

# ECLI:NL:RBROT:2014:8553

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	23-10-2014
Datum publicatie	25-10-2014
Zaaknummer	ROT 13/7927
Formele relaties	Hoger beroep: ECLI:NL:CBB:2015:441, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Processen-verbaal inzake bezoek aan café zijn deels tegenstrijdig. Niet is daadwerkelijk vastgesteld dat de waterpijpen die werden gerookt waren gevuld met tabak. Evenmin is duidelijk of tabakslucht werd geroken. Voordeel van de twijfel. De overtreding van de takanswet is niet bewezen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### Rechtbank Rotterdam

Team Bestuursrecht 1

zaaknummer: ROT 13/7927

### uitspraak van de enkelvoudige kamer van 23 oktober 2014 in de zaak tussen

**[Naam 1] handelend onder de naam [Naam 2], te Amsterdam, eiser,**

gemachtigde: mr. J.M. Bakx-van den Anker,

en

**de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, verweerder,**

gemachtigde: mr. I.C.M. Nijland.

### Procesverloop

Bij besluit van 5 november 2013 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiser tegen een hem opgelegde boete ongegrond verklaard.

Tegen het bestreden besluit is beroep ingesteld.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 26 september 2014. Eiser is met bericht niet verschenen. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde. Voorts is namens

verweerder verschenen B. Peters-Lustig.

## Overwegingen

1. Op 15 februari 2013 heeft B. Peters-Lustig, buitengewoon opsporingsambtenaar bij de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA), [Naam 2], gevestigd aan de [adres], te Amsterdam (Café [Naam 2]) bezocht. Van dit bezoek heeft zij een op ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal gemaakt (proces-verbaal 1). Blijkens dat proces-verbaal heeft zij toen gezien dat bij de ingang geen aanduiding roken verboden was aangebracht. Zij zag in het café een bar met flessen sterke drank en mensen, zittend in zithoeken, die uit hun glazen dronken. Zij zag twee personen achter de bar, waarvan er één een bestelling op een dienblad wegbracht naar enkele aanwezige klanten. Zij zag dat in het bedrijf geen aanduidingen roken verboden of andere mededelingen of pictogrammen met dezelfde strekking waren aangebracht. Zij heeft zich als inspecteur voorgesteld aan een man achter de bar. Deze vertelde haar dat de eigenaar er zo aan zou komen. Zij zag dat bij drie tafels de bezoekers rookten via een waterpijp. Zij zag dat er uit deze drie waterpijpen damp kwam en zij rook ook de typische, penetrante zoete geur van de waterpijp. Na enkele minuten kwam er een andere man die zich voorstelde als de eigenaar (de heer [Naam 1]). Na hem op de hoogte te hebben gebracht van het doel en de strekking van haar komst heeft zij hem gevraagd wat er in de waterpijp werd gestopt. De heer [Naam 1] wees toen een verpakking aan die achter de bar op een schapje stond. De inspecteur heeft van deze verpakking drie fotos gemaakt en die bij het proces-verbaal gevoegd. Op de verpakking las zij: Prince Molasses 50 gram Tabak, 6,25 euro. Vervolgens deelde zij aan de heer [Naam 1] mee dat hij niet tot antwoorden verplicht was. Daarna verklaarde de heer [Naam 1] desgevraagd dat de twee mannen met de zwarte en grijze trui medewerkers waren. Zij hoorde dat zij klanten niet aanspraken op het feit dat zij rookten. Daarnaast zag en hoorde zij dat zij hen ook niet probeerden te bewegen het roken te staken. Bij het proces-verbaal is een proces-verbaal van verhoor gevoegd waarin staat weergegeven dat eiser heeft verklaard: Ik wist niet dat er tabak zat in het spul dat wij in de waterpijpen doen. Bij het proces-verbaal is verder een brief gevoegd van de gemachtigde van eiseres van 22 maart 2013 met daarbij behorende kopieën van fotos van de vier zijden van een van de doosjes honing/vruchtenmengel waarvan eiser stelt dat daarmee de waterpijpen werden gevuld.

2. Verweerder heeft op grond van het proces-verbaal van de inspecteur geoordeeld dat eiser artikel 11a, eerste lid, van de Tabakswet heeft overtreden en heeft eiser bij besluit van 9 augustus 2013 een bestuurlijke boete van 600,- opgelegd.

3. Eiser heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt. Bij dat bezwaar heeft eiser een op 23 september 2013 op ambtseed opgemaakt doch niet ondertekend proces-verbaal (proces-verbaal 2) van een buitengewoon opsporingsambtenaar van de gemeente Amsterdam overgelegd waarin is verklaard:

Op vrijdag 15 februari 2013, omstreeks 17:00 uur bevond ik mij op de openbare weg Sperwerlaan perceel nummer 27 te Amsterdam Noord. Ik was deze dag bezig met een gezamenlijke controle met een inspecteur van de Nederlandse Voedsel en Waren autoriteit.

Het was een gezamenlijke actie van de Drank en Horeca wet en het Rook verbod in de Horeca.

Tijdens deze controle controleerde wij genoemd bedrijf op verschillende wetgeving.

Ik heb geconstateerd dat er geen bevoegde leidinggevende was in de zaak. Hiervoor is door het bevoegd gezag een bestuurlijke maatregel getroffen.

Ten tijden van de controle werd het bedrijf gerund door de zoon van de uitbater. Deze vertelde ons waarmee de inhoud van de waterpijp was gevuld. Hij verwees naar een pakje waarop stond gedrukt dat er tabak in zat en dat dit schadelijk was voor de gezondheid.

Ik weet niet meer zeker of er ten tijden van de controle al een rookruimte was.

Ik kan mij wel herinneren dat er bij de ingang shishi gerookt werd en dat dit voor de plek is waar men de deur naar de rookruimte heeft.

4. Bij het bestreden besluit heeft verweerder het daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard en het verzoek om toepassing van artikel 7:15 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) afgewezen. Daarbij heeft verweerder met betrekking tot dit in bezwaar opgeworpen punt dat Café [Naam 2] over een rokersruimte beschikt, overwogen dat eiser ten tijde van de inspectie beschikte over een rokersgedeelte. Verweerder blijft zich echter op het standpunt stellen dat eiser niet al hetgeen tot zijn mogelijkheden behoort, heeft gedaan om te bewerkstelligen dat eisers werknemers geen hinder of overlast van roken door anderen ondervinden. Dit omdat in dezelfde ruimte als waar bediend werd, de typische, penetrante zoete geur van de waterpijp is waargenomen en omdat bij navraag bij de controleambtenaar bleek dat deze een medewerker van eiser een bestelling heeft zien wegbrengen in het gedeelte dat door eiser als rookruimte wordt aangemerkt.

5. De rechtbank oordeelt als volgt.

6. Artikel 11a van de Tabakswet luidt:

1. Werkgevers zijn verplicht zodanige maatregelen te treffen dat werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden.

()

7. Eiser betoogt in beroep dat hem ten onrechte een bestuurlijke boete is opgelegd, omdat geen sprake is van overtreding van artikel 11a, eerste lid, van de Tabakswet. Eiser heeft in dit verband aangevoerd dat in Café [Naam 2] waterpijpen worden gerookt waar geen tabak in zit. Ten tijde van de controle had eiser weliswaar enkele kleine pakjes waterpijptabak op een schapje achter de bar staan voor de handverkoop, maar die werden niet in de waterpijpen gestopt die binnen werden gerookt. De verpakkingen zijn daarvoor ook te klein. Eiser zou dit ten tijde van de controle ook hebben verklaard. Hij heeft verklaard dat de waterpijpen in de keuken worden gevuld. Eiser heeft fotos overgelegd van de verpakking van hetgeen wel in de waterpijpen wordt gestopt. Daarin zit geen tabak. Hij heeft verder gesteld dat de twee in het dossier opgenomen processen-verbaal tegenstrijdig zijn.

8. Het bewijs dat de betrokkene de aan de orde zijnde overtreding heeft begaan, kan worden aangenomen op het proces-verbaal van een opsporingsambtenaar. Dit brengt met zich dat in beginsel mag worden afgegaan op de inhoud van de in het proces-verbaal vermelde waarnemingen van feiten. Indien, zoals in dit geval, de juistheid van de in het proces-verbaal vermelde waarnemingen gemotiveerd wordt betwist, ligt het op de weg van verweerder zich in het kader van zijn besluitvorming van die juistheid te vergewissen.

9. Eiser heeft zich direct na ontvangst van de kennisgeving van het boeterapport

tot verweerder gewend met een verklaring dat in de waterpijpen geen tabaksproducten worden gerookt. Daarbij zijn fotos gevoegd van de honing/vruchtenmengsels die volgens eiser wel in de waterpijp worden gerookt. Eiser stelt dat hij ten tijde van de inspectie grappenderwijs de Prince Molasses verpakkingen (waarin wel tabaksproduct zit) heeft aangewezen toen werd gevraagd wat er in de waterpijp werd gerookt. Hoewel, zoals hiervoor is overwogen, mag worden afgegaan op wat in een ambtsedig proces-verbaal is opgenomen, en dus (zie het onder r.o. 1 genoemde proces-verbaal) het uitgangspunt moet zijn de Prince Molasses verpakkingen zijn aangewezen op de vraag wat er in de waterpijpen werd gestopt, is naar het oordeel van de rechtbank toch sprake van een niet te verwaarlozen twijfel ter zake van de bewijslevering

door verweerder.

10. Proces-verbaal 1 is bijna vier maanden na de inspectie op 15 februari 2013 opgemaakt en proces-verbaal 2 na ruim zeven maanden. Verweerder baseert het bewijs uitsluitend op proces-verbaal 1. In beide processen-verbaal is opgenomen dat pakjes tabakshoudende waar zijn getoond. De processen-verbaal zijn echter niet consistent. In proces-verbaal 1 gesteld dat de eigenaar van de lokaliteit deze pakjes toont, terwijl in proces-verbaal 2 juist uitdrukkelijk wordt gesteld dat de lokaliteit ten tijde van de controle door de zoon van de uitbater werd gerund en dat deze de pakjes toont. Verder is in proces-verbaal 1 als inspectietijdstip 19:30 uur vermeld, terwijl in proces-verbaal 2 is verklaard dat de inspectie plaatsvond om 17:00 uur. Ten tweede lijkt uit proces-verbaal 1 te volgen dat de lokaliteit uit één ruimte bestond en volgt uit proces-verbaal 2 dat er werd gerookt voor de deur van de rookruimte. Deze tegenstrijdigheden doen afbreuk aan de betrouwbaarheid van proces-verbaal 1 dat verweerder voor het bewijs van de overtreding heeft gebruikt.

Verder overweegt de rechtbank dat de ook voor het bewijs gebruikte verklaring van eiser Ik wist niet dat er tabak zat in het spul dat wij in de waterpijpen doen niet betekent dat daaruit volgt dat dus tabakshoudende producten in de waterpijpen worden gestopt. In het proces-verbaal is niets opgenomen over de plaats waar de waterpijpen werden gevuld, en of sprake is van open verpakkingen of verpakkingsafval op de plaats waar de waterpijpen werden gevuld. Er zijn geen monsters genomen uit de waterpijpen die werden gerookt. Uit de processen-verbaal volgt ook niet dat de geur van tabaksrook is waargenomen. Uit proces-verbaal 1 volgt slechts dat uit de waterpijpen damp kwam en dat de typische, penetrante zoete geur van de waterpijp werd geroken. De rechtbank sluit daarom niet uit dat de pakjes tabakshoudende waar inderdaad hoe onhandig ook grappenderwijs zijn getoond, zoals eiser consistent heeft betoogd.

11. De in artikel 6, tweede lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden neergelegde onschuldpresumptie brengt met zich dat op het bestuursorgaan de bewijslast rust om de overtreding aan te tonen en dat de betrokken persoon dient te profiteren van niet te verwaarlozen twijfel ter zake van bewijslevering (zie EHRM 23 juli 2002, EHRC 2002/88 (Janosevic); GvEA 12 september 2007, zaak T-36/05 (Coats Holdings); HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN6324 en ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:234). De rechtbank is, op grond van hetgeen onder r.o. 10 is overwogen, van oordeel dat in het geval van eiser sprake is van een niet te verwaarlozen twijfel. Daar dient eiser van te profiteren. De rechtbank acht daarom het bewijs van de overtreding niet voldoende, zodat de overtreding niet is komen vast te staan.

12. Omdat de overtreding niet is komen vast te staan kan het bestreden besluit geen stand houden en is het beroep gegrond. Nu het beroep reeds om deze reden gegrond is, zal de rechtbank niet verder ingaan op hetgeen eiser overigens heeft aangevoerd. De rechtbank zal het bestreden besluit vernietigen en voorts zelf in de zaak voorzien als bedoeld in artikel 8:72a van de Awb door het besluit van 9 augustus 2013 te herroepen.

13. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat verweerder aan eiser het door hem betaalde griffierecht vergoedt.

14. De rechtbank veroordeelt verweerder in de door eiser gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op 974,- (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift en 1 punt voor het indienen van het beroepschrift met een waarde per punt van 487,- en wegingsfactor 1).

## **Beslissing**

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit, herroept het besluit van 9 augustus 2013 en bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het bestreden besluit;
- bepaalt dat verweerder aan eiser het betaalde griffierecht van 160,- vergoedt;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van 974,-, te betalen aan eiser.

Deze uitspraak is gedaan door mr. C.A. Schreuder, rechter, in aanwezigheid van mr. dr. R. Stijnen, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 23 oktober 2014.

griffier rechter

Afschrift verzonden aan partijen op:

### **Rechtsmiddel**

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.