

de participatie moeten organiseren die de gemeenteraad in zijn beleid opgenomen heeft.

8. De onderhavige uitspraak lijkt mijns inziens vooral een oplossing voor de huidige praktijk, waarbij de Afdeling alvast voorsorteert op het belang dat aan participatie en draagvlak zal worden toegekend onder de Omgevingswet. Juist daarom zal de uitspraak naar mijn mening zijn waarde grotendeels verliezen onder de Omgevingswet: het biedt een oplossing voor een probleem dat de wetgever in de Omgevingswet onder ogen heeft gezien en geregeld.
J.H.N. Ypinga

AB 2020/147

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

23 januari 2019, nr. 201802463/1/A3
(Mrs. A.W.M. Bijloos, A.B.M. Hent en F.C.M.A. Michiels)
m.nt. C.M. Saris & D. de Groot*

Art. 20 DHW; art. 6 lid 3 EVRM

Gst. 2019/105
BA 2019/78
ECLI:NL:RVS:2019:195

Inzet van de mystery guest is in dit geval niet in strijd met het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel. Evenmin is er sprake van uitlokking.

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. Gelet op het belang om alcoholgebruik onder minderjarigen tegen te gaan, acht de Afde-

ling 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.

Uitspraak op het hoger beroep van de burgemeester van Nijmegen, appelland, 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 (niet opgenomen; red.).

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 1. Ter plaatse van dit terrein staat een kantine waar alcoholhoudende dranken

* C.M. Saris is advocaat bij Stibbe; D. de Groot is professional support lawyer bij Stibbe.

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 ambtsead 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. Afsproken is met de bezoeker dat zijn identiteit niet bekend zal worden gemaakt, omdat hij na bekend worden daarvan slachtoffer kan worden van onaanvaardbare pestertijen, 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 constatering. De barvrijwilliger heeft vervolgens de barbeheerder erbij gehaald. Volgens de barbe-

heerder 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 disproportio-

neel 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 boeten 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 bardiënten 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 verstreking 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.

Noot

1. *Inleiding.* Over deze Afdelingsuitspraak uit 2019 over de rechtsbescherming en toelaatbaarheid van de inzet van *mystery guests* bij overheidstoezicht valt veel te schrijven, wat dan ook is gedaan. Zie hiervoor *JIN* 2019/113, m.nt. Sackers, *Gst.* 2019/105, m.nt. Kraaijeveld en Van Mil en *JG* 2019/10, m.nt. Pinxter en Visch. Met name vraagstukken rondom het gebruik van de verklaring van de ‘anonieme getuige’ als bewijs in het bestuurlijke boeterecht en de verhouding tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) komen in die annotaties aan bod. Waar minder aandacht voor is geweest in de hiervoor aangehaalde annotaties, is r.o. 5.3 van de onderhavige uitspraak waarin de Afdeling oordeelt dat het inzetten van een *mystery guest* een legitiem toezichtmiddel is. Reden te meer om daar in onze noot aandacht aan te besteden (punt 4). Voordat we bij dat punt komen, besteden we eerst aandacht aan de verschillende, vaak onduidelijke, verschijningsvormen van *mystery guests* waarbij toezicht soms wordt uitbesteed aan een particuliere derde (punt 2–3). Tot slot wordt aan het einde van deze annotatie kort ingegaan op de beschrijving van feiten door de Afdeling die voor verbetering vatbaar is (punt 5).

2. *Verschijningsvormen mystery guest.* In de praktijk blijken er drie verschijningsvormen van de *mystery guest* te zijn. Allereerst kan de *mystery guest* de ambtenaar zijn die bij of krachtens wettelijk voorschrift met toezicht is belast (o.a. CbB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191, AB 2016/347, m.nt. Jansen). Daarnaast kan een *mystery guest* een niet-ambtenaar zijn die wel bij of krachtens wettelijk voorschrift met toezicht is belast (ABRvS 15 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:98). De derde vorm doet zich voor als de *mystery guest* een derde is, die is ingehuurd door de formele toezichthouder

(CbB 15 januari 2016, ECLI:NL:CBB:2016:1). Naar ons idee gaat het in de onderhavige uitspraak om de laatstgenoemde vorm. De stagiair van de gemeente Nijmegen treedt op als *mystery guest*, maar is vermoedelijk niet de formele toezichthouder in de zin van artikel 5:11 Algemene wet bestuursrecht (Awb). In dat artikel staat dat onder een toezichthouder wordt verstaan: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. De stagiair is niet bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht, maar is door de buitengewoon opsporingsambtenaar ‘ingehuurd’ om in de kantine een controle uit te voeren. Die omstandigheid alleen al had aanleiding moeten geven om de stagiair als getuige in de procedure te horen.

3. *Uitbesteding toezicht.* De vraag is of de overheid het toezicht mag uitbesteden aan private derden die *niet* formeel zijn benoemd tot toezichthouder. De Centrale Raad van Beroep beantwoordde deze vraag in het verleden positief (zie CRvB 16 september 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2947, AB 2014/422 en CRvB 2 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4192, AB 2016/77, beide m.nt. Bröring). Uit deze uitspraken blijkt dat toezicht-handelingen mogen worden uitbesteed aan particuliere derden, mits aan drie voorwaarden wordt voldaan. Ten eerste moet de (parlementaire geschiedenis van de) wet waarin de toezichtbevoegdheid is opgenomen, uitbesteding toelaten. Zo oordeelde de Centrale Raad in bovengenoemde uitspraken dat uitbesteding van toezicht in het kader van de Wet studiefinanciering 2000 was toegestaan, terwijl dat niet zo was bij uitbesteding van bijstandscntroles in het kader van de Wet werk en bijstand. Ten tweede moet het bestuursorgaan altijd de regie blijven houden over het toezichtonderzoek dat door de derde wordt verricht. De laatste voorwaarde is dat de derde niet een groot commercieel belang mag hebben bij het constateren van een overtreding. In de uitspraak van 16 september 2014 had het college van burgemeester en wethouders een ‘no cure no pay’-overeenkomst gesloten met de particuliere derde. Er bestaat dan het risico dat de derde financiële belangen laat prevaleren en zodoende sneller komt tot de constatering van een overtreding.

De Centrale Raad is in latere uitspraken aanzienlijk strenger (CRvB 1 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1943, AB 2016/412, m.nt. Bröring en CRvB 5 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:269, AB 2018/375, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik). In beide uitspraken wordt geoordeeld dat indien de door de toezichthouder ingeschakelde derde – zpp'er respectievelijk stagiair – niet formeel is benoemd tot toezicht-

houder, het onderzoek dat (mede) door de derde is verricht, onbevoegd wordt uitgevoerd. Bevindingen die tijdens een dergelijk onderzoek zijn verkregen, merkt de Centrale Raad als onrechtmatig verkregen bewijs aan. Gebruik maken van dit bewijs is onder alle omstandigheden ontoelaatbaar, aldus de Centrale Raad. Ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven zit op deze lijn. In de uitspraak van 15 januari 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:1) overweegt het College dat artikel 5:11 Awb is geschonden doordat onderzoeksbevindingen zijn verkregen door particuliere *mystery guests*, die niet formeel waren benoemd tot toezichthouder. De Afdeling gaat in onderhavige uitspraak niet in op de uitbesteding van het toezicht aan de stagiair. Vermoedelijk komt dit omdat de voetbalvereniging hier geen argumenten tegen heeft aangevoerd. De vereniging betoogt slechts dat de *mystery guest* als toezichtmiddel ongeoorloofd is. Had de vereniging deze argumenten wel aangevoerd, dan is het onzes inziens voorstelbaar dat de Afdeling dezelfde lijn zou hanteren als het College en de Centrale Raad, waarbij het oordeel dan zou moeten luiden dat de uitbesteding van het toezicht aan de stagiair niet was toegestaan (zie voor een uitvoeriger bijdrage op dit punt S.H. Ranchordás & Y.E. Schuurmans, 'The mystery guest in het bestuursrecht: fraudeonderzoek door particuliere recherchebureaus', *NTB* 2016/51, p. 378–386).

4. *De mystery guest als toezichtmethode.* Naast de vraag of toezicht mag worden uitbesteed aan derden die vervolgens optreden als *mystery guest*, kan men zich afvragen of de inzet van *mystery guests* überhaupt is toegestaan als toezichtmethode. Mag een toezichthouder op anonieme wijze of met een fictieve identiteit toezicht houden, waardoor degene die onder toezicht staat niet weet dat hij met de overheid te maken heeft? De Afdeling oordeelt in deze zaak in lijn met bestendige rechtspraak waarin wordt geoordeeld dat *mystery guests* mogen worden ingezet, mits het evenredigheidsbeginsel niet wordt geschonden en de *mystery guest* niet uitlokt (zie o.a. CbB 7 juni 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BA7443, AB 2007/279, m.nt. Jansen; CbB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191, AB 2016/347, m.nt. Jansen en CbB 21 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:101).

Wij vragen ons af of de bestuursrechter niet kritischer zou moeten zijn. In de Awb noch in bijzondere wetgeving vindt men een grondslag voor het inzetten van *mystery guests*. Weliswaar wordt het legaliteitsbeginsel niet zo streng uitgelegd dat elk overheidsoptreden moet zijn terug te voeren tot een specifieke bevoegdheidsgrondslag. Echter, het inzetten van *mystery guests* bij toezicht door de overheid gaat gepaard met inbreuken op grondrechten van degene die onder toezicht staat.

Zo zijn er zeker situaties denkbaar waarin de privacy (artikel 8 EVRM) van de onder toezicht gestelde wordt aangetast. Essentiëler is dat een *mystery guest* de onder toezicht gestelde in zekere zin misleidt. Laatstgenoemde weet namelijk niet dat hij in feite te maken heeft met een toezichthouder dan wel met iemand die wordt ingezet in het kader van het onderzoek van een toezichthouder. Dit zorgt ervoor dat de verklaringsvrijheid, neergelegd in artikel 6 EVRM, onder druk kan komen te staan (vgl. EHRM 5 november 2002, ECLI:NL:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 waarin een schending van artikel 6 EVRM werd aangenomen omdat er een criminele burgerinformatant werd geplaatst in dezelfde cel als de verdachte met als doel om verklaringen van die verdachte los te krijgen).

Een inbreuk op grondrechten kan slechts worden gelegitimeerd indien hiervoor een wettelijke voorziening bestaat die voldoet aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid. Een wettelijke voorziening voor de inzet van *mystery guests* in het bestuursrecht ontbreekt momenteel. In het strafrecht zijn daarentegen wel bijzondere opsporingsmethoden wettelijk verankerd. Met name de bevoegdheid tot pseudokoop (artikel 126i Sv) en de stelstelmatige informatie-inwinning (artikel 126j Sv) vertonen gelijkenis met de inzet van *mystery guests*. Deze opsporingsmethoden hebben ook een verborgen en misleidend karakter. De inbreuken op de grondrechten van de verdachte (met name de privacy) en het misleidende karakter van de opsporingsmethodes is voor de wetgever reden geweest om specifieke wettelijke grondslagen te creëren voor deze methoden (*Kamerstukken II* 1996/97, 25403, 3). Om aan de eis van voorzienbaarheid te voldoen geeft het Wetboek van Strafvordering verrijking aan onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de opsporingsbevoegdheden mogen worden uitgeoefend. Naar ons idee zou de inzet van een *mystery guest* ook een wettelijke basis in het bestuursrecht – een regeling in de Awb ligt voor de hand – moeten krijgen. Daarvoor is de wetgever aan zet. Zeker ook nu de inzet van de *mystery guest* in de praktijk naar verwachting op steeds grotere schaal zal worden toegepast. Totdat een wettelijke basis is geregeld, zal de bestuursrechter de inzet van de *mystery guest* naar ons idee kritischer moeten beoordelen.

5. *Beschrijving van de feiten.* Tot slot pleiten wij ervoor dat de bestuursrechter in zijn uitspraken meer werk gaat maken van de beschrijving van feiten en omstandigheden van de zaak. Vooral als het gaat om punitieve sancties, is het goed om direct vanaf het begin van de uitspraak de feiten en omstandigheden zo volledig en overzichtelijk mogelijk in kaart te hebben. Een samenvat-

ting uit een (boete)rapport of van de feiten (zie r.o. 1) is daarvoor naar ons idee niet voldoende. Openbaarheid van de rechtspraak houdt ook in dat een lezer op basis van een goede beschrijving van de feiten, de bespreking van de beroepsgronden en het uiteindelijke oordeel van de bestuursrechter goed kan volgen. Op die manier kan de kwaliteit van uitspraken van de bestuursrechter naar ons idee nog worden verbeterd (vgl. M.L. van Emmerik & C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes' in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR-reeks 152), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 158).

Dat er ruimte voor verbetering is, blijkt ook uit deze uitspraak. In dit geval wordt het voor de lezer pas in r.o. 5.3 duidelijk dat de *mystery guest* als stagiair werkzaam was voor de gemeente Nijmegen. De Afdeling schrijft daar:

'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'.

Dat is een niet onbelangrijk detail dat naar ons idee verstopt staat in de uitspraak en bovendien niet strookt met het beeld dat de Afdeling in de andere rechtsoverwegingen (r.o. 1, 4 en 4.1) schetst van de feiten.

C.M. Saris & D. de Groot

AB 2020/148

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

16 januari 2019, nr. 201800881/1/A3
(Mrs. C.J. Borman, B.P. Vermeulen, J.J. van Eck)
m.nt. J. Wieland'

Art. 61 lid 10 Gnw; art. 1:2 lid 1, art. 8:104 lid 1 Awb

ECLI:NL:RVS:2019:101

Inzake het afstandscriterium bij het verlenen van een geneesmiddelenvergunning aan een huisarts heeft de minister geen beleidsvrijheid. Concurrentiebelang rechtstreeks betrokken bij verlenen van de vergunning.

Artikel 8:104, eerste lid, Awb luidt: 'Een belanghebbende en het bestuursorgaan kunnen hoger beroep instellen tegen: a. een uitspraak als bedoeld in artikel 8:66, eerste lid, of artikel 8:67, eerste lid, van de rechtbank [...]'. Wederpartij heeft onder meer een vergunning gevraagd voor kort gezegd het verstrek-

ken van geneesmiddelen in delen van de deelgebieden Annen en De Esch. Niet in geschil is dat de apotheek die hier het dichtst bij ligt Apotheek Zuidlaren is. Aannemelijk is dan ook dat de meeste patiënten van wederpartij die in deze gebieden wonen voor hun medicijnen thans naar Apotheek Zuidlaren gaan. Dit betekent dat het beoogde verzorgingsgebied van wederpartij gedeeltelijk binnen het verzorgingsgebied van Apotheek Zuidlaren valt. Het concurrentiebelang van Apotheek Zuidlaren is dan ook rechtstreeks bij de gevraagde vergunning betrokken. Zij moet dan ook als belanghebbende in de zin van artikel 8:104, eerste lid, van de Awb worden aangemerkt. De omstandigheid of al dan niet sprake is van een gebonden beschikking, is anders dan wederpartij betoogt, niet relevant voor de beoordeling van de belanghebbendheid.

Met wederpartij is de Afdeling van oordeel dat met aaneengesloten gebied in artikel 61, tiende lid, Geneesmiddelenwet wordt bedoeld het ononderbroken gebied waarvoor de vergunning wordt aangevraagd. De minister dient op grond van dit artikel lid te beoordelen of het gebied voldoet aan het afstandscriterium. Is dat het geval, dan dient de minister de vergunning te verlenen. Indien het aangevraagde gebied niet voldoet aan het afstandscriterium, dan dient de minister de vergunningaanvraag af te wijzen. Met de rechtbank is de Afdeling dan ook van oordeel dat het artikellid, gelet op de dwingende wijze waarop het is geformuleerd, geen ruimte biedt voor een andere uitleg. In dit verband is van belang dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van dit artikellid (Kamerstukken II 2005/06, 29 359, nr. 79, blz. 1–2) niet kan worden afgeleid dat is beoogd een deelgebiedenbeleid te handhaven. Weliswaar staat in de wetsgeschiedenis in algemene zin dat de strekking is 'om de bestaande uitvoeringspraktijk en rechtspraak vast te leggen in de wet' en dat dit betekent dat alle bestaande vergunningen gehandhaafd blijven en in de toekomst ongewijzigd zullen worden verleenend, maar hieruit blijkt ook dat deze zinsnede betrekking heeft op het afstandscriterium. In het bijzonder staat in de wetsgeschiedenis dat de minister op dit punt geen beleidsvrijheid heeft en dat hij deze vergunningen moet verlenen indien aan het afstandscriterium is voldaan. Ook het betoog van de minister dat met de term 'desgevraagd' in het artikellid slechts wordt bedoeld dat de vergunning op aanvraag wordt verleend en dat het aangevraagde gebied dus geen uitgangspunt vormt bij de beoordeling van de vergunningaanvraag, volgt de Afdeling niet. Het is bestendige jurisprudentie dat een aanvraag leidend is bij de vergunningverlening.

De Afdeling oordeelt dat het verzorgingsgebied van wederpartij gedeeltelijk binnen het verzorgingsgebied van Apotheek Zuidlaren valt. Het concurrentiebelang van Apotheek Zuidlaren is dan ook recht-

* J. Wieland is advocaat bij Stijl Advocaten te Amsterdam.