

ECLI:NL:RVS:2019:195

Instantie	Raad van State
Datum uitspraak	23-01-2019
Datum publicatie	23-01-2019
Zaaknummer	201802463/1/A3
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBGEL:2018:856, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 25 januari 2017 heeft de burgemeester de vereniging een bestuurlijke boete opgelegd van 1.360,- wegens overtreding van de Drank- en Horecawet (hierna: DHW).
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl BA 2019/78 JOM 2019/318 JB 2019/43 met annotatie van Sackers, H.J.B. JG 2019/10 met annotatie van Visch, S.O., Pinxter, D.R. JIN 2019/113 met annotatie van Sackers, H.J.B. Gst. 2019/105 met annotatie van C.M.M. van Mil, R.P.A. Kraaijeveld AB 2020/147 met annotatie van C.M. Saris, D. de Groot

Uitspraak

201802463/1/A3.

Datum uitspraak: 23 januari 2019

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de burgemeester van Nijmegen,
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 26 februari 2018 in zaak nr. 17/2844 in het geding tussen:

[wederpartij]

en

de burgemeester.

Procesverloop

Bij besluit van 25 januari 2017 heeft de burgemeester de vereniging een bestuurlijke boete opgelegd van 1.360,- wegens overtreding van de Drank- en Horecawet (hierna: DHW).

Bij besluit van 1 mei 2017 heeft de burgemeester het door de vereniging daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 26 februari 2018 heeft de rechtbank het door de vereniging daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 1 mei 2017 vernietigd, het besluit van 25 januari 2017 herroepen en bepaald dat die uitspraak in de plaats treedt van het besluit van 1 mei 2017. Die uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de burgemeester hoger beroep ingesteld.

De vereniging heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De burgemeester heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 12 december 2018, waar de burgemeester, vertegenwoordigd door mr. W.J. Bloemena, en de vereniging, vertegenwoordigd door [bestuurder], bijgestaan door mr. A.T.P. Nefkens, advocaat te Nijmegen, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. De vereniging is gevestigd op het sportterrein aan de [locatie] te [plaats]. Ter plaatse van dit terrein staat een kantine waar alcoholhoudende dranken worden verkocht. Daartoe is aan de vereniging een vergunning als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de DHW verleend. Omdat de vereniging in strijd met het verbod van artikel 20, eerste lid, van de DHW alcoholhoudende drank heeft verstrekt aan een bezoeker van wie niet is vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, heeft de burgemeester haar een boete opgelegd van 1.360,-. Deze bezoeker was als mystery guest ingezet door het gemeentebestuur. Aan de in bezwaar gehandhaafde boete heeft de burgemeester een op ambtseed opgemaakt rapport van 8

november 2016 (hierna: het boeterapport) ten grondslag gelegd. Uit het boeterapport volgt dat toezichthouders van de gemeente in de kantine een jongen hebben gezien die niet onmiskenbaar de leeftijd van 18 jaar had bereikt en dat hij een slok uit een glas bier nam. Desgevraagd heeft die jongen aan de toezichthouders geantwoord dat hij het bier zelf heeft gekocht en dat daarbij naar zijn leeftijd en zijn identiteitskaart niet is gevraagd. Het boetebedrag is overeenkomstig het Besluit bestuurlijke boete Drank- en Horecawet (hierna: het Besluit) vastgesteld. De rechtbank heeft de boete niet rechtmatig geacht.

Aangevallen uitspraak

2. De rechtbank heeft overwogen dat het opleggen van de boete moet worden aangemerkt als "criminal charge" als bedoeld in artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). De burgemeester heeft de identiteit van de bezoeker niet aan de vereniging bekend gemaakt, ondanks het verzoek van de vereniging hem als getuige te horen. De burgemeester heeft niet gemotiveerd waarom het belang om de identiteit van de bezoeker geheim te houden zwaarder weegt dan het belang om die persoon te kunnen horen. De burgemeester heeft de vereniging het aan haar toekomende ondervragingsrecht, zoals neergelegd in artikel 6, derde lid, onder d, van het EVRM, ontnomen. Voor het instandlaten van de rechtsgevolgen van het besluit van 1 mei 2017 heeft de rechtbank geen aanleiding gezien.

Wettelijk kader

3. Artikel 6, derde lid, van het EVRM, luidt: "Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, heeft in het bijzonder de volgende rechten:

[]

d. de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge;

[]."

Artikel 20 van de DHW luidt:

"1. Het is verboden bedrijfsmatig of anders dan om niet alcoholhoudende drank te verstrekken aan een persoon van wie niet is vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Onder verstrekken als bedoeld in de eerste volzin wordt eveneens begrepen het verstrekken van alcoholhoudende drank aan een persoon van wie is vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, welke drank echter kennelijk bestemd is voor een persoon van wie niet is vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt.

2. [].

3. De vaststelling, bedoeld in het eerste en tweede lid:

[];

b. blijft achterwege, indien het een persoon betreft die onmiskenbaar de vereiste leeftijd heeft bereikt."

Hoger beroep

4. De burgemeester betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de vereniging het ondervragingsrecht is ontnomen. Daartoe stelt de burgemeester dat de vereniging niet heeft aangevoerd dat aan de verklaring van de bezoeker ten overstaan van toezichthouders moet worden getwijfeld.

Evenmin heeft zij aangevoerd dat de bezoeker onmiskenbaar de leeftijd van 18 jaar had bereikt. De vereniging heeft slechts aangevoerd dat zijn leeftijd niet valt te controleren. Verder is er een zwaarwegend belang om de persoonsgegevens van de bezoeker geheim te houden. Afgesproken is met de bezoeker dat zijn identiteit niet bekend zal worden gemaakt, omdat hij na bekend worden daarvan slachtoffer kan worden van onaanvaardbare pesteringen, aldus de burgemeester.

4.1. Het boeterapport vermeldt dat toezichthouders van de gemeente op 6 november 2016 de kantine hebben geïnspecteerd op de naleving van het verbod van artikel 20, eerste lid, van de DHW. De toezichthouders hebben in de kantine een jongen gezien die, gezien zijn lichaamskenmerken, uiterlijk en gedrag, niet onmiskenbaar de leeftijd van 18 jaar had bereikt. Deze jongen nam een slok uit een glas bier. Desgevraagd heeft die jongen aan de toezichthouders geantwoord dat hij 18 jaar was en bier dronk. Hij heeft het bier zelf gekocht en daarbij is naar zijn leeftijd en zijn identiteitskaart niet gevraagd. Aan de toezichthouders heeft hij desverzocht zijn voor- en achternaam, geboortedatum en woonadres medegedeeld. De toezichthouders hebben hierna de barvrijwilliger op de hoogte gesteld van hun constateringen. De barvrijwilliger heeft vervolgens de barbeheerder erbij gehaald. Volgens de barbeheerder stond de barvrijwilliger pas voor de tweede keer achter de bar en kan niet worden verwacht dat hij toen al volledig zou zijn geïnstrueerd. Desgevraagd heeft de jongen aan de barbeheerder bevestigd dat hij door de toezichthouders is gecontroleerd, aldus het boeterapport.

4.2. De verklaringen van de bezoeker zijn getuigenverklaringen in de zin van artikel 6, derde lid, aanhef en onder d, van het EVRM. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:111, moet er een gegronde reden zijn om de identiteit van dergelijke getuigen geheim te houden. Wanneer een veroordeling alleen of in beslissende mate berust op anonieme verklaringen van getuigen dienen voldoende compenserende maatregelen te worden genomen. De identiteit van de getuigen dient in ieder geval bekend te zijn bij de rechter.

4.3. Ter zitting heeft de vereniging desgevraagd verklaard dat niet in geschil is dat de barvrijwilliger bier aan de bezoeker heeft verstrekt en dat van hem niet is vastgesteld dat hij de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. In zoverre bestond voor een ondervraging dus geen aanleiding. Een ondervraging zou alleen zinvol zijn indien daarmee kan worden vastgesteld of de bezoeker een persoon betreft die onmiskenbaar de vereiste leeftijd had bereikt. Omdat die vaststelling op basis van een visuele waarneming door de barvrijwilliger is geschied en de bezoeker over die waarneming zelf geen verklaring kan geven, had een ondervraging in dit geval niet tot die vaststelling kunnen leiden. Voorts heeft de vereniging niet aangevoerd dat in dit concrete geval daadwerkelijk ontoelaatbare uitlokking heeft plaatsgevonden. Onder deze omstandigheden had de burgemeester zich niet hoeven in te spannen om een ondervraging mogelijk te maken. Voor het oordeel dat de vereniging het ondervragingsrecht van artikel 6, derde lid, onder d, van het EVRM ten onrechte is ontnomen en dat de burgemeester het rapport om die reden niet aan de boete ten grondslag mocht leggen bestaat derhalve geen grond. De rechtbank heeft dit niet onderkend.

4.4. Het betoog slaagt. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen zal de Afdeling de beroepsgronden beoordelen die de rechtbank onbesproken heeft gelaten.

Het beroep van de vereniging

5. De vereniging betoogt dat de burgemeester ten onrechte heeft besloten haar de boete op te leggen. Aan de boete is alleen de verklaring van de bezoeker ten grondslag gelegd en die verklaring is onvoldoende voor de conclusie dat artikel 20, eerste lid, van de DHW is overtreden. Daarnaast is de bezoeker ingezet als een zogeheten mystery guest en is dit middel ongeoorloofd. Het is disproportioneel in verhouding met de daarmee te dienen belangen. De toezichthouders hadden in de kantine kunnen observeren of alcoholhoudende drank in strijd met artikel 20, eerste lid, van de DHW aan bezoekers wordt verstrekt. Ook hebben de toezichthouders in strijd met artikel 5:10a, tweede lid van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) nagelaten een cautie aan de barvrijwilliger te geven, zodat zijn verklaringen niet aan de boete ten grondslag mogen worden gelegd. Verder heeft de burgemeester bij de vaststelling van de boete nagelaten rekening te houden met de hierna genoemde bijzondere omstandigheden op grond

waarvan de boete had moeten worden gematigd. De bardiensten worden niet verricht door beroepsmatige barmedewerkers, maar door vrijwilligers. Het is de eerste keer dat de vereniging wordt beboet wegens overtreding van artikel 20, eerste lid, van de DHW. De vereniging heeft constructief bijgedragen aan de uitvoering van het gemeentelijke alcoholbeleid. Voorts is de financiële draagkracht van de vereniging ontoereikend om de boete te betalen. Tot slot heeft de burgemeester in strijd met artikel 8:42 van de Awb niet alle op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd. Zo zijn de zogeheten nalevings-indicatoren en een protocol tussen de Federatie Amateur Voetbalverenigingen en de gemeente Nijmegen over het alcoholmatigingsproject niet overgelegd, aldus de vereniging.

5.1. Artikel 8:42, eerste lid, van de Awb luidt: "Binnen vier weken na de dag van verzending van de gronden van het beroepschrift aan het bestuursorgaan zendt dit de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de bestuursrechter en kan het een verweerschrift indienen. Indien de bestuursrechter om een verweerschrift heeft verzocht, dient het bestuursorgaan binnen vier weken een verweerschrift in."

Niet gebleken is dat de burgemeester zich bij het opleggen van de boete heeft beroepen op de door de vereniging onder 5 genoemde stukken en dat die van belang zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de boete. Voor het oordeel dat de burgemeester in strijd met artikel 8:42, eerste lid, van de Awb heeft gehandeld bestaat daarom geen grond.

5.2. Ter zitting is de vereniging in de gelegenheid gesteld om aan de hand van een foto van de bezoeker te beoordelen of hij ten tijde van de controle al dan niet onmiskenbaar de leeftijd van 18 jaar had bereikt. Van die gelegenheid heeft de vereniging geen gebruik gemaakt. Gelet op de bevindingen van de toezichthouders, inhoudende onder meer dat de bezoeker niet onmiskenbaar de leeftijd van 18 jaar had bereikt, en omdat verder niet is geschil is dat de barvrijwilliger bier aan hem heeft verstrekt zonder dat daarbij is vastgesteld dat hij de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat de burgemeester ten onrechte een overtreding van artikel 20, eerste lid, van de DHW heeft vastgesteld.

5.3. In het kader van het alcoholmatigingsproject "Durf Nu" zijn diverse activiteiten ondernomen om het alcoholgebruik onder jongeren terug te dringen waarbij ondersteuning van sportverenigingen bij de naleving van de DHW, die op 1 januari 2013 is gewijzigd, centraal stond. Daarbij hebben onder meer bezoeken van een mystery guest aan voetbalverenigingen plaatsgevonden. Het doel van een bezoek was om vast te stellen of van een persoon die niet onmiskenbaar de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt om een identiteitsbewijs wordt gevraagd en of de bestelde alcoholhoudende drank wordt verstrekt. In het kader van een evaluatie van het project is van de zijde van de gemeente een e-mail van 3 juni 2016 aan sportverenigingen verzonden waarin is vermeld dat bezoeken niet meer preventief zijn, maar daadwerkelijk zal worden gehandhaafd.

In de bezwaarprocedure is gebleken dat de bezoeker van de kantine door de gemeente is ingezet als mystery guest. Ter zitting bij de rechtbank is gebleken dat hij in feite een stagiair was bij de gemeente die een buitengewoon opsporingsambtenaar in de kantine vergezelde bij het houden van toezicht. Gelet op het belang om alcoholgebruik onder minderjarigen tegen te gaan, acht de Afdeling het inzetten van de bezoeker als mystery guest, zoals in dit geval is geschied, niet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel. Evenmin is er in strijd met het subsidiariteitsbeginsel gehandeld. Dat, zoals de vereniging stelt, een toezichthouder in de kantine aanwezig kan zijn om toezicht te houden, gaat eraan voorbij dat die toezichthouder kan worden herkend en dat hij lang moet observeren om vast te stellen of de DHW wordt nageleefd. Verder is niet aannemelijk geworden dat de bezoeker in dit geval een ontoelaatbare vorm van uitlokking heeft gehanteerd. Gesteld noch is gebleken is dat de bezoeker, die zich als een klant heeft gepresenteerd, de barvrijwilliger heeft gebracht tot andere handelingen dan die hij uit hoofde van zijn functie als barman al van plan was te verrichten (vergelijk in iets andere bewoordingen, maar met dezelfde strekking de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 16 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:191, en die van de Hoge Raad van 23 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:62).

5.4. Artikel 5:10a, tweede lid, van de Awb luidt: "Voor het verhoor wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden."

Nu de barvrijwilliger niet degene is die is beboet, heeft de burgemeester zich terecht op het standpunt gesteld dat de toezichthouders hem geen cautie hadden hoeven geven. Voor het oordeel dat de boete in strijd is met artikel 5:10a, tweede lid, van de Awb bestaat geen grond.

5.5. Artikel 2 van het Besluit luidt: "Voor in de bijlage omschreven overtredingen van voorschriften gesteld bij of krachtens de Drank- en Horecawet, bepaalt het in de kolommen I en II opgenomen bedrag de bestuurlijke boete die opgelegd kan worden."

Artikel 3, eerste lid, luidt: "Het in kolom I van de bijlage genoemde bedrag geldt voor de natuurlijke persoon of rechtspersoon die op de dag waarop de overtreding is begaan minder dan vijftig werknemers telde."

In kolom I van de bijlage is voor overtreding van artikel 20, eerste lid, van de DHW een boetebedrag van 1.360,- genoemd.

Aangezien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, dient de hoogte van de boete getoetst te worden aan artikel 5:46, derde lid, van de Awb, waarin is bepaald dat het bestuursorgaan, indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, niettemin een lagere bestuurlijke boete oplegt, indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is. In hetgeen de vereniging heeft aangevoerd ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat de boete wegens bijzondere omstandigheden had moeten worden gematigd. Dat de bardiensten door niet-beroepsmatige vrijwilligers worden verricht, laat onverlet dat zij adequaat hadden kunnen worden geïnstrueerd over de verkoop en verstrekking van alcoholhoudende drank. Dat de vereniging constructief heeft bijgedragen aan de uitvoering van het alcoholbeleid is, wat daarvan ook zij, niet van belang voor de beoordeling van de hoogte van de boete. Verder is niet aannemelijk geworden dat de financiële draagkracht van de vereniging onvoldoende is om de boete te betalen, nu zij die stelling niet met stukken heeft gestaafd. Voorts vormt de enkele omstandigheid dat de vereniging, zoals zij stelt, niet eerder is beboet wegens overtreding van artikel 20, eerste lid, van de DHW, geen grond om de boete te matigen.

5.6. Het betoog faalt.

Slotsom

6. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Het beroep is ongegrond.

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 26 februari 2018 in zaak nr. 17/2844;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. A.W.M. Bijloos, voorzitter, en mr. A.B.M. Hent en mr. F.C.M.A. Michiels, leden, in tegenwoordigheid van mr. K.S. Man, griffier.

w.g. Bijloos w.g. Man
voorzitter griffier

Uitgesproken in het openbaar op 23 januari 2019

629.