

OPENBAAR MINISTERIE

College van procureurs-generaal

Postbus 20305, 2500 EH Den Haag

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Directie Wetgeving
t.a.v. mw. [REDACTED]
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
T +31 88 [REDACTED]
www.om.nl

Datum 10 september 2020
Onderdeel WBOM
Ons kenmerk [REDACTED]/18391
Uw kenmerk 2925868
Onderwerp Advies wijziging Opiumwetbesluit in verband met lachgas

Bij beantwoording de datum en
ons kenmerk vermelden.

Geachte mevrouw [REDACTED]

Bij brief van 10 juni 2020 heeft u namens de minister van Justitie en Veiligheid het College van procureurs-generaal gevraagd om te adviseren over een ontwerp voor het Besluit van ..., houdende wijziging van het Opiumwetbesluit en lijst II, behorende bij de Opiumwet, in verband met de plaatsing van distikstofmonoxide op deze lijst. Distikstofmonoxide is beter bekend onder de naam lachgas, het College zal in het vervolg van dit advies dan ook uitsluitend spreken over lachgas.

Door plaatsing op lijst II geldt lachgas als een verboden (soft)drug en zijn de handelingen met dit middel, als bedoeld in artikel 3 Opiumwet, strafbaar. Het verbod is niet van toepassing wanneer het lachgas is bestemd voor technische of gastronomische doeleinden. Het doel van het verbod is om de brede beschikbaarheid van lachgas voor recreatief gebruik terug te dringen. Met het treffen van een dergelijk aanbodbeperkende maatregel volgt de regering het advies van het Coördinatiepunt Assessment en Monitoring nieuwe drugs (hierna: CAM).

Het College zal niet verhehlen dat het met enige ambivalentie kennis heeft genomen van het conceptbesluit. Enerzijds is het College het zeer eens met het voornemen van de regering om het recreatief gebruik van lachgas als roesmiddel tegen te gaan. Lachgas wordt geconsumeerd teneinde het bewustzijn van de gebruiker te beïnvloeden. In de nota van toelichting wordt uitgelegd dat het recreatief gebruik van lachgas kan leiden tot ernstige gezondheidsklachten. Vanuit het perspectief van de verkeershandhaving bevestigt het College dat het recreatief gebruik van lachgas in het verkeer al met enige regelmaat heeft geleid

tot zeer ernstige ongelukken, sommigen met fatale afloop. Het is dus terecht dat de regering gevolg wil geven aan de aanbeveling van het CAM om de brede beschikbaarheid van lachgas als recreatief roesmiddel terug te dringen.

Anderzijds heeft het College vanuit het oogpunt van handhaving een aantal bedenkingen tegen het nu voorliggende voorstel. Voorgesteld wordt om lachgas te plaatsen op lijst II bij de Opiumwet. Daardoor wordt het verboden lachgas binnen of buiten het grondgebied van Nederland te brengen, te bereiden, te bewerken, te verwerken, te verkopen, af te leveren, te verstrekken, te vervoeren, aanwezig te hebben en te vervaardigen. Maar er worden in verband met bestaande specifieke toepassingen twee algemene uitzonderingen gemaakt. Het verbod geldt namelijk niet voor lachgas dat bestemd is voor technische of gastronomische doeleinden.

Tot welke moeilijkheden deze constructie kan leiden vanuit het perspectief van de handhaving wordt hieronder uitgelegd.

Eerst besteedt het College evenwel enige aandacht aan de techniek van wetgeving. Het voorgestelde artikel 15a creëert een bijzondere exceptie die het College hierna voor het gemak 'strafuitsluitingsgrond' zal noemen.¹ Over de bewijslast bij strafuitsluitingsgronden schreef Langemeijer reeds in 1937 het volgende: "Verschil op het stuk van bewijs bestaat er dan tusschen de delictsbestandeelen en het ontbreken van strafuitsluitingsgronden alleen in zoover dat voor het laatste de regels van wettig bewijs niet gelden en dat verder het onderzoek niet op strafuitsluitingsgronden gericht hoeft te zijn, zoolang zich geen aanleiding opdoet om te vermoeden, dat er zich een zou kunnen voordoen."² Die stand van zaken geldt nu nog steeds: een verdenking is er bij het verbod zoals het geldt³ en kan dan direct tot opsporing leiden. De verdenking hoeft niet mede de afwezigheid van de exceptie te omvatten. In concreto: als er een lachgasampul op de passagiersstoel van een auto wordt aangetroffen, levert dat de verdenking op van verboden lachgasbezit. Het is vervolgens aan de verdachte om het vermoeden te doen rijzen dat de exceptie opgeld doet. Met andere woorden: de opsporingsambtenaar hoeft niet eigener beweging, dus zonder een door de verdachte gevoerd verweer ("De ampullen zijn voor gastronomisch gebruik"), aannemelijk te maken dat de exceptie zich niet voordoet. Wórdt het verweer gevoerd, dan hoeft het bestaan van de exceptie hoeft niet wettig en overtuigend

¹ Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 301: "Een andere, veel voorkomende uitdrukking is dat bij aanvaarding van een bijzondere exceptie de strafbepaling 'niet van toepassing is'. (...) Naar de letter zou hier wellicht van een kwalificatieuitsluitingsgrond kunnen worden gesproken, maar meestal wordt het als een strafuitsluitingsgrond opgevat."

² G.E. Langemeijer, "Bewijslast" bij strafuitsluitingsgronden', *NJB* 1937, p. 614.

³ Te weten: zoals het geldt volgens de bepaling waarop de exceptie een uitzondering vormt.

te worden bewezen ("voor het laatste [gelden] de regels van wettig bewijs niet"); aannemelijk worden volstaat.

In de Nota van Toelichting wordt – terecht – veel aandacht besteed aan de omstandigheden waaronder (in het bijzonder) de gastronomische exceptie niet of minder aannemelijk is. Het College zou het echter ook op prijs stellen als de Nota dieper zou ingaan op de bewijslastverdeling. Tot welk nader onderzoek is de opsporingsambtenaar gehouden als het verweer in zijn kale vorm wordt gevoerd? Wat mag er van de verdachte zelf worden verwacht? De antwoorden op deze vragen zijn van belang wanneer binnen de doelgroep gaat rondzingen – en dat zal al snel zijn – dat het verbod niet geldt bij een gastronomische toepassing. Zeker nu er in de Nota van Toelichting op diverse plaatsen wordt gesproken over "een sterke aanwijzing" dat er – onder de geschetste omstandigheden – geen sprake is van een gastronomische toepassing rijst de vraag of het bestaan van zo'n "sterke aanwijzing" als regel tot gevolg heeft dat de exceptie niet aannemelijk is geworden. Het College is zelf geneigd deze laatste vraag bevestigend te beantwoorden, maar zou op dit punt een nadere uitweiding in de Nota van Toelichting op prijs stellen. Een dergelijke uitweiding is in het bijzonder van belang omdat de (toekomstige) bestrijding van lachgasfeiten niet mag ontsporen naar de volstrekt ongewenste situatie dat de politie, met besteding van onevenredig veel tijd en middelen, vooral bezig is om onderzoek te doen naar omstandigheden waarmee zij de gastronomische exceptie kan weerleggen.⁴ Voor een helder beeld zouden casusbeschrijvingen in de Nota van Toelichting behulpzaam kunnen zijn.

Het bovenstaande neemt niet weg dat, ook zonder dat de verdachte een beroep op de exceptie doet, het bewijs dat er sprake is van lachgas doorgaans nog wel moet worden geleverd. Onder omstandigheden valt die bewijslevering vermoedelijk wel mee,⁵ maar niet zelden zal er nader onderzoek aan te pas moeten komen. Van de politie heeft het College vernomen dat als het gaat om lachgas het testen 'op straat' niet mogelijk is, omdat er geen apparatuur bestaat waarmee op een veilige en betrouwbare manier op locatie getest kan worden. Het

⁴ Als het werken met bijzondere excepties wordt gehandhaafd (zie hierover nader p. 5) dan verdient het aanbeveling om het aannemelijk maken van de exceptie een exclusieve aangelegenheid van de verdachte te maken, bijvoorbeeld door te bepalen dat alleen bepaalde documenten (specifieke facturen, vergunningen etc.) kunnen dienen om het gastronomisch gebruik aan te tonen.

⁵ Met betrekking tot cocaïne overwoog de Rb. Rotterdam 28 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8774: "Vaste jurisprudentie is dat wanneer iemand in het vermoedelijke bezit van cocaïne wordt aangetroffen, de aanwezigheid van die stof ook zonder een chemisch deskundigenrapport kan worden bewezenverklaard als dat uit overige feiten en omstandigheden kan worden afgeleid."

NFI heeft inmiddels kenbaar gemaakt niet over de capaciteit te beschikken om deze testen uit te voeren. Het testen zal dus in de laboratoria van de Forensische Opsporing bij de politie moeten plaatsvinden. Dit vereist de aanschaf van extra apparatuur en inzet van extra capaciteit, een aspect waar de Nota van Toelichting nog niet op ingaat.

Enigszins terzijde merkt het College op dat niet alleen ten behoeve van nader onderzoek, maar uiteindelijk ook ten behoeve van vernietiging of onttrekking aan het verkeer⁶ er inbeslagneming moet plaatsvinden. Onderdeel van die inbeslagneming vormt het vervoer. Zeker als er cilinders (i.t.t. ampullen) in beslag worden genomen moet de politie deze vervoeren naar een politiebureau. Vervolgens worden de cilinders vervoerd naar een Ketenbeslaghuis (KBH). Daar moeten de cilinders in afwachting van een beslissing van het openbaar ministerie worden opgeslagen. Dit is een logistiek proces dat de nodige risico's met zich meebrengt voor alle betrokken medewerkers. Het College vraagt daarom aandacht voor een veilige inrichting voor de opslag van deze gasflessen.

Het College keert terug naar de bewijsvoering, en in het bijzonder naar die gevallen waarin – in dit geval door verkopers – de gastronomische exceptie zou kunnen worden opgeworpen.

De Nota van Toelichting bevat de volgende passage:

"Om zekerheid te bieden over de vraag of de handel in lachgas niet onder het verbod van de Opiumwet valt, moeten de verkopers de volgende criteria in acht nemen:

Importeur

(...)

Groothandel

(...)

Detailhandel (online en offline)

- Er wordt alleen aan particulieren van 18 jaar of ouder geleverd.
- Aan particulieren van 18 jaar of ouder wordt niet meer dan 1 verpakking geleverd van maximaal 10 ampullen.
- De ampullen worden niet afzonderlijk verkocht, maar alleen bij een gezond boodschappenpatroon, dat wil zeggen in aanvulling op producten die logischerwijs bij de bereiding van voedsel horen.
- De verpakkingen zijn uit het zicht geplaatst en er worden geen reclame en prijsacties gevoerd."

⁶ Vergelijk artikel 13a Opiumwet.

Wat in deze passage opvalt is dat enerzijds wordt gezegd dat de verkopers zich aan de genoemde criteria zullen moeten houden, maar dat anderzijds niet wordt uitgelegd waar die verplichting een plaats zal krijgen in de regelgeving. Het lijkt erop alsof deze flankerende regelgeving niet is voorzien. Het College dringt erop aan deze aanvullende regelgeving wél te vervaardigen en het lachgasverbod niet in werking te laten treden zonder dat zij gereed is. Overigens betwijfelt het College ten eerste of het gezonde boodschappenpatroon een handhaafbaar criterium is, nog ervan afgezien dat – in de reguliere detailhandel – ampullen dikwijls worden verkocht in keukenspeciaalzaken of winkels zoals Blokker, waar helemaal geen voedsel wordt verkocht.

Tot slot

Zoals in de inleiding al aangegeven is het College het zeer eens met het voornemen van de regering om – in aanvulling op de handhaving via algemene plaatselijke verordeningen – het recreatief gebruik van lachgas terug te dringen. Een verbod op het recreatief gebruik van lachgas is dan ook begrijpelijk. Het College heeft echter ernstige twijfels over de vraag of een algemeen verbod met daarop een algemene uitzondering zoals nu wordt voorgesteld adequaat valt te handhaven. Zou het niet toch mogelijk zijn om niet met bijzondere excepties te werken, maar met eenduidige strafbepalingen? Wanneer het College even inzoomt op de eindgebruiker zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan een bepaling die erop neerkomt dat het verboden is om lachgas buiten een woning voorhanden te hebben anders dan in gesloten verpakking die voldoet aan een bepaalde wettelijke omschrijving. Voor importeurs, groot- en detailhandelaars zouden soortgelijke bepalingen kunnen worden gemaakt, al dan niet met behulp van de hierboven bedoelde flankerende wetgeving.

Het College dringt erop aan dat deze mogelijkheid alsnog in overweging wordt genomen, althans dat in de Nota van Toelichting wordt uitgelegd waarom niet voor deze optie is gekozen.

Hoogachtend.

procureur-generaal