

ECLI	ECLI:NL:RVS:2022:1362
Datum uitspraak	11 mei 2022
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 25 augustus 2020 heeft de burgemeester van Arnhem besloten tot het sluiten van restaurant [bedrijf A] aan de [locatie 1] in Arnhem voor een duur van 3 maanden. [appellante] is exploitant van restaurant [bedrijf A] en koffiehuis [bedrijf B] die gevestigd zijn aan onderscheidenlijk de [locatie 1] en [locatie 2] in Arnhem. De horeca-inrichtingen bevinden zich in één pand en zijn met elkaar verbonden. Op 20 augustus 2020 hebben de politie en diverse overheidsinstanties een integrale controle in de horeca-inrichtingen verricht. Aanleiding van die controle waren signalen bij de politie en de gemeente over diverse misstanden in het restaurant, zoals handel in verdovende middelen en wapens. De bevindingen van de politie zijn neergelegd in bestuurlijke rapportages van 25 augustus 2020 en 8 september 2020. [verbalisant], buitengewoon opsporingsambtenaar bij de Afdeling Vergunning en Handhaving, heeft de bevindingen van zijn controle neergelegd in een op ambtseed opgemaakt proces-verbaal.

Volledige tekst

202103431/1/A3.

Datum uitspraak: 11 mei 2022

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], handelend onder de naam [bedrijf A], wonend te Arnhem,

tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland (hierna: de rechtbank) van 14 april 2021 in zaak nr. 21/1210 in het geding tussen:

[appellante]

en

de burgemeester van Arnhem.

Procesverloop

Bij besluit van 25 augustus 2020 heeft de burgemeester besloten tot het sluiten van restaurant [bedrijf A] aan de [locatie 1] in Arnhem voor een duur van 3 maanden.

Bij besluit van 20 oktober 2020 (hierna: het wijzigingsbesluit) heeft de burgemeester het besluit van 20 augustus 2020 gewijzigd.

Bij besluit van 19 januari 2021 heeft de burgemeester het door [appellante] tegen het besluit van 20 oktober 2020 gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 14 april 2021 heeft de rechtbank het door [appellante] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 11 april 2022, waar [appellante], bijgestaan door mr. R.C.H. Schrömbges, advocaat te Nijmegen, en de burgemeester, vertegenwoordigd door mr. F.A. Pommer, advocaat te Nijmegen, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. [appellante] is exploitant van restaurant [bedrijf A] en koffiehuis [bedrijf B] die gevestigd zijn aan onderscheidenlijk de [locatie 1] en [locatie 2] in Arnhem. De horeca-inrichtingen bevinden zich in één pand en zijn met elkaar verbonden.

Op 20 augustus 2020 hebben de politie en diverse overheidsinstanties een integrale controle in de horeca-inrichtingen verricht. Aanleiding van die controle waren signalen bij de politie en de gemeente over diverse misstanden in het restaurant, zoals handel in verdovende middelen en wapens. De bevindingen van de politie zijn neergelegd in bestuurlijke rapportages van 25 augustus 2020 en 8 september 2020. [verbalisant], buitengewoon opsporingsambtenaar bij de Afdeling Vergunning en Handhaving, heeft de bevindingen van zijn controle neergelegd in een op ambtseed opgemaakt proces-verbaal van 25 augustus 2020. Daarin staat dat hij 56,6 gram hasj in de spoelkeuken in het pand heeft aangetroffen. In een eveneens op ambtseed opgemaakt proces-verbaal van 13 oktober 2020 heeft de verbalisant zijn relaas over de gang van zaken in de spoelkeuken aangepast, omdat daarin volgens hem abusievelijk onjuistheden zijn opgenomen.

Besluitvorming

1.1. Op 25 augustus 2020 heeft de burgemeester gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid van artikel 13b, eerste lid, van de Opiumwet en besloten om het restaurant onmiddellijk te sluiten, met ingang van 20 augustus 2020 om 22:15 uur voor de duur van 3 maanden.

Op 20 oktober 2020 heeft de burgemeester het besluit van 25 augustus 2020 gewijzigd en besloten om het restaurant te sluiten voor de duur van een maand met ingang van 26 oktober 2020 om 12:00 uur.

Op 19 januari 2021 heeft de burgemeester het wijzigingsbesluit van 20 oktober 2020, onder overneming van het advies van de gemeentelijke bezwaarschriftencommissie, gehandhaafd.

De commissie heeft daarin overwogen dat de Douane-ambtenaar die de verbalisant vergezelde bevoegd was om de oven te doorzoeken. Voor zover de verbalisant het bewijs onrechtmatig heeft verkregen, laat dat in dit geval onverlet dat het toch aan de sluiting ten grondslag mocht worden gelegd, aldus de commissie.

Oordeel van de rechtbank

2. De rechtbank heeft geoordeeld dat de burgemeester bevoegd was om het restaurant te sluiten. [appellante] heeft niet aannemelijk gemaakt dat de in het restaurant aangetroffen hoeveelheid hasj een gebruikershoeveelheid is.

Voorts heeft de rechtbank geoordeeld dat de burgemeester mocht uitgaan van het proces-verbaal van de verbalisant van 13 oktober 2020. Volgens de rechtbank is aannemelijk dat de verbalisant in het proces-verbaal van 25 augustus 2020 abusievelijk onjuist heeft verklaard dat hij de hasj heeft gevonden. Daarbij is van belang dat een medewerker van de Douane de hasj blijkens een e-mail van 24 augustus 2020, vóór het proces-verbaal van 25 augustus 2020, in een lade onder een oven heeft aangetroffen. Omdat de medewerker van de Douane bevoegd was om plaatsen te doorzoeken en in de lade onder de oven te kijken, is het bewijs niet onrechtmatig verkregen.

Volgens de rechtbank is de sluiting in overeenstemming met de beleidsregel "Beleid artikel 13b Opiumwet: Voor lokalen en woningen en bijbehorende erven" (hierna: de beleidsregel), die de burgemeester hanteert voor toepassing van artikel 13b, eerste lid, van de Opiumwet. De sluiting was ook noodzakelijk en evenredig in verhouding met de daarmee te dienen doelen, aldus de rechtbank.

Hoger beroep

3. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het bewijs niet onrechtmatig is verkregen. Uit het proces-verbaal van 25 augustus 2020 volgt dat de verbalisant de spoelkeuken heeft doorzocht, nu hij de lade onder de oven open heeft gemaakt en de inhoud heeft onderzocht. Maar tot doorzoeking was hij niet bevoegd. Hij mocht alleen zoekend rondkijken. De stelling van de verbalisant dat hij zich bij het opstellen van dat proces-verbaal heeft vergist, is ongeloofwaardig. Met de e-mail van de Douane van 24 augustus 2020 heeft de burgemeester niet aannemelijk gemaakt dat in het proces-verbaal van 13 oktober 2020 de juiste gang van zaken is neergelegd. De burgemeester had daarom van het proces-verbaal van 25 augustus 2020 moeten uitgaan in plaats van het proces-verbaal van 13 oktober 2020. Het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Ook betoogt [appellante] dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de aangetroffen hasj bestemd was voor handel. De hasj was uitsluitend voor eigen gebruik door de beheerder van koffiehuis [bedrijf B], [beheerder]. Uit een verklaring van zijn huisarts volgt dat hij hasj gebruikt tegen pijnklachten, aldus [appellante].

Beoordeling van het hoger beroep

3.1. Artikel 13b, eerste lid, van de Opiumwet luidt: "De burgemeester is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang indien in een woning of lokaal of op een daarbij behorend erf:

a. een middel als bedoeld in lijst I of II dan wel aangewezen krachtens artikel 3a, vijfde lid, wordt verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel daartoe aanwezig is;

b. een voorwerp of stof als bedoeld in artikel 10a, eerste lid, onder 3°, of artikel 11a voorhanden is."

Artikel 5:15, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) luidt: "Een toezichthouder is bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner."

- Onrechtmatig verkregen bewijs

3.2. In het proces-verbaal van de verbalisant van 25 augustus 2020 staat dat de verbalisant op 20 augustus 2020 koffiehuis [bedrijf B] is binnengetroten en naar de achterzijde van het pand is gelopen waar hij in een spoelkeuken uitkwam. Daar begon hij met een controle van de naleving van voorschriften van de Drank- en Horecawet en de Algemene plaatselijke verordening. In de spoelkeuken zag hij een oven met een lade aan de onderzijde. Hij heeft die lade geopend en zag dat daarin papier- en kleingeld lag. Ook zag hij een broodzakje met een op harde hasj lijkende substantie. Bij het openen van het zakje rook hij direct een zeer sterke hasjlucht. De verbalisant heeft daarop direct een medewerker van de douane erbij geroepen, die bevestigde dat de inhoud van het zakje een groot blok hasj is. De verbalisant heeft de hele lade naar de voorzijde van het pand gebracht waar een medewerker van de politie die lade in ontvangst nam. In de avond heeft de verbalisant de bevestiging van de politie gekregen dat de inhoud van het broodzakje hasj is met een gewicht van 56,6 gram.

In het proces-verbaal van de verbalisant van 13 oktober 2020 staat dat hij in het proces-verbaal van 25 augustus 2020 abusievelijk heeft vermeld dat hij in keuken aan de achterzijde van het pand een oven met een lade aan de onderzijde heeft geopend en dat hij in de lade een op hasj lijkende substantie heeft gevonden. De verbalisant stelt dat dit niet de juiste volgorde is. In de keuken was hij samen met een medewerker van de Douane genaamd "[naam A]". De verbalisant zag dat hij de lade uit de oven trok en naar zijn neus bewoog waarna hij de lade aan de verbalisant gaf. De verbalisant hoorde hem zeggen dat het hasj is. De verbalisant heeft de lade aangepakt en zag dat daarin papier- en kleingeld lag. Ook zag hij daarin een op hasj lijkende substantie liggen. Daarna heeft hij aan die substantie geroken. De geur daarvan herkende hij als zeer sterke hasjgeur. Daarna zag de verbalisant dat een andere medewerker van de Douane, genaamd "[naam B]", achter hem stond en aan hem heeft de verbalisant de lade overhandigd. Aan de politieagenten heeft de verbalisant zijn bevindingen kenbaar gemaakt.

3.3. In de processen-verbaal verschillen de weergaven van de gang van zaken in de spoelkeuken op meerdere onderdelen relevant van elkaar. Uit het proces-verbaal van 25 augustus 2020 volgt dat de verbalisant de spoelkeuken heeft doorzocht, omdat hij de lade aan de onderzijde van de oven heeft geopend en de inhoud daarvan heeft onderzocht. Maar uit het proces-verbaal van 13 oktober 2020 volgt dat niet de verbalisant, maar de Douane-medewerker genaamd "[naam A]" de lade heeft geopend en heeft onderzocht. Voor zover de verbalisant stelt dat hij in het proces-verbaal van 13 oktober 2020 slechts een andere volgorde heeft beschreven van de gang van zaken, is die stelling niet juist. De burgemeester voert aan dat de gang van zaken in het proces-verbaal van 13 oktober 2020 wordt bevestigd in een e-mail van de Douane van 24 augustus 2020. Daarin staat voor zover van belang: "[...] Tevens heeft [naam A] de verdovende middelen gevonden. [...]". Anders dan de rechtbank heeft overwogen, heeft de burgemeester daarmee niet aannemelijk gemaakt dat de verbalisant in het proces-verbaal van 25 augustus 2020 abusievelijk heeft verklaard dat hij de hasj heeft gevonden. In die e-mail wordt de identiteit van de Douane-medewerker niet duidelijk en wordt ook de context waarin de verdovende middelen zijn gevonden niet

beschreven, zodat daarmee de gang van zaken zoals beschreven in het proces-verbaal van 25 augustus 2020 niet is weerlegd. Verder is van belang dat in de bestuurlijke rapportages van de politie van 25 augustus 2020 en 8 september 2020 is vermeld dat een boa van de gemeente Amsterdam in een oven in de keuken een bak heeft aangetroffen en dat hij die aan een medewerker van de politie heeft laten zien. Gelet op het vorenstaande mocht de burgemeester het proces-verbaal van 13 oktober 2020 niet aan de sluiting ten grondslag leggen. De rechtbank heeft dit miskend.

3.4. Gelet op het vorenstaande gaat de Afdeling uit van de gang van zaken zoals die is neergelegd in het proces-verbaal van 25 augustus 2020. Daaruit volgt dat de verbalisant de lade onder de oven heeft doorzocht. Tot het doorzoeken van die lade was hij op grond van artikel 5:15, eerste lid, van de Awb niet bevoegd. Volgens vaste rechtspraak (onder meer de uitspraak van 20 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:486) wordt het gebruik van (strafrechtelijk) onrechtmatig verkregen bewijs slechts dan niet toegestaan als het bewijs is verkregen op een wijze die zodanig indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar wordt geacht. In dit geval is van belang dat het om een gezamenlijke controle van een bedrijfsruimte ging en dat de verbalisant die ruimte mocht binnentreden. Het openen van de lade onder de oven in de spoelkeuken door de verbalisant was een eenmalige en relatief eenvoudige handeling. Andere bij de controle aanwezige opsporingsambtenaren van diverse instanties, waaronder onder meer de Douane, waren bovendien wel bevoegd tot doorzoeking. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat hier sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs waarvan het gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is. Dat de verbalisant de lade onder de oven in de spoelkeuken onbevoegd heeft doorzocht, betekent daarom in dit geval dat de aangetroffen hasj aan de sluiting ten grondslag mocht worden gelegd.

Het betoog slaagt niet.

- Handelshoeveelheid hasj

3.5. Uit de beleidsregel volgt dat er van een handelshoeveelheid softdrugs wordt uitgegaan als in een lokaal als bedoeld in die beleidsregel, zoals een restaurant, meer dan 5 gram softdrugs is aangetroffen. Niet in geschil is dat in de lade onder de oven in de spoelkeuken van [bedrijf A] 56,6 gram hasj is aangetroffen. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat [appellante] niet aannemelijk heeft gemaakt dat [beheerder] die hasj uitsluitend voor eigen gebruik had voor pijnbestrijding. Daarbij is van belang dat de overschrijding van de grens van 5 gram niet gering is. Bovendien volgt uit de door [appellante] overgelegde verklaring van de huisarts van [beheerder] van 4 september 2020 niet dat hij hem marihuana voorschrijft. Daargelaten het onderscheid tussen hasj en marihuana, staat daarin slechts dat de huisarts geen bezwaar heeft tegen het gebruik door [beheerder] van marihuana tegen pijnklachten. Daarom kan aan de verklaring van [beheerder] dat het goedkoper is om voor tien dagen marihuana te kopen dan per dag 5 gram, ook niet de door [appellante] gewenste betekenis worden toegekend. Verder neemt de Afdeling in aanmerking dat [beheerder] niet heeft verklaard waarom de hasj in het restaurant werd bewaard.

Het betoog slaagt niet.

Slotsom

4. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient, met verbetering van de gronden waarop deze rust, te worden bevestigd.

5. De burgemeester hoeft geen proceskosten te vergoeden.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. J.TH. Drop, voorzitter, en mr. A. Kuijer en mr. C.C.W. Lange, leden, in tegenwoordigheid van mr. K.S. Man, griffier.

De voorzitter is verhinderd de uitspraak te ondertekenen

De griffier is verhinderd de uitspraak te ondertekenen

Uitgesproken in het openbaar op 11 mei 2022

629