geschikt vestigingsgebied voor coffeeshops. Ook is in het beleid vastgelegd dat er maar maximaal aan twee coffeeshops tegelijkertijd een exploitatievergunning en een gedoogbeschikking wordt afgegeven. Door het vaststellen van een maximumaantal beschikbare gedoogverklaringen, is een schaars publiek recht gecreëerd. De burgemeester heeft – mede gelet op de hiervoor genoemde *Vlaardingen*-uitspraak – daarom in de Uitvoeringsnota vastgelegd dat er een transparante selectie- en gunningsprocedure zal worden gevolgd, namelijk verdeling door middel van een loting.¹²

Naast een gedoogverklaring heeft een coffeeshophouder ook een exploitatievergunning voor een horeca-

Door het vaststellen van een maximumaantal beschikbare gedoogverklaringen, is een schaars publiek recht gecreëerd

inrichting nodig. In de modelverordening van de Vereniging voor Nederlandse Gemeenten (VNG) voor een Algemene Plaatselijke Verordening (APV) valt een coffeeshop onder de term 'openbare inrichting'. Dit zijn alle horeca-inrichtingen waar niet-alcoholhoudende dranken worden geschonken, zoals lunchrooms of tearooms. Blijkens de toelichting is het volgens de VNG niet nodig om bijzondere bepalingen over coffeeshops op te nemen. Uitgangspunt van de VNG is dus dat de exploitatievergunning alleen betrekking heeft op de exploitatie van een alcoholvrije inrichting en de gedoogverklaring op de verkoop van softdrugs. Dit heeft tot gevolg dat de exploitatie-

vergunning in de model-APV geen schaarse vergunning is. Er is immers geen plafond voor het aantal exploitatievergunningen voor openbare horeca-inrichtingen vastgesteld. In sommige gemeenten is de praktijk dat de exploitatievergunning en gedoogverklaring in één document worden opgenomen. Vanuit juridisch perspectief is echter sprake van twee verschillende toestemmingen: de vergunning wordt verleend op grond van de APV en is een appellabel besluit, terwijl de gedoogverklaring wordt verleend in het kader van de Opiumwet en – zo lijkt uit de *Hoogeloon*-uitspraak te volgen – geen appellabel besluit is.

4.2. Gelijke kansen bij het verlenen van een schaarse gedoogverklaring?

Het vastleggen van een maximumaantal coffeeshops in gemeentelijk beleid is gebruikelijk. Het organiseren van een transparante verdeelprocedure echter nog niet. Dit komt deels doordat het beginsel van gelijke kansen wordt gezien als een nieuw beginsel en deels omdat de juridische status van een gedoogverklaring onduidelijk was. De vraag is of dat laatste probleem nu met de uitspraak van de Afdeling is opgelost.

In de kern heeft de Afdeling in de *Hoogeloon*-uitspraak geoordeeld dat een gedoogverklaring weinig tot geen waarde heeft: het kan in een handavingsprocedure een rol spelen als een beroep wordt gedaan op het vertrouwensbeginsel. De vraag is dan of een burgemeester als het een gedoogverklaring verleent, het gelijkheidsbeginsel – of het beginsel van gelijke kansen – in acht moet nemen. De Afdeling heeft namelijk in de *Vlaardingen*-uitspraak geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel *in die context* strekte tot het bieden van gelijke kansen. Onduidelijk is echter welke context de Afdeling precies voor ogen had. Gelet op het feit dat de Afdeling het beginsel inmiddels ook toepast bij subsidieverlening, lijkt de Afdeling het contextuele beginsel van gelijke kansen toe te passen bij de verdeling van alle schaarse publieke rechten. In dat geval ligt het in de lijn der verwachting dat ook bij het verlenen van een schaarse gedoogverklaring dit beginsel in acht moet worden genomen. Dat het beginsel niet zou gelden, omdat een gedoogverklaring geen besluit is dat op rechtsgevolg is gericht, acht ik niet overtuigend. Een bestuursorgaan is immers bij de uitoefening van zijn bevoegdheden altijd gebonden aan beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel. Het enkele feit dat geen sprake is van een Awb-besluit, betekent natuurlijk niet dat een burgemeester naar willekeur en niet-transparant een schaarse gedoogverklaring mag afgeven. Bovendien kan de vraag wie de coffeeshop mag exploiteren alsnog in een handavingsprocedure aan de orde worden gesteld – hetgeen in de volgende paragraaf nog uitgebreider aan de orde zal komen. In die handavingsprocedure kan betoogd worden dat handhavend moet worden opgetreden, omdat de gedoogverklaring in strijd met het

7. Zie voor een uitgebreidere weergave van de casus: A. Drahmman, 'Hoe kan een gemeente gelijke kansen bieden bij de verdeling van schaarse vergunningen?', *Gst* 2017/55.

8. ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink en A. Drahmman.
9. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4198, *NJB* 2019/115.

10. Aldus de nota van toelichting bij het ontwerpbesluit experiment gesloten coffeeshopketen.
11. Aanwijzing Opiumwet van het College van procureurs-generaal, *Stcr.* 2015, 5391.

12. Uitvoeringsnota drugsbeleid gemeente Doetinchem 2016, *Gemeentebled* 2016, 85211, en gewijzigd in *Gemeentebled* 2018, 32193.

Dat het beginsel van gelijke kansen niet zou gelden, omdat een gedoogverklaring geen besluit is dat op rechtsgevolg is gericht, acht ik niet overtuigend

gelijkheidsbeginsel (het beginsel van gelijke kansen) is verstrekt.¹³

Ik kom dan ook tot de slotsom dat bij de verlening van een schaarse gedoogverklaring in beginsel het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen. In beginsel, omdat er uitzonderingen op het beginsel van gelijke kansen mogelijk zijn. Zo heeft de Afdeling eerder geoordeeld dat de kansspelvergunning aan Stichting de Nationale Sporttotalisator (de Lotto) zonder transparante verdelprocedure kon worden verleend, omdat de stichting een particuliere exploitant was, op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan uitoefenen.¹⁴ Met het voorkomen van gokverslaving is een dwingende reden van algemeen belang gemoeid. Niet uitgesloten is dat een burgemeester kan onderbouwen waarom een transparante verleningsprocedure voor een coffeeshop niet wenselijk zou zijn. Het is in dat geval echter aan de burgemeester om te motiveren dat een uitzondering op het beginsel van gelijke kansen rechtmatig is. Dit is een andere bewijspositie dan als het beginsel in zijn geheel niet zou gelden. Het uitgangspunt dat geldt bij schaarse vergunningen dat mededingingsruimte moet worden geboden, tenzij een uitzonderingsgrond van toepassing is, zou dus mijns inziens ook moeten gelden bij de verlening van een schaarse gedoogverklaring.

5. Adequate rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse gedoogverklaringen?

Als een burgemeester ten onrechte een gedoogverklaring zou verstrekken, omdat ofwel geen mededingingsruimte is geboden ofwel een fout in de uitvoering van de verdelprocedure is gemaakt, dan zou een exploitant hiertegen rechtsmiddelen moeten kunnen aanwenden bij de bestuursrechter (par. 5.1) of de burgerlijke rechter (par. 5.2). Beide rechtsgangen kunnen vrees ik op dit moment echter niet als adequaat worden beschouwd. Daarom zijn de wetgever (par. 5.3) en/of het gemeentebestuur (par. 5.4) aan zet.

5.1. Adequate rechtsbescherming bij de bestuursrechter?

De *Hoogeloon*-uitspraak van de Afdeling heeft tot gevolg dat er in beginsel geen rechtsbescherming open staat tegen de verlening van een gedoogverklaring. Dit heeft een merkwaardige consequentie als de verklaring wordt verleend na een verdelprocedure. Stel dat in Doetinchem vijf aanvragen worden ingediend en er twee worden ingeloot en drie worden uitgeloot. De drie verliezers van de loting kunnen hiertegen geen bezwaar indienen. De uitspraak van de Afdeling impliceert dat deze drie aanvragers eerst een handhavingsverzoek zullen moeten indienen tegen de twee ingelote exploitanten. Pas na de

afwijzing van dat handhavingsverzoek staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Deze rechtsbescherming houdt in dat na het afwijzingsbesluit eerst nog een bezwaarprocedure zal moeten worden gevolgd, voordat (eindelijk) het geschil aan een bestuursrechter kan worden voorgelegd.

In de *Hoogeloon*-uitspraak stelt de Afdeling dat de gewijzigde lijn niet zou zorgen voor een inhoudelijke vermindering van de rechtsbescherming. Naast inhoudelijke rechtsbescherming, is effectieve rechtsbescherming echter ook van belang. De thans voorgestelde route om tegen een gedoogverklaring op te komen is dusdanig omslachtig, dat betwijfeld kan worden of wel sprake is van adequate rechtsbescherming. In dit verband wijs ik er tevens op dat Van Rijn van Alkemade al in 2016 meerdere knelpunten heeft geconstateerd in de rechtsbescherming bij de verdeling van 'gewone' schaarse vergunningen, zonder de extra tussenstap van een handhavingsverzoek.¹⁵ Juist bij de verdeling van schaarse publieke rechten is de snelheid van de juridische procedure van belang. Schaarse vergunningen hebben namelijk slechts een beperkte looptijd, waardoor de uitspraak van de bestuursrechter al snel als mosterd na de maaltijd komt: tegen de tijd dat de bestuursrechter oordeelt dat een verdelprocedure onrechtmatig is verlopen, is de betwiste vergunning al (grotendeels) geëxpireerd, waardoor vaak slechts een poging gedaan kan worden om schadevergoeding te krijgen. Van Rijn van Alkemade pleit daarom voor het toekennen van opschortende werking aan het bezwaar of beroep tegen een schaarse vergunning, in combinatie met een verplichting voor de bestuursrechter om binnen een bepaalde termijn versneld uitspraak te doen in het geschil. Dit biedt volgens hem perspectief op een evenwichtiger rechtsbescherming, waarbij de belangen van snelheid, zorgvuldigheid en rechtszekerheid beter met elkaar in balans zijn.¹⁶ De constatering dat rechtsbescherming tegen een schaarse gedoogverklaring uitsluitend kan worden verkregen nadat een handhavingsverzoek is ingediend en afgewezen, zal voor alle betrokkenen bij de procedure (zowel de coffeeshopexploitant als zijn concurrenten) dan ook naar verwachting niet als adequaat worden beschouwd. Dit betekent dat de bestuursrechter voor gedoogverklaringen een uitzondering op de hoofdregel uit de *Hoogeloon*-uitspraak zou moeten aannemen. Het valt echter te betwijfelen of de Afdeling hiertoe, zo snel na het inzetten van de nieuwe lijn, bereid zal zijn. Doel van de *Hoogeloon*-uitspraak was immers juist om een duidelijkere lijn met zo min mogelijk uitzonderingen te creëren.

5.2. Adequate rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter?

Als de bestuursrechtelijke rechtsbescherming niet adequaat is dan zijn er in algemene zin twee oplossingsrichtingen denkbaar: een gang naar de burgerlijke rechter of een aanpassing van de relevante wetgeving. Het is echter maar de vraag of de burgerlijke rechter in dit geval daadwerkelijk uitkomst kan bieden. Hier zijn twee redenen voor. Het eerste probleem is de vraag of een betrokkene wel ontvankelijk is bij de burgerlijke rechter. Ik acht de kans namelijk groot dat een burgerlijke rechter zal oordelen dat nu rechtsbescherming kan worden verkregen

via de band van een handhavingsverzoek, met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, de weg naar de burgerlijke rechter niet open staat.¹⁷ En zelfs als de burgerlijke rechter de vordering ontvankelijk zou verklaren dan is onduidelijk hoe de rechter de vordering zou beoordelen. Hiervoor is al toegelicht dat nog niet zeker is dat het gelijkheidsbeginsel (of: beginsel van gelijke kansen) ook in de context van het verlenen van de gedoogverklaringen zou moeten worden toegepast. Ook de burgerlijke rechter zal moeten beoordelen of onrechtmatig is gehandeld als geen of een onjuiste verdeelprocedure is gevoerd. De juridische grondslag kan hiervoor worden gevonden in artikel 3:14 BW. Dit artikel bepaalt immers dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Hoewel in de literatuur is gepleit voor een toepassing van het beginsel van gelijke kansen via de reflexwerking van artikel 3:14 BW, is mij (nog) geen jurisprudentie bekend waarin de burgerlijke rechter dit daadwerkelijk heeft gedaan.¹⁸

In de literatuur is gepleit voor een toepassing van het beginsel van gelijke kansen via de reflexwerking van artikel 3:14 BW, mij is (nog) geen jurisprudentie bekend waarin de burgerlijke rechter dit daadwerkelijk heeft gedaan

5.3. De wetgever aan zet?

Gelet op het voorgaande lijkt toch de wetgever aan zet. Aan de hier geschetste problemen ligt immers ten grondslag dat een gedoogbeslissing nu eenmaal geen besluit is. Of zoals de Afdeling het in r.o. 20 van de uitspraak formuleert:

‘Het gelijkstellen van alle soorten gedoogbeslissingen met een besluit zou suggereren dat de rechter het nemen van beslissingen over gedogen als een zelfstandige bevoegdheid beschouwt naast de handhavingsbevoegdheid. Alleen de wetgever zou tot het scheppen van een dergelijke bevoegdheid kunnen overgaan. Een dergelijke algehele gelijkstelling zou daarom, daargelaten of die wenselijk zou zijn, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan.’

De gedoogverklaring die voor de exploitatie van een coffeeshop wordt verleend, verschilt mijns inziens van het gedogen van een illegaal bouwwerk in het omgevingsrecht. De gedoogverklaring is immers het equivalent van een exploitatievergunning: zonder de verklaring kan de coffeeshouder zijn softdrugs niet verkopen. Om bestuursrechtelijke rechtsbescherming te creëren, zou ik dan ook willen pleiten voor een publiekrechtelijke grondslag voor de gedoogverklaring (en – ter voorkoming van misverstanden – dus niet voor een ‘gewoon’ vergunningstelsel) in de Opiumwet. Ik realiseer me echter dat een dergelijke wijziging van de Opiumwet niet eenvoudig zal zijn. Daarbij speelt niet alleen de politieke discussie over de wenselijkheid van legalisering van softdrugs een rol, maar ook de vraag in hoeverre een dergelijke publiekrechtelijke grondslag in overeenstemming zou zijn met VN-verdragen en het Europees recht.¹⁹ In de wetsgeschiedenis bij de Wet experiment gesloten coffeeshopketen heeft de regering het standpunt ingenomen dat dat experiment mogelijk was, onder meer omdat het voorgestelde experiment het strafbare karakter van de handelingen niet verandert.²⁰ Een vergelijkbaar argument kan worden gegeven voor het mogelijk maken van (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming tegen een gedoogverklaring. Rechtsbescherming tegen een dergelijke overheidsbeslissing – niet zijn de het verlenen van een vergunning maar het afgeven van de gedoogverklaring –, legaliseert de verkoop van softdrugs door een coffeeshopexploitant immers nog niet. Het is echter de vraag of dit argument standhoudt.

Daarom zou een andere denkrichting kunnen zijn gelegen in een wijziging van de Algemene wet bestuursrecht. Barkhuysen, Van Angeren & Jak denken aan oplossingen die voor alle gedoogbeslissingen zou kunnen worden toegepast, zoals een uitbreiding van de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter met bijvoorbeeld een verklaring voor recht.²¹ Met een dergelijke wijziging van het bestuursprocesrecht zal echter veel tijd zijn gemoeid, terwijl coffeeshopexploitanten en burgemeesters op dit moment behoefte hebben aan meer duidelijkheid. Daarom is ook los van de wetgever, het gemeentebestuur aan zet.

13. Zie over het ‘reguliere’ gelijkheidsbeginsel (in een niet-schaarse context) in het handhavingsrecht onder meer ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3438, AB 2018/112, m.nt. T.N. Sanders.

14. ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1466, AB 2018/443, m.nt. A. Drahmman.

15. J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten* (diss.), Boom Juridisch 2016.

16. J.M.J. van Rijn van Alkemade, ‘De voorlopige voorziening bij geschillen over schaarse vergunningen. Naar een andere rolverdeling tussen voorzieningenrechter en bodemrechter’, *JBplus* 2014, afl. 3, p. 40-53.

17. Vgl. HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, *NJ* 2016/262, m.nt. H.J. Snijders, AB 2016/267, m.nt. G.A. van der Veen.

18. O.a. P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid* (diss. Utrecht), Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2013. En recenter:

J.R. Vermeulen & C.N. van der Sluis, ‘Schaarse rechten bij gebiedsontwikkeling: de rol van beleid en grondeigendom’, *TO* 2018/3.4.

19. Het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen uit 1961, zoals gewijzigd door het Protocol tot wijziging van het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen (*Trb.* 1987, 90), het Verdrag inzake psychotrope stoffen uit 1971, het Verdrag van de Verenigde Naties tegen sluikhandel in verdovende middelen en

psychotrope stoffen uit 1988 (*Trb.* 1990, 94), de Schengenuitvoeringsovereenkomst en het Kaderbesluit illegale drugshandel (2004/757/JBZ).

20. *Kamerstukken II* 2017/18, 34997, 3, p. 11 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34997, 4, p. 3.

21. Barkhuysen, Van Angeren & Jak, ‘Een gedoogbeslissing is geen appellabel Awb-besluit: heerlijk helder of een duidelijke oproep aan de wetgever?’ op www.stibbe-blog.nl.

5.4. Het gemeentebestuur aan zet?

In par. 4.1 is beschreven dat een coffeeshop naast een gedoogverklaring ook een exploitatievergunning op grond van de APV nodig heeft. Deze vergunning is, als de model-APV van de VNG wordt gebruikt, niet schaars. Het was volgens de VNG niet nodig om voor coffeeshops aparte regels vast te stellen. De *Hoogeloon*-uitspraak over gedoogbeslissingen is reden om dit te heroverwegen. Als in de APV immers wordt bepaald dat voor coffeeshops een speciale categorie exploitatievergunning nodig is, dan kan deze vergunning schaars worden gemaakt door een maximumaantal beschikbare vergunningen vast te stellen. Vervolgens kunnen die vergunningen transparant worden verdeeld en staat tegen de uitkomst van die verdeelprocedure direct rechtsbescherming open bij de bestuursrechter.

Het is echter de vraag of het creëren van een schaarse exploitatievergunning voor coffeeshops niet in strijd met de Opiumwet zou zijn. Enerzijds lijkt dit mogelijk, omdat de APV en Opiumwet ieder een ander onderwerp regelen. In de toelichting bij de model-APV geeft de VNG aan dat de Opiumwet – en daarmee de gedoogverklaring – betrekking heeft op de handel in drugs en niet op de exploitatie van de horeca-inrichting. Dat betekent dat volgens de VNG de APV specifieke regels kan stellen vanwege de effecten die met name coffeeshops kunnen hebben op de openbare orde.²² Ook in de wetsgeschiedenis is expliciet gesteld dat gemeentelijke regelingen niet in strijd zouden zijn met de Opiumwet omdat het onderwerp van de gemeentelijke regeling een ander is, namelijk het belang van bescherming van de openbare orde en voorkoming van aantasting van het woon- en leefklimaat. Het vergunningstelsel beoogt bovendien met een preventief stelsel de vestiging van horecagelegenheden, waaronder coffeeshops, aan regels en voorwaarden te binden, terwijl artikel 13b Opiumwet ziet op het toepassen van bestuursdwang.²³

Anderzijds is het niet vanzelfsprekend dat in een APV specifieke regels over coffeeshops kunnen worden opgenomen. In 1999 heeft de Afdeling namelijk geoordeeld dat een gemeentelijke verordening niet in strijd met de Opiumwet 'een handelen mét vergunning [mag] toestaan, welk handelen in die hogere regeling expliciet is verboden. Daaraan doet niet af, dat de gemeentelijke verordening een ander – aan de openbare orde ontleend – belang beoogt te beschermen dan de Opiumwet.'²⁴ Deze jurisprudentielijn lijkt echter te zijn achterhaald dan wel vrijwel zinledig te zijn geworden. De Afdeling heeft namelijk geen bezwaren tegen een algemene exploitatievergunningplicht voor horeca-inrichtingen waarbij in beleidsregels specifieke criteria voor de vestiging voor coffeeshops worden opgenomen.²⁵ Daaruit kan worden afgeleid dat als

niet in de APV, maar in beleidsregels zou worden bepaald dat het aantal exploitatievergunningen voor coffeeshops aan een maximumaantal is gebonden, dit niet in strijd zou zijn met hoger recht – de Opiumwet. Dit opent de weg om de in de beleidsregels gecreëerde schaarse exploitatievergunning transparant te verdelen. Inmiddels wordt deze mogelijkheid ook al door burgemeesters toegepast, zoals door de burgemeester van Zaandam. Op grond van het Coffeeshopbeleid gemeente Zaanstad 2019 wordt er binnen de gemeente aan maximaal drie exploitanten – naast een gedoogverklaring – 'een horeca-exploitatievergunning met de aantekening coffeeshop' verleend. De burgemeester is voornemens om deze schaarse exploitatievergunningen te verloten.²⁶

Het introduceren van een schaarse exploitatievergunning voor coffeeshops kan op relatief korte termijn een oplossing bieden voor de problemen in de rechtsbescherming tegen gedoogverklaringen. Toch zou een wijziging van de (Opium)wet mijn voorkeur hebben. Feit blijft immers dat een speciale exploitatievergunning voor coffeeshops op gespannen voet staat met het feit dat de verkoop van softdrugs verboden is. Of om de Rechtbank Amsterdam te parafraseren: het kan niet zo zijn dat hetgeen de nationale wetgever expliciet en onvoorwaardelijk heeft verboden, in een verordening wordt toegestaan.²⁷ Het via beleidsregels alsnog creëren van een speciale categorie exploitatievergunningen, namelijk de categorie coffeeshops, is vanuit pragmatisch oogpunt misschien toe te juichen, maar vanuit dogmatisch oogpunt twijfelachtig. Zeker als de reden voor deze exploitatievergunningverlening uitsluitend is gelegen in het creëren van rechtsbescherming bij de selectie van de coffeeshopexploitant.

6. Afronding

In deze bijdrage heb ik willen verkennen wat de gevolgen zijn van twee tendensen in het bestuursrecht die zich los van elkaar hebben voorgedaan, maar die tegelijk onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Doordat sprake is van twee losse ontwikkelingen die – ook door de advocaat-generaal in zijn conclusies bij deze uitspraken – niet met elkaar zijn verbonden, staat de praktijk nu voor een aantal vragen. Samengevat kom ik tot de volgende analyse:

Gedoogverklaringen voor coffeeshops verdelen een schaars recht, omdat in gemeentelijk beleid het aantal coffeeshops dat zich in een gemeente mag vestigen vrijwel altijd is beperkt. Een dergelijk maximumstelsel beperkt de mededingingsruimte. In het verlengde van de *Vlaardingen*-uitspraak moet daarom voordat een gedoogverklaring kan worden verstrekt mededingingsruimte worden geboden op grond van het gelijkheidsbeginsel (het beginsel van gelijke kansen). Een bestuursorgaan is bij de uitoefening van zijn bevoegdheden immers altijd

Het introduceren van een schaarse exploitatievergunning voor coffeeshops kan op relatief korte termijn een oplossing bieden voor de problemen in de rechtsbescherming tegen gedoogverklaringen

gebonden aan (ongeschreven) algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ook als dat handelen niet leidt tot een Awb-besluit.

Als er geen of een onjuiste verdeelprocedure plaatsvindt, dan kan een geïnteresseerde geen bezwaar of beroep tegen de verleende respectievelijk geweigerde gedoogverklaring indienen, omdat uit de *Hoogeloorn*-uitspraak volgt dat een gedoogverklaring niet appellabel is. De geïnteresseerde kan zich naar verwachting ook niet tot de burgerlijke rechter wenden, omdat de Afdeling expliciet in de *Hoogeloorn*-uitspraak heeft overwogen dat bestuursrechtelijke rechtsbescherming via een handhavingsverzoek kan worden gecreëerd. Het moeten uitlokken van een dergelijke handhavingsprocedure kan echter moeilijk worden beschouwd als adequate rechtsbescherming, onder meer omdat juist schaarse vergunningen een beperkte looptijd hebben, waardoor eerder een versnelling dan een vertraging van de juridische procedure nodig is.

Voorkomen moet echter worden dat het beginsel van gelijke kansen door gemeentebesturen niet in acht wordt genomen omdat tegen een schending van dit beginsel geen adequate rechtsbescherming open staat.²⁸ Daarom

Geconstateerd moet worden dat met de *Hoogeloorn*-uitspraak nieuwe vragen zijn ontstaan over de verdeling van en rechtsbescherming tegen schaarse gedoogverklaringen

zou de bestuursrechter mijns inziens een uitzondering op de nieuwe lijn uit de *Hoogeloorn*-uitspraak moeten aanvaarden. Als de bestuursrechter hiertoe niet bereid zou zijn, dan zou de wetgever aan zet zijn om adequate rechtsbescherming te bieden, bijvoorbeeld door in de Opiumwet rechtsbescherming te creëren tegen gedoogverklaringen. Een alternatief zou het creëren van schaarse exploitatievergunningen door het gemeentebestuur kunnen zijn. In

gemeentelijke beleidsregels, gebaseerd op de Algemene Plaatselijke Verordening (APV), zouden specifieke regels voor coffeeshops kunnen worden gesteld, waaronder een beperking van het aantal beschikbare exploitatievergunningen. Deze exploitatievergunningen zouden dan transparant kunnen worden verdeeld. Dit is een praktische oplossing, maar hier kan tegen worden ingebracht dat het onwenselijk – of zelfs onrechtmatig is – om een dergelijke gemeentelijke vergunningplicht te introduceren voor een handelen dat in de Opiumwet nog altijd verboden is en slechts wordt gedoogd.

Al met al moet worden geconstateerd dat met de *Hoogeloorn*-uitspraak nieuwe vragen zijn ontstaan over de verdeling van en rechtsbescherming tegen schaarse gedoogverklaringen. Daarom is het in algemene zin wenselijk dat burgemeesters houders van een gedoogverklaring voor een coffeeshop duidelijk informeren over de juridische status van een verleende gedoogverklaring en het zeer beperkte vertrouwen dat de houder van de verklaring hieraan kan ontlenen. Ook is het nodig dat zij worden geïnformeerd over de wijze waarop de rechtsbescherming tegen gedoogverklaringen is vormgegeven. Daarmee bedoel ik dat onder de verleende of geweigerde gedoogverklaring niet kan worden volstaan met een rechtsbeschermingsclausule dat geen bezwaar en beroep kan worden ingediend, maar dat uitgelegd zal moeten worden dat bestuursrechtelijke rechtsbescherming alsnog via een handhavingsverzoek kan worden gerealiseerd en/of via de verlening van de schaarse exploitatievergunning als hiervoor gekozen is. Dit is mijns inziens nodig omdat de Afdeling in de *Hoogeloorn*-uitspraak een weliswaar duidelijke en eenvoudige lijn heeft gekozen, maar deze lijn verafstaat van de waarde die een coffeeshopexploitant in de praktijk aan een gedoogverklaring zal hechten. Een dienstbare overheid zou hier rekening mee moeten houden. Ten slotte wil ik benadrukken dat de *Hoogeloorn*-uitspraak geen afbreuk doet aan het beginsel van gelijke kansen. De vraag of en zo ja bij welke rechter een overheidsbeslissing appellabel is, staat immers los van het feit dat bij de totstandkoming van die beslissing algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het beginsel van gelijke kansen, in acht moeten worden genomen. Dat betekent dat gemeentebestuur bij de verlening van schaarse gedoogverklaringen – en/of schaarse exploitatievergunningen – in beginsel mededingingsruimte zal moeten bieden en meerdere potentiële exploitanten in staat moet stellen om een aanvraag in te kunnen dienen. •

22. Zie tevens de infosheet 'Coffeeshop-beleid' van het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid (CCV), augustus 2016, te downloaden op <https://hetccv.nl/>.

23. *Kamerstukken II 1997/98*, 25324, 5, p. 8.

24. ABRvS 12 augustus 1999,

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

25. Zie bijv. ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4158.

26. *Gemeentebled Zaandam 2019*, 86454. In de APV van Zaandam is 'coffeeshop' gedefinieerd als 'een alcoholvrij horecabe-

drijf waar verstrekking en gebruik van soft-drugs kan plaatsvinden door middel van een exploitatievergunning voor een horecabedrijf met de aantekening 'coffeeshop' en een gedoogverklaring, beide met voor-schriften'.

27. Rb. Amsterdam 16 januari 1998,

ECLI:NL:RBAMS:1998:ZF0770, AB 1998/222, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

28. Vergelijk tevens de recente discussie over effectieve rechtsbescherming bij aanbestedingen (*Kamerstukken II 2018/19*, 34252, 13).