



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Een generieke strafbepaling van nieuwe psychoactieve stoffen in de Opiumwet: einde van een wapenwedloop in zicht?

Blom, T.

DOI

[10.5553/NTS/266665532021002004007](https://doi.org/10.5553/NTS/266665532021002004007)

Publication date

2021

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands tijdschrift voor strafrecht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Blom, T. (2021). Een generieke strafbepaling van nieuwe psychoactieve stoffen in de Opiumwet: einde van een wapenwedloop in zicht? *Nederlands tijdschrift voor strafrecht*, 2(4), 232-238. Article 61. <https://doi.org/10.5553/NTS/266665532021002004007>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

Artikel

Een generieke strafbaarstelling van nieuwe psychoactieve stoffen in de Opiumwet: einde van een wapenwedloop in zicht?

Prof. mr. T. (Tom) Blom*

232

NTS 2021/61

1. Inleiding

De Opiumwet zal er, als het aan de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Sport en Cultuur en de Minister van Justitie en Veiligheid ligt, in de toekomst een nieuwe lijst bij krijgen.¹ Aan de bestaande lijsten I en II wordt een lijst IA toegevoegd. Deze lijst IA bevat, anders dan de bestaande lijsten I en II, geen middelen maar een aantal stofgroepen met een psychoactieve werking waarvan de chemische structuur is afgeleid van middelen die op lijst I van de Opiumwet staan vermeld. Het gaat om stoffen die vergelijkbare psychoactieve effecten teweegbrengen, dan wel dat beogen teweeg te brengen, zoals de bekende drugs THC, MDMA en heroïne. Deze nieuwe psychoactieve stoffen (NPS'en) zijn stoffen die geregeld op de illegale markt verschijnen, die qua werking vergelijkbaar zijn met klassieke illegale drugs, maar tot nu toe niet onder de drugswetgeving vielen. Er

is gekozen voor een generieke wetgeving. Dit houdt in dat er een verbod komt op alle substanties die kunnen worden afgeleid van de chemische basisstructuur van een stof. Dat zal ervoor zorgen dat indien de producent van NPS'en aan deze basisstructuur een chemische groep toevoegt, de ontstane NPS automatisch verboden is. Het snel verschijnen van steeds weer een nieuwe NPS leidt tot een 'uitputtingslag' tussen de producenten en dealers aan de ene kant en de (handhavings)autoriteiten aan de andere kant. 'De ene NPS is nog niet verboden of de volgende dient zich al aan.' Het toevoegen van een individuele NPS aan bestaande lijsten horende bij de Opiumwet neemt veel tijd in beslag en moet bij elke (kleine) variatie in de chemische structuur worden herhaald voordat er sprake is van een verboden gedraging. Dit wetsvoorstel is vooral bedoeld om de bestaande wedloop tussen producten, dealers en handhavingsdiensten in het voordeel van de handhavingsautoriteiten te beslechten.

Het ontwerp betreft een opvallende wijziging in de opvatting over de haalbaarheid van het voorstel. In 2012 had Nederland nog te kennen gegeven dat niet werd gekozen voor deze aanpak van NPS'en omdat het te moeilijk zou zijn om te bepalen welke stofgroepen hieronder zouden moeten vallen, vooral omdat (veel) NPS'en ook een legale toepassing kennen.² Veel andere Europese landen, waaronder Duitsland, België en Engeland, hebben al eerder gekozen voor een generieke straf-

* Prof. mr. T. (Tom) Blom is hoogleraar Straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit van Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger in het gerechtshof Amsterdam.

1. Wijziging van de Opiumwet in verband met het toevoegen van een derde lijst met als doel het tegengaan van de productie van en de handel in nieuwe psychoactieve stoffen en enkele andere wijzigingen (conceptwetsvoorstel), te raadplegen op: www.internetconsultatie.nl/opiumwet_nps.

2. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), *Legal approach to controlling new psychoactive substance*, 2016, p. 3.

baarstelling van psychoactieve stoffen.³ Nederland volgt nu hun voorbeeld.

In dit artikel wordt uiteengezet waarom deze wijziging (ook in het systeem van de Opiumwet) wordt voorgesteld, wat deze wijziging precies inhoudt, en wat de daarop van toepassing zijnde Europese regelgeving is. Ook zal aandacht worden besteed aan de nadelen van een 'generiek stelsel' waarin stofgroepen worden aangegeven in plaats van de afzonderlijke middelen, waarbij vooral zal worden bekeken of dit voorstel in strijd is met het legaliteitsbeginsel, en aan de veronderstelde schadelijkheid van deze NPS'en. Tot slot zal worden ingegaan op vraag welke consequenties dit wetsvoorstel heeft op de rechtspraktijk.

2. Rationalisatie

In de ontwerp-memorie van toelichting wordt het beeld geschetst dat Nederland zich de afgelopen jaren heeft ontwikkeld tot grote producent en doorvoerland van synthetische drugs, dat de illegale drugsindustrie in Nederland gepaard gaat met georganiseerde criminaliteit en dat dit ernstige gevolgen heeft voor de veiligheid in Nederland.⁴ Dit beeld wordt inderdaad bevestigd in het Nationaal Dreigingsbeeld georganiseerde criminaliteit 2017, opgesteld door de Nationale politie.⁵ In dat rapport wordt echter ook geschetst dat, omdat het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in het in de zaken Markus D. en G. op 10 juli 2014 gewezen arrest heeft geoordeeld dat het zonder vergunning bereiden, opslaan, in- en uitvoeren van NPS'en niet langer onder de noemer van de Geneesmiddelenwet mag worden aangepakt, er een wetgevingsgat is ontstaan.⁶ Voor deze uitspraak werd het op de markt brengen van NPS'en (die niet op de lijsten horende bij de Opiumwet stonden) vervolgd en bestraft als overtredingen van artikel 40 lid 2 Geneesmiddelenwet: 'Het is verboden een geneesmiddel waarvoor geen handelsvergunning geldt, in voorraad te hebben, te verkopen, af te leveren, ter hand te stellen, in te voeren of anderszins binnen of buiten het Nederlandse grondgebied te stellen.' Door

deze uitspraak mogen substanties waarvan de effecten beperkt zijn tot louter een wijziging van de fysiologische functies, zonder dat zij direct of indirect een gunstige invloed kunnen hebben op de menselijke gezondheid, niet langer onder het begrip geneesmiddel vallen en mag het op de markt brengen van NPS'en niet meer als overtreding van de Geneesmiddelenwet worden vervolgd en bestraft.⁷

Het ontbreekt in Nederland op dit moment aan regelgeving waarmee de productie van NPS'en en de handel erin kan worden aangepakt.⁸ Dit wetgevingsgat heeft bijvoorbeeld geleid tot een vrijspraak door de rechtbank Noord-Holland (10 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:3036) omdat zij van oordeel was dat synthetische cannabinoïde geen geneesmiddel is waarvoor dus ook geen handelsvergunning geldt. Op 13 mei 2015 sprak de rechtbank Den Haag vrij, omdat niet bewezen was dat verdachte een geneesmiddel als bedoeld in artikel 1 sub b Geneesmiddelenwet en waarvoor een handelsvergunning geldt, te weten ongeveer 20 kilo ketamine in poedervorm, in voorraad heeft gehad (ECLI:NL:RBDHA:2015:5622).⁹ In de ontwerp-memorie van toelichting wordt echter met geen woord gerept over dit wetgevingsgat, maar ligt de focus vooral op de bestrijding van ondermijnende criminaliteit. Daarin valt bijvoorbeeld wel te lezen dat producenten en handelaren in illegale drugs vooral bedreven zijn in het buiten de radar opereren en bovendien creatief zijn in het vinden van manieren om de Opiumwet te omzeilen: 'Die creativiteit laat zich vooral zien bij het ontwikkelen van nieuwe stoffen die qua effect sterk lijken op de reeds verboden drugs, maar in ons land dus wel legaal zijn.'¹⁰ Het gaat volgens de memorie van toelichting dan vooral om nog onbekende stoffen waarvan wordt verondersteld dat aannemelijk is dat zij vergelijkbare gezondheidsrisico's kennen als verwante stoffen die al wel op lijst I van de Opiumwet staan. Om deze ontwikkeling in Nederland een halt toe te roepen, is besloten over te gaan tot onderhavig wetsvoorstel.¹¹ Die schadelijkheid voor de volksgezondheid staat echter helemaal niet vast. De precieze gezondheidsrisico's van deze nieuwe stoffen zijn immers nog helemaal niet in kaart gebracht. Dat die gezondheidsrisico's wel degelijk kunnen verschillen, wordt ook in het wetsontwerp onderkend, maar wordt verdisconteerd in de strafmaat (zie par. 4). Het is vanuit het voorzorgbeginsel dat het wenselijk wordt geacht de voorgestelde maatregelen te nemen.¹²

3. Zie het Neue psychoaktive Stoffe Gesetz (NpSG) (2016), het Koninklijk Besluit (KB) 'houdende de regeling van verdovende middelen, psychotrope stoffen' (2017) en de Psychoactive Substance Act (2016).
4. Memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel 'Wijziging van de Opiumwet in verband met het toevoegen van een derde lijst met als doel het tegengaan van de productie van en de handel in nieuwe psychoactieve stoffen en enkele andere wijzigingen' (hierna: 'MvT'), p. 1. Te vinden op: www.internetconsultatie.nl/opiumwet_nps.
5. Frank Boerman, Martin Grapendaal, Fred Nieuwenhuis en Ewout Stoffers, *Nationaal dreigingsbeeld 2017. Georganiseerde criminaliteit*, p. 51-58.
6. HvJ EU 10 juli 2014, C-358/13 en C-181/14 (D. en G.), ECLI:EU:C:2014:2060 (r.o. 50): 'Dat daaronder niet vallen substanties zoals die welke in de hoofdgedingen aan de orde zijn, waarvan de effecten beperkt zijn tot louter een wijziging van de fysiologische functies, zonder dat zij direct of indirect een gunstige invloed kunnen hebben op de menselijke gezondheid, en die alleen maar worden geconsumeerd om een roes op te wekken en bij consumptie schadelijk zijn voor de menselijke gezondheid.'

7. Zie HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:218 en vooral de conclusie van A-G Vegter in deze zaak (ECLI:NL:PHR:2015:2655).
8. Frank Boerman e.a. 2017, p. 57.
9. Zie verder HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:218.
10. MvT, p. 1.
11. MvT, p. 1.
12. MvT, p. 1.

3. Europese regelgeving en verplichtingen

De reden waarom dit wetsvoorstel wordt gedaan, heeft dus niet (louter) te maken met de hierboven geschetste aanpak van ondermijnende criminaliteit. De voorgestelde wettelijke regeling is tenminste ook het gevolg van de genoemde uitspraak van het HvJ EU in 2014 waardoor het wettelijke kader waarmee tot dan toe NPS'en werden aangepakt, kwam te vervallen. Daarnaast spelen andere Europese regelingen – en dus Europese verplichtingen – waaraan Nederland gebonden is een rol.

Zo wordt in Richtlijn (EU) 2017/2103 het Kaderbesluit 2004/757/JBZ gewijzigd en wordt voorgesteld om de beschikbaarheid van nieuwe psychoactieve stoffen op te nemen in de definitie van 'drug', waarbij tevens moet worden voorzien in evenredige strafrechtelijke bepalingen.¹³

Een NPS wordt in de Richtlijn gedefinieerd als: 'een stof in zuivere vorm of in een preparaat, die noch onder het Enkelvoudig Verdrag van de Verenigde Naties van 1961 inzake verdovende middelen zoals gewijzigd bij het Protocol van 1972 valt, noch onder het Verdrag van de Verenigde Naties inzake psychotrope stoffen van 1971, maar gezondheids- of sociale risico's met zich kan meebrengen die gelijkaardig zijn aan deze die de stoffen die onder die verdragen vallen, met zich kunnen meebrengen.'¹⁴

In artikel 2 van diezelfde Richtlijn worden lidstaten verplicht om de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking te laten treden, uiterlijk op 23 november 2018. Nederland is dus al rijkelijk laat met de omzetting van deze verplichting in nationale regelgeving.

Nederland kan op twee wijzen voldoen aan deze Europese verplichting. Door de op dit moment gehanteerde methode met lijsten van middelen (die bestaan uit substanties en preparaten) of door gebruik te maken van de in dit wetsvoorstel geïntroduceerde methode: een nieuwe lijst met stofgroepen, waardoor er een verbod komt op alle substanties die kunnen worden afgeleid van

13. Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel (*PbEU* 2004, L 335), zoals gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2017/2103 van het Europees Parlement en de Raad van 15 november 2017 tot wijziging van Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad teneinde nieuwe psychoactieve stoffen in de definitie van 'drug' op te nemen en tot intrekking van Besluit 2005/387/JBZ van de Raad (*PbEU* 2017, L 305), overweging 4.

14. Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel (*PbEU* 2004, L 335), zoals gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2017/2103 van het Europees Parlement en de Raad van 15 november 2017 tot wijziging van Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad teneinde nieuwe psychoactieve stoffen in de definitie van 'drug' op te nemen en tot intrekking van Besluit 2005/387/JBZ van de Raad (*PbEU* 2017, L 305), artikel 1.

de chemische basisstructuur van die stoffen. Het merendeel van de Europese lidstaten, waaronder onze buurlanden Duitsland en België, heeft al gekozen voor deze laatste methode.¹⁵

Volgens de verantwoordelijke bewindslieden is bijkomend voordeel van onderhavig wetsvoorstel dan ook dat het eenvoudiger wordt te voldoen aan rechtshulpverzoeken vanuit het buitenland, bijvoorbeeld voor overlevering, tenuitvoerlegging van buitenlandse strafvonnissen en kleine rechtshulp waarbij inzet van dwangmiddelen vereist is of bij overname voor strafvervolgning. Bij dergelijke verzoeken dient immers te worden nagegaan of het feit waarvoor rechtshulp wordt gevraagd ook naar Nederlands recht strafbaar is. Met opname van een groep NPS'en op lijst IA en de daaraan gekoppelde strafbaarstelling wordt in een juridische grondslag voorzien om aan rechtshulpverzoeken met betrekking tot die NPS'en te voldoen.¹⁶

4. Inhoud van het voorstel

De Opiumwet wordt op een aantal punten gewijzigd. Aan artikel 1 wordt toegevoegd de definitie van een stofgroep. Een stofgroep wordt gedefinieerd als een groep van substanties die zijn afgeleid van eenzelfde structuur (art. 1 onder k). Deze structuur wordt in de voorgestelde lijst IA verder beschreven en bevat een drietal stofgroepen:

1. substanties die zijn afgeleid van 2-fenethylamine (met als bekendste derivaat amfetamine). Dit omvat tevens substanties die de basisstructuur cathinon hebben (het werkzame bestanddeel in qat);
2. cannabimimetica of synthetische cannabinoïden; en
3. substanties afgeleid van 4-aminopiperidine (met een werking analoog aan morfine).

Hierdoor zijn niet alleen de substanties 2-fenethylamine, cathinon, cannabimimetica en 4-aminopiperidine illegaal, maar meteen ook alle nieuwe substanties die nog ontwikkeld worden binnen die (stof)groepen.

Op dit moment moet nog elke substantie (middel) apart worden opgenomen in een van de lijsten horende bij de Opiumwet. De Belgische minister De Block maakte bij de introductie van het Belgische gelijklopende wetsvoorstel de vergelijking met auto's. 'Daar waar we vroeger elk nieuw type auto van elk automerk apart moesten toevoegen aan de lijst van verboden voertuigen, zijn nu alle voertuigen op drie of vier wielen verboden.'¹⁷

15. Zie voor een overzicht van de wetgeving m.b.t. NPS'en EMCDDA, *Legal approach to controlling new psychoactive substances*, 2016, maar vooral het wetgevingsoverzicht van het UNODC, dat een overzicht bevat van de relevante wetgeving van alle VN-lidstaten ('UNODC Early Warning Advisory on New Psychoactive Substances', Legal response).

16. MvT, p. 2.

17. Zoals aangehaald door het Vlaamse Expertise Centrum Alcohol en andere Drugs in zijn artikel 'Generieke wetgeving maakt bijna alle nieuwe psychoactieve stoffen (NPS) illegaal' (te raadplegen via:

Hoewel deze vergelijking wat simplistisch aanvoelt, is dit precies wat men met dit wetsvoorstel wenst te bereiken. Alle mogelijke varianten van deze stofgroepen generiek strafbaar stellen.

Daarnaast wordt een nieuw artikel 2a ingevoerd. In het eerste lid is een verbodsbepaling opgenomen die ziet op middelen die deel uitmaken van een stofgroep als bedoeld in de bij deze wet behorende lijst IA. De tekst komt overeen met de tekst van de onderdelen A tot en met D in de bestaande artikelen 2 en 3, met uitzondering van ‘telen’ omdat deze handeling zich met betrekking tot een stofgroep slecht laat indenken:

‘Artikel 2a

1. Het is verboden een middel dat deel uitmaakt van een stofgroep als bedoeld in de bij deze wet behorende lijst IA binnen of buiten het grondgebied van Nederland te brengen, te bereiden, te bewerken, te verwerken, te verkopen, af te leveren, te verstrekken of te vervoeren, aanwezig te hebben of te vervaardigen.’

In lid 2 van artikel 2a worden de uitzonderingen op dit verbod opgenomen. Aangezien de middelen die deel uitmaken van een stofgroep waarvan wordt voorgesteld om deze op te nemen op lijst IA ook legale toepassingen kunnen hebben, bijvoorbeeld als geneesmiddel, zijn deze middelen uitgezonderd van het voorgestelde verbod. Hiervoor wordt verwezen naar de artikelen 1, 38 en 40 Geneesmiddelenwet en artikel 2.19 Wet dieren.¹⁸

In artikel 10b komt de nieuwe strafbepaling:

‘Artikel 10b

1. Hij die handelt in strijd met een in artikel 2a, eerste lid, gegeven verbod wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de derde categorie.
2. Hij die opzettelijk handelt in strijd met een in artikel 2a, eerste lid, gegeven verbod wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.’

Opmerkelijk is de keuze voor de maximale strafbedreiging. Aangezien het niet onomstotelijk vaststaat dat alle middelen die deel uitmaken van een stofgroep als bedoeld in lijst IA schadelijk zijn voor de volksgezondheid, wordt het niet proportioneel geacht om bij een overtreding van het stofgroepenverbod een gelijke sanctiebedreiging op te nemen als bij een overtreding van het verbod met betrekking tot middelen op lijst I. Dat er

wel degelijk een verschil in gezondheidsrisico’s is, wordt dus ook door de wetgever erkend. Waar bij de introductie van de strafbaarstelling nog werd verondersteld dat het gebruik van varianten van deze stofgroepen schadelijk is voor de volksgezondheid, wordt hier juist vanwege die onzekerheid een lager strafmaximum voorgesteld: een discrepantie met mogelijk verstrekkende consequenties.

Vanwege de onzekere volksgezondheidsrisico’s wordt aangesloten bij de strafbedreiging voor het verrichten van voorbereidingshandelingen voor het opzettelijk handelen in strijd met het verbod op handelingen met betrekking tot middelen van lijst I (art. 10a Opiumwet met een maximale strafbedreiging van zes jaar gevangenisstraf) omdat de ratio van de strafbaarstelling van de voorbereidingshandelingen destijds (ook) was dat het als een bezwaar werd gevoeld dat pas in een betrekkelijk laat stadium, namelijk wanneer het delict is voltooid of althans een strafbare poging aanwezig is, strafrechtelijk kon worden ingegrepen en niet gemakkelijk vat kon worden gekregen op hen die de handel organiseerden en deze financierden.¹⁹ Daarmee houdt de vergelijking echter wel op. Het grote verschil tussen artikel 10a Opiumwet (de strafbare voorbereidingshandeling) en het hier voorgestelde artikel 10b is juist dat het bij het eerste artikel gaat om middelen waarvan de schadelijkheid voor de volksgezondheid vaststaat, terwijl dat bij het tweede artikel nu net niet vaststaat. Het is zelfs mogelijk dat de nieuw ontwikkelde NPS helemaal niet schadelijk voor de volksgezondheid is of dat er sprake is van een stof zonder psychoactieve werking. Dan valt elke legitimering voor de strafwaardigheid van de gedraging weg en dus ook voor de legitimering van de maximumstraf.

De belangrijkste vernieuwing zit in de invoering van een nieuwe lijst IA. Die lijst is niet samengesteld uit middelen (substanties of preparaten), maar uit stofgroepen. Een stofgroep is een groep van substanties met een psychoactieve werking waarvan de chemische structuur is afgeleid van meerdere middelen die op lijst I Opiumwet staan. Het gaat volgens de memorie van toelichting om stoffen die dezelfde psychoactieve werking hebben als bekende stoffen, zoals MDMA, THC, heroïne, en die gezondheidsrisico’s met zich kunnen brengen. Door het opnemen van een stofgroep op de lijst is er een verbod op alle substanties die kunnen worden afgeleid van de chemische basisstructuur van een stof. Indien de producent van NPS’en aan deze basisstructuur een chemische groep toevoegt, is de ontstane NPS automatisch verboden. De lijst bevat (vooralsnog) drietal stofgroepen: alle substanties die zijn afgeleid van 2-fenethylamine, waaronder ook substanties met de basisstructuur van cathinon; cannabimimetica of synthetische cannabinoïden; en substanties afgeleid van 4-aminopiperidine (fentanyl-achtige stoffen met een werking analoog aan morfine). Het betreft stofgroepen waarvan vertegenwoordi-

www.vad.be/artikels/detail/generieke-wetgeving-maakt-bijna-alle-nieuwe-psychoactieve-stoffen-nps-illegaal.

18. Daarnaast kunnen middelen die deel uitmaken van stofgroepen genoemd op de voorgestelde lijst IA ook geregistreerde stoffen zijn in de zin van Verordening (EU) nr. 273/2004 of Verordening (EU) nr. 111/2005. Het gaat hierbij om zogenoemde drugsprecursoren waarvoor de genoemde verordeningen een registratiesysteem geven. Middelen die ook geregistreerde stoffen zijn in de zin van de genoemde verordeningen worden ook uitgezonderd van het in dit wetsvoorstel voorgestelde verbod.

19. Zie MvT, p. 4 en *Kamerstukken II* 1982/83, 17975, nr. 3, p. 3-4.

gers op lijst I van de Opiumwet zijn geplaatst zoals fentanyl en mefedron, maar dus niet MDMA, THC (maar de synthetische variant) en heroïne waarnaar juist in de memorie van toelichting werd verwezen. Waarom juist voor deze drie stofgroepen is gekozen, is voor mij overigens niet duidelijk. De Duitse wet, die overduidelijk als voorbeeld heeft gediend voor het Nederlandse wetsvoorstel,²⁰ gaat bijvoorbeeld uit van vijf stofgroepen en heeft in 2019 de stofgroepen benzodiazepine (veel slaap- en kalmeringsmiddelen bevatten deze stof) en tryptamine (LSD) aan de lijst toegevoegd, terwijl het Europees Waarnemingscentrum voor Drugs en Drugsverslaving (EMCDDA) inmiddels uitgaat van dertien stofgroepen (EMCDDA, 2018).

Groot voordeel van strafbaar stellen van handelingen met stofgroepen is dat aldus wordt geanticipeerd op marktontwikkelingen en de opkomst van nieuwe producten. Dit kan betekenen dat de NPS (indien deze deel uitmaakt van een van de drie stofgroepen) al onder de Opiumwet valt, zelfs nog vóórdat deze is ontwikkeld en op de (illegale) markt is gebracht. Het continu updaten van de lijst psychotrope stoffen is dan niet meer nodig.²¹ Van belang is dan echter wel dat die stofgroep op lijst IA staat.

In het wetsvoorstel is tevens in artikel 3aa voorzien in de mogelijkheid om bij AMvB stofgroepen aan lijst IA te kunnen toevoegen indien meerdere middelen die deel uitmaken van die stofgroep worden toegevoegd aan lijst I van de Opiumwet. Daarmee kan worden voorkomen dat een producent van psychoactieve stoffen door het eenvoudig wijzigen van de moleculaire structuur alsnog een legale weg vindt om nieuwe stoffen te produceren met een vergelijkbaar psychoactief effect. Om te beoordelen of een stofgroep aan lijst IA moet worden toegevoegd zal het Coördinatiepunt Assessment en Monitoring nieuwe drugs worden geconsulteerd.

5. Kritiek op het voorstel

Er valt op verschillende onderdelen van het voorstel kritiek te leveren. In het hiernavolgende wordt ingegaan op de eisen die het legaliteitsbeginsel stelt aan een wettelijke regeling (is het voorstel wel helder genoeg geformuleerd), de schadelijkheid van de stofgroepen en

de onderbouwing van de hoogte van de maximale strafbedreiging (gaat de vergelijking met de voorbereidingshandeling op).

Legaliteit

Lijst IA bestaat uit stofgroepen zoals substanties die zijn afgeleid van 2-fenethylamine met als bekendste derivaat amfetamine. Een substantie afgeleid van 2-fenethylamine is elke chemische substantie die afgeleid kan worden uit de basisstructuur van 2-fenylethaan-1-amine en die overeenkomt met de modulaire opbouw van structuurelement A en structuurelement B. Die scheikundige verbindingen die vervolgens mogelijk zijn worden in de wet opgenomen en vormen de substanties waarvoor de verbodsbepaling van artikel 2a geldt. Deze lijst is zelfs voor een scheikundige moeilijk te doorgronden en slechts een expert weet wat hier echt mee wordt bedoeld en welke producten uiteindelijk onder deze verbodsbepaling vallen. Daarmee lijkt het wetsvoorstel niet te voldoen aan het legaliteitsbeginsel en het daarin neergelegde uitgangspunt dat een wettelijke regeling voldoende voorzienbaar moet zijn. Dit *lex certa*-vereiste, ook wel *Bestimmtheitsgebot* genoemd, verlangt dat de wettelijke regeling zodanig helder is geformuleerd dat een burger (eventueel na rechtskundig advies) weet welke handelingen strafbaar zijn gesteld en daar dus zijn gedrag op kan inrichten. Dergelijke helderheid is hier temeer van belang nu met deze stofgroepen niet louter strafbare feiten kunnen worden begaan, maar ze juist ook een volstrekt legale toepassing kennen. Door alle mogelijke verbindingen te verbieden die met de stofgroep mogelijk zijn, vallen uiteindelijk oneindig veel producten onder de nieuwe verbodsbepaling, waardoor het overzicht volstrekt verloren dreigt te gaan. Hoewel dit vereiste zich primair tot de wetgever richt, is het ook voor de rechter van belang in het geval dat die rechter wordt geconfronteerd met het verweer dat uit de wettelijke regeling niet valt op te maken dat deze substantie valt onder een stofgroep zoals bedoeld in lijst IA van de Opiumwet en dat daarom de regeling buiten toepassing moet worden verklaard. De standaard respons op een dergelijk verweer, te weten dat het een norm betreft die 'inevitably couched in terms which (...) are vague and whose interpretations and application are questions of practice',²² kan hier niet worden toegepast omdat de norm weliswaar duidelijk is, maar de substanties waarop de norm betrekking heeft niet. Slechts een in dit onderwerp gespecialiseerde chemicus kan wijs worden uit deze lijst.

Deze vaststelling is echter niet het einde van het verhaal. Van een producent van een middel mag worden verlangd dat hij voordat hij een middel op de (il)legale markt brengt, zich door een deskundige laat informeren over de mogelijke juridische consequenties van een dergelijk handelen.²³ De verboden stofgroepen zijn vol-

20. Het Nederlandse voorstel m.b.t. stofgroep 1 is een letterlijke vertaling van de Duitse wet. In de Duitse wet worden als stofgroepen opgenomen: '1. von 2-Phenethylamin abgeleitete Verbindungen (d.h. mit Amfetamin verwandte Stoffe, einschließlich Cathinone). 2. Cannabimimetika/synthetische Cannabinoide (d.h. Stoffe, die die Wirkung von Cannabis imitieren). 3. Benzodiazepine. 4. von N-(2-Aminocyclohexyl)amid abgeleitete Verbindungen. 5. von Tryptamin abgeleitete Verbindungen.' De laatste drie stofgroepen zijn in 2019 aan de Duitse wet toegevoegd.

21. Dat dit veelvuldig gebeurt blijkt bijvoorbeeld uit de brief van de Staatssecretaris van Volksgezondheid aan de Kamer over het Ontwerpbesluit houdende wijzigingen van lijst I en II, behorende bij de Opiumwet van 6 juni 2021 waarin 3-MMC en enkele andere middelen aan die lijsten worden toegevoegd.

22. EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (Sunday Times, r.o. 4.9). Zie voor de toepassing van deze norm bijv. HR 19 februari 1985, *NJ* 1985, 633 (Onbehoorlijk gedrag, r.o. 6.3).

23. Case of Groppera Radio Ag a.o., Judgement of 28 March 1990, Publ. ECHR Series A, Vol. 173 en *NJ* 1991, 739. Zie verder EHRM 11 novem-

doende gedetailleerd beschreven dat mensen die voor legale doeleinden met deze stoffen werken weten welke stofgroepen verboden zijn of waar zij een ontheffing voor moeten aanvragen. Voor het overige betekent dit dat de producent in de toekomst niet meer kan volstaan met het inroepen van rechtskundige bijstand om te weten of zijn gedraging valt onder een verbodsbepaling, maar zich ook zal moeten laten informeren door een chemicus die bovendien gespecialiseerd is in NPS'en. Laat hij dat na, dan zijn de gevolgen voor hem. Strijdigheid met het legaliteitsverbod is er dus uiteindelijk niet. Dat deze regeling geen schoonheidsprijs verdient, is echter ook duidelijk.²⁴

Schadelijkheid van de stoffen als legitimering van de strafbaarstelling en de hoogte van de strafbedreiging

Er kan ook kritiek worden geleverd op de legitimering van de straf. In de concept-memorie van toelichting wordt een vergelijking gemaakt met de straf die staat op strafbare voorbereidingshandeling uit de Opiumwet. Daarop staat (immers) ook een maximale strafbedreiging van zes jaar gevangenisstraf en de ratio van die strafbaarstelling was destijds (ook) dat het als een bezwaar werd gevoeld dat pas in een betrekkelijk laat stadium strafrechtelijk kon worden ingegrepen en niet gemakkelijk vat kon worden gekregen op hen die de handel organiseerden en deze financierden. De strafbaarheid van de voorbereidingshandeling bestaat echter pas als er specifieke handelingen zijn begaan met voorwerpen waarvan de betrokkene weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat zij bestemd zijn tot het plegen van specifieke strafbare feiten uit de Opiumwet, met middelen waarvan bovendien vaststaat dat zij een voor de volksgezondheid schadelijk effect hebben. Daarmee wordt het in potentie schadelijke karakter van die handelingen inderdaad aangetoond. Het probleem bij het onderhavige voorstel is echter juist dat die potentiële gevaarlijkheid voor de volksgezondheid helemaal niet vaststaat. Het is zelfs mogelijk dat de nieuw ontwikkelde NPS helemaal niet schadelijk is of dat er sprake is van een stof zonder een psychoactieve werking. De precieze gezondheidsrisico's van deze nieuwe stoffen zijn (nog) helemaal niet in kaart gebracht.²⁵ Een maximale strafbedreiging van zes jaar gevangenisstraf voelt dan als schieten met een olifant op een mug. Met dit laatste wordt ook de zwakke basis van dit wetsvoorstel blootgelegd. Door de

ber 1996, 17862/91 (Cantoni t. Frankrijk), par. 35; EHRM 24 juli 2008 (Kononov t. Letland), par. 235; EHRM 10 april 2010 (Flinkkilä a.o. t. Finland), par. 67; EHRM 3 mei 2007 (Custers t. Denemarken), r.o. 81; EHRM 25 november 1997 (Grigoriades t. Griekenland), r.o. 38. Zie voor Nederlandse jurisprudentie HR 31 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7954 (Krusla).

24. Opvallend is dat in de beschikbare gepubliceerde jurisprudentie in onze buurlanden waar deze generieke strafbepaling al een aantal jaren bestaat geen jurisprudentie te vinden is waarin het legaliteitsbeginsel en met name het *lex certa*-beginsel als mogelijk juridisch probleem een rol van betekenis heeft gespeeld. Er is gezocht via www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/s3a/page/bsjrsprod.psm1, <https://justiz.de/onlineindex/rechtsprechung/index.php> en <https://juportal.be/home/welkom>.
25. MvT, p. 1.

lijst zover op te rekken dat ook het produceren van niet schadelijke substanties eronder valt, valt de legitimering van een strafrechtelijke verbodsbepaling weg. Het voortdurend herhalen dat het om stofgroepen gaat die zijn afgeleid van middelen die op lijst I staan (en waarvan het schadelijke karakter dus vaststaat), maakt die nieuwe stof niet automatisch ook schadelijk.

6. Uitstapje: is het voorstel in strijd met het recht op vrij verkeer van goederen?

Beoordeeld moet nog worden of de voorgestelde regeling mogelijk in strijd komt met het recht op vrij verkeer van goederen binnen de Europese Unie. Deze vraag is relevant omdat de in het onderhavige wetsvoorstel gereguleerde stoffen niet vallen onder bestaande internationale kaders zoals het Enkelvoudig verdrag, het Verdrag inzake psychotrope stoffen, Kaderbesluit 2004/757 of de Overeenkomst ter uitvoering van het te Schengen gesloten akkoord van 14 juni 1985. Van de stoffen die daar namelijk wel onder vallen heeft het HvJ EU bepaald dat deze stoffen vanwege het feit dat zij zijn verboden in het economische en commerciële circuit niet onder de verkeersvrijheden vallen.²⁶ Dat houdt dus voorlopig in dat de stoffen die worden bedoeld in dit wetsvoorstel vallen onder het vrije verkeer van goederen. Op die consequentie wordt dan ook uitvoerig ingegaan in de ontwerp-memorie van toelichting van het conceptwetsvoorstel.²⁷

Uiteengezet wordt dat de voorgestelde wettelijke regeling zou kunnen worden beschouwd als een kwantitatieve invoerbepaling in de zin van artikel 34 VWEU. Lidstaten zijn op grond van artikel 36 VWEU bevoegd om een kwantitatieve invoerbepaling of maatregel van gelijke werking in te voeren indien aan een aantal voorwaarden is voldaan: er moet een dwingende reden van algemeen belang zijn; de maatregel moet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen; de maatregel mag niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel en de maatregel moet kenbaar en voorspelbaar zijn en zonder discriminatie worden toegepast.²⁸

Het voorstel voldoet aan deze voorwaarden. Met het verbieden van de voorgestelde stofgroepen wordt beoogd de volksgezondheid te beschermen en daarnaast de bescherming van de openbare orde en veiligheid in Nederland. Beide belangen zijn expliciet als rechtvaardigingsgrond opgenomen in artikel 36 van het VWEU.

26. HvJ EU 16 december 2010, C-137/09 (Josemans), ECLI:EU:C:2010:774, r.o. 42.

27. MvT, p. 7.

28. HvJ EG 30 november 1995, C-55/94 (Gebhard), ECLI:EU:C:1995:411; HvJ EG 4 juli 2000, C-424/97 (Haim), ECLI:EU:C:2000:357; HvJ EG 1 februari 2001, C-108/96 (Mac Quen e.a.), ECLI:EU:C:2001:67.

Bovendien heeft het HvJ EU bepaald dat lidstaten bij het beschermen van de volksgezondheid een ruime beoordelingsmarge moet worden gelaten omdat het niveau van bescherming per lidstaat kan verschillen.²⁹ Dat het gebruik van een substantie die afgeleid kan worden uit de stofgroep die is opgenomen in lijst IA mogelijk schadelijk is voor de volksgezondheid, is daarvoor dus voldoende. Indien dit wetsvoorstel tot wet wordt verheven, zal het in het *Staatsblad* worden gepubliceerd, waarmee het kenbaar wordt. Daarnaast zijn de verboden stofgroepen voldoende gedetailleerd beschreven dat mensen die met deze stoffen werken zouden moeten weten welke stoffen verboden zijn of wanneer zij een ontheffing zullen moeten aanvragen. Ten slotte gelden de voorgestelde verboden ongeacht de nationaliteit van de persoon die deze handelingen verricht en ongeacht de herkomst van de stof, waardoor het voorgestelde verbod zonder discriminatie wordt toegepast. Op grond van het voorgaande is de voorgestelde regeling in overeenstemming met de Europese regels met betrekking tot het vrij verkeer van goederen.

7. Tot slot

Dat er een wettelijke regeling moet komen waarin de aanpak van NPS'en wordt geregeld is duidelijk. Het wetgevingsgat dat is geslagen door de uitspraak van het HvJ EU in 2014 moet worden opgevuld en er zal moeten worden voldaan aan Europese verplichtingen. De vraag is echter op welke wijze. Moet dit gebeuren op een wijze zoals is neergelegd in dit conceptwetsvoorstel door een zogenoemde generieke regeling die ziet op stofgroepen, of op de klassieke wijze, waarin alle middelen (preparaten of substantie) afzonderlijk worden opgesomd. In de ontwerp-memorie van toelichting worden meerdere overtuigende redenen gegeven om te kiezen voor dit voor Nederland nieuwe model: de belangrijkste daarvan is dat daarmee de wedloop tussen producenten van illegale middelen en opsporingsdiensten wordt beëindigd. Daardoor ontstaat echter wel een ander probleem: is de strekking van deze regeling wel voldoende kenbaar? Duidelijk is dat men niet alleen voldoende juridisch onderlegd moet zijn om te weten welke gedraging strafbaar is gesteld, maar ook een op dit terrein gespecialiseerd chemicus moet zijn om te kunnen beoordelen of het een substantie betreft die valt onder een stofgroep van de nieuwe lijst IA. Van producenten mag echter worden verlangd dat zij dat eerst (laten) beoordelen voordat zij deze stoffen op de (illegale) markt brengen. Een beroep op dit (niet) kenbaarheidsvereiste zal hen dus niet (snel) kunnen baten.

Er schuilt nog wel een ander addertje onder het gras en dat heeft te maken met de vermeende schadelijkheid van de NPS'en. Waar in het verleden de schadelijkheid van het middel vaststond en dat de reden was om het middel

met een psychoactieve werking onder de Opiumwet te laten vallen, wordt nu nadrukkelijk rekening gehouden met het feit dat de stoffen mogelijk niet schadelijk voor de volksgezondheid zijn, terwijl zij wel zijn afgeleid van een stofgroep van lijst IA. Voor de strafbaarheid en de strafwaardigheid hoeft dat niet uit te maken. De vraag is dan echter wel in hoeverre de rechter rekening kan c.q. mag houden met het feit dat de ontwikkelde stof niet schadelijk voor de volksgezondheid is. Die vraag wordt in de ontwerp-memorie van toelichting niet geadresseerd. De (rechts)praktijk zal dat probleem te zijner tijd moeten oplossen.

29. HvJ EU 4 mei 2017, C-339/15 (Vanderborght), ECLI:EU:C:2017:335, par. 71.