

Alternatieve vormen van handhaving op de leeftijdsgrens alcohol: naming & shaming, convenantmethode en testkopers

Tekst: Roxanne Sabbé

1. Inleiding

De naleving van de Drank- en Horecawet is nog steeds ondermaats. Er is dan ook sprake van een zogenoemd handhavingstekort, een tekort dat onder meer kan ontstaan door de inzet van verkeerde handhavingsinstrumenten of door een gebrek aan handhavingsinstrumenten.

Burgemeesters zijn sinds 1 januari 2013 verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de Drank- en Horecawet. Door het handhavingstekort zitten ze in een lastig parket. De naleving van de alcoholleeftijd is altijd al uitermate teleurstellend geweest en er is moeilijk toezicht op te houden. Dit tezamen met de verhoging van de leeftijdsgrens voor zwak-alcoholhoudende dranken van 16 naar 18 jaar, per 1 januari 2014, heeft alle gemeenten voor een fikse uitdaging gesteld om als 'groentjes' hierop effectief toezicht te houden. Gemeenten zijn dan ook naarstig op zoek naar manieren om die naleving op te krikken.

Dit heeft geleid tot een pallet aan handhavingsmethoden en creatieve sanctiestrategieën. Dat heeft weer tot gevolg dat de landelijk opererende detailhandels- en horecaketens per filiaal de meest uiteenlopende sancties opgelegd krijgen na een overtreding van artikel 20 Drank- en Horecawet. Tal van gemeenten zijn 'het wiel opnieuw aan het uitvinden', wat heeft geleid tot zeer ongebruikelijke sancties en handhavingsmethoden.

Een aantal van deze sancties en methoden is niet terug te vinden in de Drank- en Horecawet of de Algemene wet bestuursrecht: gemakkelijk gezegd betreffen het hier alternatieve handhavingsmethoden en sancties. In deze factsheet worden drie van deze alternatieve methoden besproken.

2. Naming & shaming

Naming & shaming is 'hot'. Niet alleen toezichhouders als de Autoriteit Consument en Markt en de Autoriteit Financiële Markten zien heil in deze methode, maar ook een aantal gemeenten meent met deze methode het handhavingstekort in het leeftijdsgrenzentoezicht (deels) te kunnen dichten. Er worden dan ook met enige regelmaat persberichten door gemeenten naar buiten gestuurd over uitgedeelde boetes of gesloten kroegen na de verkoop van alcohol aan een minderjarige. Alleen is het naar buiten brengen van dergelijke informatie niet zomaar toegestaan.

Een algemene wettelijke basis om boetebesluiten te publiceren kan worden gevonden in artikel 8 Wet Openbaarheid van Bestuur (actieve openbaarmaking). Om dit artikel te gebruiken als grondslag voor de publicatie van een boetebesluit of een persbericht waarin de overtreden ondernemer wordt genoemd, dient dit enkel te gebeuren als het doel is informatieverstrekking aan het publiek.

Het publiceren van dergelijke informatie als sanctie is enkel mogelijk wanneer er een specifieke wettelijke grondslag voor bestaat. Artikel 8 Wet Openbaarheid Bestuur is hiervoor onvoldoende. Naming & shaming is dan ook niet mogelijk voor overtredingen van de Drank- en Horecawet.

Wel is op basis van artikel 8 Wet Openbaarheid Bestuur 'naming' mogelijk. Hierbij stelt de overheid zich in de berichtgeving neutraal op en is informatieverstrekking het doel achter de publicatie. Het publiceren van onder meer boetebesluiten vindt de rechter passend bij de toezichthoudende taak, omdat er bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van het toezicht¹. Er dient echter bij een voornemen tot openbaarmaking wel een nadere belangenafweging plaats te vinden. Hierbij dient het algemeen belang

dat gediend is met publicatie te worden afgewogen tegen de belangen van de overtreder die geen onevenredig nadeel mag hebben van de publicatie.

Dit gaat niet alleen op voor de publicatie van boetebesluiten, maar zeker ook voor het naar buiten brengen van persberichten waarin een onderneming wordt beschuldigd van het verstrekken van alcoholhoudende drank aan een minderjarige. Een persbericht kan zelfs veel schadelijker zijn voor de reputatie van een ondernemer dan de publicatie van een boetebesluit omdat een persbericht een eenzijdige voorstelling van zaken geeft. De zienswijze van de overtreder zal hier immers doorgaans niet in worden opgenomen. Dus ook bij persberichten dient een dergelijke afweging van belangen plaats te vinden.

Het oogmerk van de publicatie is dus van doorslaggevend belang. Publicatie van een overtreding van artikel 20 Drank- en Horecawet is dan ook alleen mogelijk wanneer de gemeente het publiek wil informeren over hoe zij haar bevoegdheden inzet. Wanneer zij echter een punitief of preventief doel voor ogen heeft is dit in ieder geval niet mogelijk op basis van artikel 8 Wet Openbaarheid Bestuur en zal er een specifieke wettelijke bevoegdheid moeten worden gecreëerd.

Conclusie: een publicatie naar aanleiding van een overtreding van artikel 20 Drank- en Horecawet (leeftijdsgrenzen) is dus zeer beperkt mogelijk en gezien de gronden waarop een dergelijke publicatie moet berusten is dit op dit moment geen oplossing om het handhavingstekort (deels) te vullen.

3. Convenantmethode

Een steeds vaker geziene vorm van alternatieve handhaving is de convenantmethode. Hierbij tekenen ondernemers van alcoholverstrekkende bedrijven, de gemeente en een particulier bedrijf zonder overheidsinmenging een convenant (privaatrechtelijke overeenkomst) waarbij ondernemers hun eigen verantwoordelijkheid nemen. Ondernemers leggen hierbij een klein bedrag in (vaak rond de 800 euro), waarvan toezicht en trainingen wordt ingekocht bij het particuliere bedrijf. In ruil hiervoor houdt de

gemeente geen toezicht bij de deelnemende ondernemers en worden er tijdens de convenantperiode door het particuliere bedrijf enkele koopogingen gedaan door minderjarige testkopers. Als er geconstateerd wordt dat de testkopers er in zijn geslaagd alcoholhoudende drank aan te schaffen, is de ondernemer een deel van zijn inleg kwijt (vaak een bedrag rond de 100 euro). Wanneer dit tijdens de convenantperiode meer keren gebeurt (vaak na drie keer) wordt het bedrijf uiteindelijk uitgezonderd van deelname aan het convenant en wordt de gehele borg ingehouden.

Binnen het regulier toezicht zou er de eerste maal een boete van 1.360 euro, de tweede maal een van 2.040 euro en de derde maal een van 2.720 euro worden opgelegd (en bij grote bedrijven met méér dan 50 werknemers zelfs nog meer). Deze bedragen staan in schril contrast met de paar honderd euro inleg die de ondernemer maximaal aan het convenant kwijt is. Dit verklaart mogelijk het enthousiasme van ondernemers om aan het convenant mee te doen.

Het convenant is geen vreemde figuur in het bestuursrecht. Het wordt geschaard onder zelfregulering. In dit geval is bij deze vorm van zelfregulering een derde partij betrokken om te controleren en te bewerkstelligen dat ondernemers daadwerkelijk hun eigen verantwoordelijkheid nemen en geen alcohol verkopen aan minderjarigen. Hierdoor heeft een derde private partij als het ware de rol van toezichthouder overgenomen, waar de overheid zich als partij ook aan heeft geconformeerd. Gemeenten laten dan ook een deel van hun handhavingstaken uitvoeren door een particulier bedrijf, dat niet behoort tot de organisatie die de verantwoordelijkheid voor de desbetreffende taak heeft.

Omdat het toezicht op de naleving van een bepaling die ertoe strekt de volksgezondheid te beschermen een typische kerntaak van de overheid is, kan de gemeente niet zonder meer stoppen met het houden van toezicht ten tijde van de duur van het convenant of totdat er sprake is van stelselmatige niet-naleving². Zij zal dan ook metatoezicht moeten houden op de uitvoering van het convenant en het particuliere bedrijf en niet zomaar het volledige

toezicht kunnen overdragen³. Hierbij moet zij vaststellen of de uitvoering van het convenant onafhankelijk en transparant geschiedt. Daarnaast zal eerst moeten blijken dat bedrijven die deelnemen aan het convenant beter presteren dan andere niet deelnemende bedrijven voordat zij mag besluiten tot het niet houden van toezicht.

Wat verder speelt is de beginselplicht tot handhaving. Hoewel het convenant allicht hetzelfde doel dient als reguliere handhaving, mag de gemeente haar eigen toezicht niet volledig opschorten. De publiekrechtelijke normstelling impliceert immers de noodzaak voor de overheid tot ingrijpen. Of het houden van het eerder genoemde metatoezicht hierin volstaat is onduidelijk. Een uitspraak van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State stelde in ieder geval dat het bestaan van een convenant geen bijzondere omstandigheid is op grond waarvan kon worden afgezien van handhaving⁴. Een verzoek tot handhaving zal dan ook hoogst waarschijnlijk niet kunnen worden afgedaan met een enkele verwijzing naar het convenant.

Conclusie: De convenantmethode kan geen doorgang vinden in de huidige vorm. De gemeente mag niet zomaar een plek innemen aan de zijlijn na afsluiting van het convenant. Een actieve houding van de gemeente is een minimale waarborg binnen deze vorm van geconditioneerde zelfregulering. Dat terwijl gemeenten vaak uit het oogpunt van kosten- en capaciteitsbesparing voor deze methode kiezen. Gemeenten maken zich met deze wijze van uitvoering er te makkelijk van af. Derhalve is ook deze methode op dit moment geen oplossing voor het handhavingstekort, zeker nu ondernemers nauwelijks een extra prikkel tot naleving krijgen vanwege de lage kosten die zijn verbonden aan het convenant ten opzichte van de reguliere boete.

4. Testkopers

De methode die voor de meeste opschudding zorgt, is toch wel de testkopermethode. Diverse gemeenten experimenteren op verschillende wijzen met deze methode. Hierbij neemt de toezichthouder zelf een jongere mee en laat deze een aankoopgang doen in een verstrekkingspunt,

welke wordt geobserveerd door de toezichthouder. Wanneer de leeftijd niet op een juiste wijze wordt vastgesteld door de verstrekker kan de toezichthouder overgaan tot het opleggen van een bestuurlijke (alternatieve) maatregel. Op deze manier kan de toezichthouder sneller diverse locaties bezoeken en is er altijd een uitkomst over de mate van naleving binnen het bedrijf.

Deze methode heeft veel potentie om het handhavingstekort (deels) te dichten. Grootste knelpunten zijn het capaciteitsgebrek, en het niet weten wanneer de toezichthouder waar moet zijn voor de meest effectieve controles. Door deze methode zijn er geen lange observatie-inspecties meer nodig, is er altijd uitkomst over de naleving bij het bedrijf en bestaat er - omdat de toezichthouder maar kort aanwezig is in de gecontroleerde locatie - minder kans om als zodanig herkend te worden.

Ondanks dat er geen specifieke wettelijke grondslag is voor de inzet van testkopers is dit waarschijnlijk toch mogelijk gezien de trends in de jurisprudentie bij vergelijkbare zaken. Zie hierover het factsheet De inzet van mystery-shoppers bij de handhaving van de Drank- en Horecawet⁵.

De rechter heeft eerder dit jaar een belangrijke uitspraak gewezen in het kader van de inzet van mystery-guests. Het betrof de inzet van mystery-callers door de Nederlandse Zorgautoriteit⁶. In deze uitspraak heeft de rechter bepaald dat bij de inzet van vormen van mystery-guests de toezichthouder zelf wel degelijk een vinger aan de pols moet houden. Dit houdt concreet in dat de inspecteur de verstrekking aan de testkoper wel degelijk zelf moet observeren. Daarnaast moeten de testkopers duidelijke werkinstructies krijgen omdat ze wel mogen 'lokken', maar niet mogen uitlokken (zie hierover meer in de hiervoor genoemde factsheet). De gemeente moet zelf wel het heft in handen houden omdat deze controles een typische kerntaak van de overheid zijn.

5. Het handhavingstekort gevuld?

Dit is slechts een greep van het aantal creatieve en alternatieve sancties dat in de afgelopen drie jaar

van decentraal toezicht de kop op is opgestoken. Naming & shaming bleek al eerder zeer effectief te zijn in het financieel toezicht, en zou dan ook mogelijk het handhavingstekort in Drank- en Horecawet kunnen vullen. Naming & shaming is echter momenteel uitgesloten. Naming is enkel mogelijk onder bepaalde voorwaarden en mag dan geen handhavingsdoel dienen. Daarbij is niet uitgesloten dat actieve naming de naleving ook aanzienlijk zal doen verhogen, omdat naming ernstige reputatieschade tot gevolg kan hebben. Maar momenteel zal deze methode niet dé oplossing zijn voor de slechte naleving van de leeftijdsgrens.

Ook de convenantmethode blijkt niet het ei van Columbus te zijn. Gemeenten gebruiken deze methode juist om hun capaciteitsgebrek en eventueel hun gebrek aan deskundigheid op te vangen, maar duidelijk is dat de gemeente daarbij niet kan volstaan met een plek langs de zijlijn. Zij zal actief moeten blijven functioneren als toezichthouder. Hier schort het vaak in de praktijk aan. Daarnaast is het maar de vraag of deze methode daadwerkelijk ondernemers beweegt tot betere naleving van de leeftijdsgrens gezien de gunstige financiële voorwaarden die hieraan verbonden zijn. Deze methode is dan momenteel in de huidige vorm ook niet de oplossing van het handhavingstekort.

Daarentegen zijn er hoge verwachtingen van de testkopermethode, juridisch gezien de meest haalbare methode. Qua effectiviteit zijn hier grote voordelen te behalen. De beperkte toezichtscapaciteit wordt vele malen effectiever ingezet als de toezichthouder niet meer lang hoeft te observeren en er altijd inzicht is in de naleving door het bedrijf. Hierdoor vergroot de pakkans voor alcoholverstrekkers aanzienlijk, wat de naleving mogelijk aanzienlijk ten goede zal komen. Mogelijk hebben we hier dan ook hét middel voorhanden dat het tij kan keren en de dramatische naleving kan verhogen naar een meer acceptabel niveau.

Utrecht, 7 december 2016.

Roxanne Sabbé is inspecteur Drank- en Horecawet en afgestudeerd jurist Bestuursrecht

Bronnen:

¹ Afdeling Bestuursrecht Raad van State, 10 november 2010, LJN: BO3468.

² College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 5 november 1997, JB 1998/98.

³ College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 15 januari 2016, ELCI:NL:CBB:2016:1.

⁴ Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 2 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH8963.

⁵ R. Sabbé. De inzet van mystery-shoppers bij de handhaving van de Drank- en Horecawet. Utrecht, Nederlands Instituut voor Alcoholbeleid STAP, februari 2016 (Factsheet).

⁶ College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 15 januari 2016, ELCI:NL:CBB:2016:1.