

De inzet van mystery-shoppers bij de handhaving van de Drank- en Horecawet

Tekst: Roxanne Sabbé*

1 Huidige wijze van toezichhouden weinig efficiënt

Op 1 januari 2013 hebben de gemeenten het toezicht op de naleving van de Drank- en Horecawet overgenomen van de Nederlandse Voedsel- en Waren Autoriteit. Nu drie jaar later blijken veel gemeenten het een uitdaging te vinden om gedegen toezicht te houden op het verstrekken van alcohol aan jongeren. Gemeenten zoeken dan ook naar andere efficiënte methoden van leeftijds grenzetoezicht.

De traditionele wijze van toezichhouden is dat inspecteurs onaangekondigde en onopvallende controles uitvoeren. Bij een verkooppunt van alcohol wordt dan geobserveerd of er wordt verstrekt aan jongeren onder de 18. Omdat er soms wel uren moet worden gepost voor een jongere een koop poging doet, wordt er vaak voor gekozen alleen bij zogenaamde 'hot spots' te observeren: locaties waar jongeren samenkomen om alcohol te drinken of te kopen. Daaraan kleven echter grote nadelen. Veel verkooppunten waar jongeren slechts incidenteel of zelden komen worden niet gecontroleerd. Daarnaast vallen de veelal oudere mannelijke gemeentelijke inspecteurs vallen in de 'hot spots' erg op. Daar is de gemiddelde leeftijd van bezoekers immers vaak onder de 20 jaar. Verder speelt mee dat de ondernemers van deze 'hot spots' de gemeentelijke inspecteurs na verloop van tijd herkennen. Dit alles maakt onopvallend controleren bijna onmogelijk. De pakkans als gevolg van de huidige wijze van toezichhouden is dan ook laag, evenals de naleving van de leeftijdsgrens van 18 jaar. Die ligt nu op 30,4%, wat inhoudt dat 69,6% van de koop pogingen van jongeren onder de leeftijdsgrens slaagt (STAP/UT, 2015).

Daarom experimenteren diverse gemeenten nu met alternatieven. Er zijn echter wel enkele juridische vraagtekens te plaatsen bij de wettelijke mogelijkheden daartoe.

2 Kunnen weekendpoulers een rol spelen?

Toen de Nederlandse Voedsel- en Waren Autoriteit nog toezicht hield op de naleving van de Drank- en Horecawet is geëxperimenteerd met diverse innovatieve wijzen van toezicht. In dat kader is een proef gestart met de inzet van jonge opgeleide assistent-toezichhouders (de zogenaamde weekendpoulers) bij het toezicht op de naleving van de Drank- en Horecawet in 'hot spot'-locaties. Die manier van werken bleek zeer effectief. Ná de decentralisatie van het toezicht hebben de gemeenten nog één jaar een beroep kunnen doen op deze weekendpoulers. Nu kan dat niet meer en zijn gemeenten afhankelijk van hun eigen gemeentelijke inspecteurs.

In verschillende regio's is een oplossing gevonden door een regionale poule van (jonge) toezichhouders op te zetten. Daarbij moeten deze toezichhouders dan wel allemaal door alle burgemeesters in die betreffende regio worden aangewezen, moeten zij BOA zijn en beschikken over een diploma Drank- en Horecawet. Het blijkt in de praktijk nog wel eens moeilijk te zijn om jonge toezichhouders te vinden die hier allemaal aan voldoen. Bovendien moeten deze jonge toezichhouders ook nog steeds observeren totdat zij een jongere zien die een aankoop poging doet.

3 De inzet van mystery-shoppers in nalevingsonderzoek

Om de naleving van de wettelijke leeftijdsgrens in een gemeente in kaart te brengen, laten veel gemeenten mystery-shoppers bij verschillende verkooppunten pogingen doen om alcohol te kopen. Mystery-shop onderzoek is namelijk één van de meest betrouwbare manieren om de beschikbaarheid van alcohol voor minderjarigen te meten. Over het algemeen wordt dit type mystery-shop onderzoek uitgevoerd door een onafhankelijk onderzoeksbureau, zoals het Nederlands Instituut voor Alcoholbeleid STAP dat samen met de

Universiteit Twente deze onderzoeken uitvoert. Het gaat om onderzoek dat geheel los staat van het toezicht: er worden geen waarschuwingen uitgedeeld of boetes opgelegd. De meeste onderzoeksbureaus werken met een wetenschappelijk protocol, zodat elk bezoek op dezelfde manier wordt uitgevoerd, wat resulteert in zeer betrouwbare en goed vergelijkbare onderzoeksresultaten.

4 De inzet van mystery-shoppers bij de handhaving

Het betrekken van mystery-shoppers bij de *handhaving* is relatief nieuw in het toezicht op de Drank- en Horecawet. Zij trachten alcoholhoudende drank te kopen in opdracht van de gemeente. De gemeentelijke inspecteur observeert de kooppoging en zal zo nodig vervolgens handhaven. Hierdoor hoeft de toezichthouder niet meer urenlang te posten, hij neemt de jongere immers zelf mee.

De Nederlandse Voedsel- en Waren Autoriteit heeft zich in het verleden altijd op het standpunt gesteld dat het niet mogelijk is mystery-shoppers in te zetten bij het toezicht en de handhaving, omdat deze jongeren dan gezien kunnen worden als 'lokjongeren'. De kern van deze discussie betreft het *legaliteitsbeginsel*. Er is op dit moment geen specifieke wettelijke grondslag voor de inzet van lokjongeren. De gemeentelijke toezichtsbevoegdheden omvatten niet de inzet van dit middel, terwijl de Algemene wet bestuursrecht voorschrijft dat toezichtsbevoegdheden geregeld moeten worden bij formele wet (Titel 5.2 Algemene wet bestuursrecht). Dit in tegenstelling tot het strafrecht waar artikel 126 Wetboek van Strafvordering wel specifiek deze wijze van toezicht regelt voor strafrechtelijke zaken. De jurisprudentie heeft echter de laatste jaren in vergelijkbare zaken meer mogelijkheden gecreëerd dan de Algemene wet bestuursrecht hier lijkt te bieden.

Zo bleek de rechter toe te staan dat de Autoriteit Financiële Markten eigen medewerkers inzet die zich voordoen als reguliere klant, om zo méér informatie over een financieel product te verkrijgen dan met regulier toezicht mogelijk is (LJN:AW9671/LJN:AF7601). De rechter toetste deze werkwijze aan het Talloncriterium. Dat criterium werd ook gebruikt in het zogenaamde

lokfietsarrest uit het strafrecht. Dat criterium komt in het kort neer op: 'lokken mag, uitlokken niet'. De rechtbank achtte de wijze van toezicht van de Autoriteit Financiële Markten acceptabel en niet in strijd met enig rechtsbeginsel. Opgemerkt dient te worden dat de Autoriteit Financiële Markten gebruik maakt van toezichthouders die anoniem informatie opvragen over financiële producten. Bij de inzet van jonge mystery-shoppers bij de handhaving betreft het jongeren die geen toezichthouder zijn. Deze beide vormen van toezicht kunnen dus niet één op één worden vergeleken, maar geven wel een lijn aan waaraan het toezicht waarbij mystery-shoppers worden ingezet zal moeten voldoen.

De inzet van de mystery-shoppers in het kader van het toezicht zal dus moeten passen binnen het Talloncriterium, waarbij de verstrekker niet tot een andere handeling mag worden gebracht dan die waarop zijn opzet reeds gericht was, namelijk de verkoop van alcohol aan jongeren onder de 18 jaar. Er zal geen bovenmatige uitlokkende werking van de mystery-shopper uit mogen gaan, de jongere mag bijvoorbeeld de verstrekker niet overhalen als deze in eerste instantie weigert te verkopen.

Daarnaast dient dit alles te passen binnen de Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de *subsidiariteitseis* en de *proportionaliteitseis*. Daarbij is de vraag of de overtreding zonder inzet van mystery-shoppers eenvoudig is op te sporen. Bovendien zal de rechter kijken naar het te beschermen belang waar het bij alcoholtoezicht om draait: de gezondheid van jongeren. Hieraan lijkt wel te worden voldaan.

Het blijft in zekere zin gissen of de inzet van mystery-shoppers bij het toezicht mogelijk is, totdat een zaak wordt voorgelegd aan een rechter. De kans dat een rechter ermee instemt is echter behoorlijk groot, gelet op de jurisprudentie in vergelijkbare zaken, waarbij de inzet van mystery-shoppers door de rechter werd geaccepteerd, als tenminste voldaan werd aan het Talloncriterium.

5 De inzet van mystery-shoppers onder de 18 jaar als onderdeel van de handhaving

Diverse gemeenten hebben overwogen mystery-shoppers onder de 18 jaar in te zetten bij de handhaving. Het lijkt ook heel logisch en voor de hand liggend: wil je weten of jongeren onder de 18 jaar alcohol kunnen kopen, dan kan je dat het beste uittesten met jongeren onder de 18. Dan is de overtreding van artikel 20 Drank- en Horecawet namelijk zonder meer duidelijk. De inzet van mystery-shoppers onder de 18 jaar brengt echter een aantal problemen met zich mee.

Zo is de jongere op grond van *artikel 45 Drank- en Horecawet* zelf strafbaar wanneer hij/zij alcohol ‘aanwezig heeft’ op een voor het publiek toegankelijke plaats met uitzondering van locaties waar alcohol wordt verkocht voor gebruik elders dan ter plaatse. Omdat artikel 45 Drank- en Horecawet valt onder het strafrecht zou gesteld kunnen worden dat de gemeente deelnemer is aan de overtreding die de jongere onder de 18 jaar begaat. De gemeente in kwestie zou mogelijk kunnen worden aangemerkt als doenpleger of medepleger in de zin van artikel 47 Wetboek van Strafvordering (medeplichtigheid aan een overtreding is niet mogelijk.) Voor medeplegen moet de medepleger in ieder geval een bestandsdeel van de delictsomschrijving vervullen. Daar is hier geen sprake van: de jonge mystery-shopper is de enige die de bestandsdelen van artikel 45 vervult. Het is misschien ook nog mogelijk om de gemeente aan te merken als doenpleger, waarbij de mystery-shopper wordt gebruikt als ‘willoos werktuig’ van de gemeente. Het doet wat vergezocht aan, maar aan de omschrijving van doenplegen zou kunnen worden voldaan. De gemeente zou zich vervolgens kunnen beroepen op een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond: het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Hiervoor dient te worden aangetoond dat de norm in artikel 45 (jongeren mogen geen alcohol aanwezig hebben op voor publiek toegankelijke plaatsen) beter wordt nageleefd wanneer de handhaving met behulp van mystery-shoppers mogelijk is, dan wanneer dit niet is toegestaan. Hiervoor kan ook steun worden gevonden in de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de Drank- en Horecawet. Daarin is opgenomen dat artikel 45 een tweeledig doel heeft: de overlast van drinkende jongeren tegengaan en het

gezondheidsaspect (alcohol is voor jongeren schadelijk). Er wordt gesteld dat wanneer alle verstrekkers de wet 100% zouden naleven, jongeren geen alcohol aanwezig zouden hebben in voor publiek toegankelijke plaatsen en er dus ook niet gehandhaafd zou hoeven worden op artikel 45.

De bezwaren met betrekking tot het in strijd handelen met artikel 45 bij het inzetten van mystery-shoppers kunnen vermeden worden als in het aankoopprotocol wordt afgesproken dat een mystery-shopper van 17 jaar de aankopen doet en, in geval van daadwerkelijke verstrekking de geleverde drank afrekent, maar dat een meerderjarige metgezel de bestelling van de verstrekker in ontvangst neemt. Bij een aankoop in de supermarkt van een minderjarige mystery-shopper is er geen sprake van overtreding van artikel 45 zolang de drank niet mee naar buiten wordt genomen. In de horeca dient de door de minderjarige mystery-shopper bestelde drank direct te worden aangepakt door de metgezel van 18 jaar of ouder. Een dergelijk ‘aankoopprotocol’ wordt tevens toegepast bij mystery-shop-aankopen in het kader van boven genoemde nalevingsonderzoeken.

Voor wat betreft het mystery-shop toezicht loopt de gemeente als werkgever van mystery-shoppers onder de 18 jaar tegen nóg een probleem aan. Een aanzienlijk deel van de controles in ‘hot spot’ horecagelegenheden vindt na 24:00 uur plaats; tegen die tijd lopen de populaire cafés vaak pas vol en in sommige gevallen openen de clubs pas rond die tijd. Maar volgens de Arbeidstijdenwet mogen jongeren onder de 18 jaar na 23:00 uur niet meer werken. Een horecaondernemer die beboet is na 23:00 uur door de inzet van een mystery-shopper onder de 18 jaar kan zich hierop overigens niet beroepen door het relativiteitsvereiste.

6 De inzet van mystery-shoppers van 18 jaar als onderdeel van de handhaving

Om de bovengenoemde knelpunten van artikel 45 Drank- en Horecawet en de Arbeidstijdenwet te omzeilen, kan de gemeente er ook voor kiezen om mystery-shoppers van 18 jaar in te zetten en vervolgens de overtreding te handhaven door te stellen dat de mystery-shopper niet onmiskenbaar de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Dit is een ‘lichtere’

optie: hierbij overtreedt de gemeente geen wetten en deze manier van handhaven voldoet aan de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit.

Het is echter niet gemakkelijk te bepalen wanneer een jongere niet onmiskenbaar de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Dat is een subjectieve norm die, theoretisch, van persoon tot persoon kan verschillen. Hoewel dit probleem zich ook voordoet bij de reguliere handhaving, waar gewone jonge klanten worden geobserveerd, is dit bij een mystery-shopper van 18 jaar extra lastig. Wanneer mystery-shoppers getraind worden om met een ander doel naar een verstrekkingpunt te gaan dan de reguliere jonge klant, is het aspect 'gedrag' verstoord, waardoor het dus ook voor de caissière of barmedewerker moeilijker wordt om de 'niet onmiskenbaarheid' te bepalen. De twee gemeenten die al werken met mystery-shoppers van 18 jaar bij het toezicht (Utrecht en Eindhoven) benadrukken dat zij de jongeren zich volledig natuurlijk laten gedragen. Zij mogen geen extra make-up of schmink gebruiken om ouder te lijken. Ook worden de mystery-shoppers geïnstrueerd om niet aan te dringen bij een verstrekker om de alcohol toch te verkopen zonder zich te legitimeren of misschien wel avances te maken bij de verstrekker. De gemeenten stellen zich op het standpunt dat de jongeren in een normale bedrijfssituatie van een supermarkt of horecabedrijf worden geplaatst en zich normaal moeten gedragen en kleden, anders zou het geen lokken meer zijn, maar uitlokken. De gemeente Utrecht laat de mystery-shoppers scannen op hun niet-onmiskenbaarheid alvorens ze in te zetten bij het toezicht.

Een ander nadeel aan de inzet van mystery-shoppers van 18 jaar is dat niet kan worden gecontroleerd of het leeftijdsdocument goed wordt uitgelezen door de verstrekker. De mystery-shoppers tonen desgevraagd bij een testkoop hun identiteitsbewijs, maar daar staat op dat zij dus 18 jaar zijn. In de praktijk wil het regelmatig gebeuren dat er om een leeftijdsdocument wordt gevraagd, maar hier niet correct naar wordt gekeken of dat de rekensom van de leeftijd niet juist wordt gemaakt. Dit is met mystery-shoppers van 18 jaar niet te controleren.

7 Tot slot

De inzet van mystery-shoppers om de naleving van de Drank- en Horecawet te onderzoeken is niet nieuw. Het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en ook veel gemeenten maken – zoals hiervoor reeds opgemerkt – al jarenlang gebruik van deze methode om de naleving te onderzoeken, omdat dit de enige wijze is om dit te meten. Maar niet alleen overheden maken gebruik van deze inventariserende mystery-shop onderzoeken: een aantal supermarktketens gebruikt deze methode om hun eigen medewerkers te controleren. Een grote supermarktketen zet haar jeugdige vakkenvullers in als testkoper bij een naburig filiaal waar de medewerker niet bekend is, om zo te controleren of de caissière op een juiste wijze de leeftijd vaststelt.

De door de gemeente te controleren bedrijven maken dus zelf gebruik van de methode, omdat dit de enige effectieve manier is om de naleving van de leeftijdsgrenzen te controleren.

Wellicht is nu na de inzet bij de handhaving van de lokfiets, de lokklant en de lokprostituë tijd voor de opmars van de alcohol mystery-shopper om zo het drankgebruik onder jongeren aan te pakken.

Utrecht, 1 februari 2016

*Roxanne Sabbé is inspecteur Drank- en Horecawet en Masterstudent Staats- en Bestuursrecht Universiteit Amsterdam

Bronnen:

-Sabbé, R.A. Lokjongeren als middel van toezicht op de Drank- en Horecawet; effectieve handhaving of een stap te ver? januari 2015.

-Van Beurden, A.C.J., Vegt, K.R., Van Hoof, J.J., Gosselt, J.F., Van Dalen, W.E. en Van Ginneken, S.B.: De naleving van de alcoholleeftijdsgrens door supermarkten, slijterijen, horecagelegenheden, cafetaria's en sportkantines in 2013, 2014 en 2015. Utrecht, Nederlands Instituut voor Alcoholbeleid STAP/Universiteit Twente, december 2015.

•