

Vergaderjaar 2008–2009

32 022

Wijziging van de Drank- en Horecawet met het oog op de terugdringing van het alcoholgebruik onder met name jongeren, de voorkoming van alcoholgerelateerde verstoring van de openbare orde, alsmede ter reductie van de administratieve lasten

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 8 juni 2009 en het nader rapport d.d. 13 juli 2009, aangeboden aan de Koningin door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en voor Jeugd en Gezin. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 31 maart 2009, no. 09.000.865, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede namens de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de minister voor Jeugd en Gezin, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Drank- en Horecawet met het oog op de terugdringing van het alcoholgebruik onder met name jongeren, de voorkoming van alcoholgerelateerde verstoring van de openbare orde, alsmede ter reductie van de administratieve lasten, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt er in hoofdzaak toe de administratieve lasten terug te dringen en het schadelijk alcoholgebruik onder jongeren tegen te gaan. De Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel een aantal opmerkingen met betrekking tot onder meer het verbod van alcoholverkoop, de toetsing aan het EG-Verdrag, en de handhaving. Hij is van oordeel dat in verband daarmee het wetsvoorstel deels nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 31 maart 2009, no. 09.000865, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 8 juni 2009, nr. W.13.09.0098/I, bied ik U hierbij aan.

De Raad maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel een aantal opmerkingen. Hij is van oordeel dat in verband daarmee het wetsvoorstel deels nader dient te worden overwogen.

1. Inleiding

Op 12 april 2007 heeft de Raad advies uitgebracht over een wijziging van de Drank- en Horecawet, die eveneens vermindering van administratieve lasten als één van de doelstellingen had.² In het nader rapport van 18 maart 2009 laat de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport weten dat hij dit wetsvoorstel buiten verdere behandeling wil laten en zal vervangen door een breder wetsvoorstel, waarin het eerstgenoemde wetsvoorstel is aangevuld met de in het Coalitieakkoord en in het beleidsprogramma 2007–2011 genoemde

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Advies van 12 april 2007 over het wetsvoorstel houdende wijziging van de Drank- en Horecawet onder meer ter reductie van de administratieve lasten, W13.070007 (nog niet gepubliceerd).

extra maatregelen gericht op voorkoming van schadelijk alcoholgebruik, met name onder jongeren.

Met het nu voorliggende wetsvoorstel wordt hieraan gevolg gegeven. De aanbevelingen van de Raad zijn daarin overgenomen. De wetswijziging is een onderdeel van een breder pakket maatregelen om schadelijk alcoholgebruik tegen te gaan, zoals neergelegd in de Hoofdlijnenbrief alcoholbeleid.¹ Daarin worden maatregelen gepresenteerd gericht op voorlichting, vroegsignalering en behandeling van beginnende alcoholproblematiek.

In de aanbiedingsbrief bij het wetsvoorstel heeft de minister bijzondere aandacht gevraagd voor artikel 19a van het wetsvoorstel met de vraag of de in dit artikel vervatte sanctie, namelijk de verplichting voor de burgemeester om winkeliers die binnen een jaar driemaal in strijd hebben gehandeld met het verbod alcoholhoudende drank te verkopen aan personen onder de 16 jaar, een tijdelijk verkoopverbod op te leggen, in het licht van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) een reparatoire sanctie is.

Hierna zal de Raad allereerst op die vraag een antwoord formuleren.

Vervolgens zal hij in het bijzonder ingaan op de toetsing aan het EG-Verdrag, de experimenteerbepaling en de handhaving.

1. Inleiding

2. Verbod alcoholverkoop

a. Probleem, noodzaak en in te zetten instrument

Ingevolge artikel 20, eerste lid, van de Drank- en Horecawet is het een detailhandelaar verboden aan jeugdigen van wie niet is vastgesteld dat zij de leeftijd van 16 jaar hebben bereikt, alcoholhoudende drank te verstrekken. Op grond van het nieuw voorgestelde artikel 19a ontzegt de burgemeester de detailhandelaar die binnen twaalf maanden dit verbod driemaal heeft overtreden, de verkoop van alcoholhoudende drank vanuit die locatie. De ontzegging dient te worden opgelegd voor een periode van minimaal één week tot maximaal 12 weken.

De sanctie in deze vorm is tot stand gekomen na de door de Tweede Kamer aangenomen motie-Bouwmeester om landelijk vast te leggen wanneer een detailhandel moet sluiten met het oogmerk om lokale verschillen in beleid te voorkomen.²

Het Coalitieakkoord beoogt in het kader van preventie de handhaving van de leeftijdsgrens bij verkoop van alcohol te verscherpen.³ In aansluiting daarop wordt in de Hoofdlijnenbrief alcoholbeleid voorgesteld in het wetsvoorstel de burgemeester de bevoegdheid te geven om ondernemers van levensmiddelenwinkels, warenhuizen, snackbars, etc. stevig aan te pakken als zij bij herhaling drank verkopen aan jongeren onder de 16 jaar.⁴

De toelichting bij het wetsvoorstel vermeldt niet de aanleiding, maar uit onderzoek blijkt dat leeftijdsgrenzen slecht worden nageleefd. Uit een monitor van Intraval en het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport blijkt dat ruim 85% van de kooppogingen door jongeren onder de 16 jaar slaagt. Bij supermarkten is dit zelfs ruim 91%.⁵

Overtreding van het verbod van artikel 20, eerste lid, kan thans worden gestraft met een bestuurlijke boete, zoals geregeld in het Besluit bestuurlijke boete Drank- en Horecawet.⁶ Indien moet worden vastgesteld dat jongeren onder de 16 jaar de kans krijgen toch alcohol aan te schaffen, ligt in beginsel een striktere handhaving van naleving van het voorschrift voor de hand.

De toelichting merkt op dat de Voedsel en Waren Autoriteit (VWA) een beperkte capaciteit voor het toezicht heeft, hetgeen gevolgen heeft voor de mate waarin op dit moment controle plaatsvindt. Met het overgaan van de toezichthoudende bevoegdheden van de VWA naar de gemeenten, zoals in dit wetsvoorstel voorgesteld, bestaat de verwachting dat hierdoor de naleving van de voorschriften bevordert zal worden.⁷ In dat licht kan de vraag gesteld worden of aan een nieuw instrument nog wel behoefte bestaat.

Verder heeft de minister in zijn brief van 10 november 2008 aan de Tweede Kamer naar aanleiding van de motie-Bouwmeester aangegeven dat het Centraal Bureau Levensmiddelenhandel (CBL) zich zal inzetten voor naleving van de leeftijdsgrenzen.⁸ De supermarktbranche heeft afgesproken om alle

¹ Kamerstukken II 2007/08, 27 565, nr. 35.

² Kamerstukken II 2007/08, 27 565, nr. 43.

³ Kamerstukken II 2006/07, 30 891, nr. 4, blz. 32.

⁴ Kamerstukken II 2007/08, 27 565, nr. 35, blz. 11.

⁵ A. Kruize, B Bieleman – Monitor alcoholverstreking jongeren 2007, bladzijde 3.

⁶ Artikel 3, eerste en tweede lid.

⁷ Hoofdstuk 10 van de memorie van toelichting.

⁸ Kamerstukken II 2008/09, 27 565, nr. 80.

klanten die er jonger uitzien dan 20 jaar, om een legitimatiebewijs te vragen bij de aankoop van alcohol. Deze maatregel is 2 maart 2009 ingevoerd. Het kassapersoneel heeft daartoe een training gekregen. Dit is in overeenstemming met het uitgangspunt dat de verantwoordelijkheid voor wat er gebeurt in supermarkten in beginsel ligt bij de ondernemer. Gelet op het feit dat gemeenten tot een meer intensieve en effectieve handhaving in staat zijn en het feit dat vanuit de branche zelf is overgegaan op een strengere controle, vereist de voorgestelde sanctie een meer dragende motivering, te meer nu de evaluatie van het met ingang van 2 maart 2009 ingezette nieuwe regulerende beleid nog niet heeft plaatsgevonden.¹

b. Verhouding met EVRM

De vraag naar het rechtskarakter van de sanctie (punitief of reparatoir) is, zo stelt de toelichting, niet eenvoudig te beantwoorden, gelet op onder meer de gevarieerde jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).² Alles afwegende komt de regering tot het oordeel dat het tijdelijk verkoopverbod een reparatoire sanctie is in de zin van artikel 6 EVRM, omdat de maatregel niet ten doel heeft de ondernemer leed toe te voegen, hoezeer hij ook commercieel onaangenaam kan worden getroffen. Eerder is sprake van een bestuurlijke ordemaatregel met het doel verdere herhaling te voorkomen en jongeren daadwerkelijk te beschermen tegen de bedoelde verkoop vanwege de daaraan verbonden gezondheidsrisico's. In het navolgende zal de Raad aan de hand van wetgeving, jurisprudentie en toepassing het karakter van de voorgestelde sanctie analyseren zonder per onderdeel al tot een conclusie te komen. Na overweging van alle onderdelen zal de Raad een eindconclusie trekken.

b1. Karakter van de sanctie

Artikel 5.0.2 van het wetsvoorstel Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht omschrijft bestuurlijke sanctie als een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak.³ Het artikel maakt vervolgens onderscheid tussen bestuurlijke herstelsancties (ook wel aangeduid als reparatoire sancties) en bestraffende sancties (ook wel aangeduid als punitieve sancties).

Een bestuurlijke herstelsanctie strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding. Een bestuurlijke sanctie wordt gedefinieerd als een bestraffende sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen. Of een punitieve sanctie een «criminal charge» is in de zin van artikel 6 EVRM, zodat voldaan moet worden aan de daarin geformuleerde waarborgen, wordt bepaald door de uitleg die het EHRM aan dit begrip geeft. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat het begrip «criminal charge» een autonoom begrip is. Volgens de jurisprudentie van het Hof zijn drie criteria leidend.⁴ Deze drie criteria moeten alternatief worden toegepast, hetgeen betekent dat niet aan alle criteria hoeft te worden voldaan.⁵

- de classificatie naar nationaal recht: De sanctie is opgenomen in het hoofdstuk Bijzondere bepalingen van de Drank- en Horecawet, dat betrekking heeft op verboden bij het ter beschikking stellen van alcohol. De plaats waar de sanctie is geregeld lijkt te wijzen op een reparatoire sanctie, maar hieraan kan echter op zich geen doorslaggevende betekenis worden toegekend.
- de aard van de overtreding: Bij dit criterium gaat het vooral om de vraag tot wie de norm die geschonden is, is gericht: tot het publiek in het algemeen of tot een bepaalde beroepsgroep in het kader van de beroepsuitoefening. In het tweede geval gaat het om tuchtrecht en is in beginsel geen sprake van een criminal charge. In artikel 19a van het wetsvoorstel is de norm weliswaar gericht tot een beroepsgroep, te weten de levensmiddelenbranche, maar er is geen sprake van tuchtrecht in de zin van de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004 naar aanleiding van een overtreden verordening. Er kan dan ook geen sprake zijn van een criminal charge.
- de zwaarte en de aard van de sanctie: Voor de zwaarte van de sanctie is de wettelijke maximum straf bepalend, niet de feitelijk opgelegde straf. Uit de

¹ Verwezen zij naar de reactie van het CBL, die ook opmerkt dat uit recent onderzoek van de Universiteit Twente blijkt dat de 16-jaargrens in supermarkten beter wordt nageleefd dan in horeca en sportkantines.

² Toelichting op artikel 19a.

³ Kamerstukken I 2006/07, 29 702, A.

⁴ EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223, (Engel).

⁵ EHRM 24 september 1997, Garyfallou AEBE tegen Griekenland, 93/1996/172/909.

jurisprudentie wordt niet duidelijk hoe zwaar een sanctie moet zijn om reeds daardoor als «criminal charge» te worden aangemerkt. Doorslaggevend is het criterium in ieder geval niet want ook een lichte straf kan een criminal charge zijn. Het verkoopverbod lijkt mede gelet op de gevolgen van de maatregel ingrijpend.

De aard van de sanctie is het belangrijkste criterium. Volgens het Hof is daarvoor bepalend dat de sanctie punitief en afschrikwekkend is. Het EHRM beziet of beoogd wordt de overtreder van de norm te straffen voor zijn daad of leed toe te voegen. De door het Hof gegeven betekenis van die term moet, voor zover dat mogelijk is, worden afgeleid uit een reeks arresten, maar volstrekt helder is het begrip niet.

b2. Jurisprudentie

Uit de jurisprudentie van het EHRM kunnen de volgende lijnen getrokken worden.¹ Er zijn geen voorbeelden voorhanden die precies aansluiten op de sanctie van artikel 19a,² maar de gekozen gevallen kunnen wel enigermate richtinggevend zijn om een oordeel te kunnen vormen.

In het arrest Tre Traktörer maakte het Hof uit dat de intrekking van een drankvergunning voor onbepaalde tijd geen criminal charge was, hoewel de intrekking als een zware maatregel mocht worden beschouwd. Nu de vergunninghouder niet in staat bleek conform de voorschriften drank te verkopen, diende de rechtmatige situatie te worden hersteld door hem de vergunning te ontnemen.³

De intrekking van een rijbewijs voor de tijdsduur van anderhalf jaar beoordeelde het Hof wel als een criminal charge.⁴ Gelet op de tijdsduur was er sprake van een zware sanctie en bovendien vond de intrekking plaats ruim acht maanden na de overtreding. Dan kan het niet uitsluitend gaan om de veiligheid van weggebruikers: die zouden dan immers ruim acht maanden hebben bloot gestaan aan een gevaarlijke weggebruiker. Het ging dus ook om vergelding. Een tijdelijke intrekking van een rijbewijs voor een korte periode wordt niet als criminal charge aangeduid: intrekking vond meteen plaats, waarbij de bescherming van de weggebruiker voorop stond.⁵ Blijkbaar gaat het niet om de tijdelijkheid, maar om hetgeen wordt getracht met de al dan niet tijdelijke intrekking te bereiken.

b3. Toepassing

Toegepast op artikel 19a moet derhalve beoordeeld worden wat met het verkoopverbod wordt beoogd. De toelichting spreekt van het beletten van verder herhaald onrechtmatig gedrag en het niet onnodig blootstellen van jongeren aan gezondheidsrisico's.⁶

Het sluiten van de drankenafdeling van een supermarkt onmiddellijk na een overtreding beoogt herhaling van die overtreding te voorkomen, strekt ertoe dat de winkelier de voorschriften naleeft, en verhindert dat jongeren, althans via die winkelier, de beschikking krijgen over alcohol. Wat de zwaarte van de sanctie betreft, kan worden gesteld dat deze de ondernemer vrij fors kan treffen. Dit klemmt temeer omdat de burgemeester verplicht is deze sanctie, ook waar dit de minimumsanctie van één week betreft, op te leggen.

Wat betreft deze zogenoemde imperatieve sanctie zonder afwijkingsmogelijkheden (waarvoor gekozen is om uitvoering te geven aan de motie-Bouwmeester met het oog op een landelijk uniforme regeling) verwijst de toelichting naar artikel 164 van de Wegenverkeerswet 1994. Het betreft hier de invordering van het rijbewijs bij ernstige overtredingen zoals het dronken rijden en grove snelheidsovertredingen.

In zijn advies vroeg de Raad aandacht voor de vraag waarom de bestuursrechtelijke toetsing zich niet tevens uitstrekt tot de aanwezigheid van persoonlijke omstandigheden of andere bijzondere feiten, die mede kunnen brengen dat de op te leggen sanctie van inhouding van het rijbewijs in het concrete geval niet evenredig is aan de ernst van de gedraging, onder verwijzing naar artikel 6 EVRM.⁷

In antwoord hierop is in de nota van wijziging er op gewezen dat de beoordeling van de evenredigheid van de sanctie op het niveau van de wetgever is gelegd.⁸ De vraag of dit stelsel wel strookt met artikel 6 EVRM werd bevestigend beantwoord.

¹ Het overzicht is ontleend aan F. C. M. A. Michiels en B. W. N. de Waard – Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties, 2007, bladzijden 25 e.v.

² Het betreft een verkoopverbod zonder dat sprake is van vergunningverlening.

³ EHRM 7 juli 1989, nr. 10873/84.

⁴ EHRM 13 december 2005, AB 2006, 285 (Nilsson v. Zweden).

⁵ EHRM 28 oktober 1999, EHRC 1999/6

(Escoubet v. België).

⁶ Toelichting op artikel 19a.

⁷ Kamerstukken II 1995/96, 24 112, D, blz. 1–2 (advies bij de nota naar aanleiding van het verslag waarbij dit artikel (toentertijd artikel 164a) is ingevoegd).

⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24 112, nr. 6, blz. 9–13.

Uit de jurisprudentie van het Europese Hof kan niet worden afgeleid dat het de wetgever verboden zou zijn om in de wet de hoogte van de sancties imperatief vast te stellen zonder nadere beoordelingsvrijheid voor het orgaan dat ze oplegt, aldus het antwoord van de regering. Wel moeten daarvoor gegronde redenen zijn en de wettelijk vastgestelde sancties moeten als evenredig zijn aan te merken ten opzichte van de betrokken overtredingen.¹

b4. Tussenconclusie

Het is de vraag of het voorgestelde verkoopverbod op één lijn gesteld kan worden met artikel 164 van de Wegenverkeerswet 1994. De omstandigheden bij overtreding van het verkoopverbod van alcohol zijn van een andere orde en zwaarte dan bij het rijden onder invloed of te hard rijden. In laatstgenoemde gevallen is de gevaarstelling veel groter. Daarnaast treft de invordering van een rijbewijs primair de bezitter ervan. Een verkoopverbod treft veeleer de supermarkt en vele niet jeugdige klanten.

Nu het bestuursorgaan op grond van de wet in alle gevallen van overtreding de sanctie moet opleggen, moet ook de betreffende wetsbepaling zelf aan het evenredigheids criterium voldoen. Dat betekent dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.² Of ieder verkoopverbod de toets van dit evenredigheidsvereiste zal kunnen doorstaan is op voorhand niet te zeggen, omdat er omstandigheden denkbaar zijn dat een winkelier alles in het werk heeft gesteld om aan de eisen te voldoen.

De Raad merkt op dat het voorstel in deze vorm niet kan worden ontleend aan de daaraan ten grondslag gelegde motivering. Gelet op het vorenstaande verdient het dan ook geen aanbeveling de burgemeester de verplichting op te leggen deze sanctie uit te oefenen, maar de bevoegdheid te verlenen deze sanctie op te leggen.

c. Evenredigheid

Blijkens de toelichting wordt de sanctie op basis van schattingen van omzetsdervingen evenredig geacht.³

Evenwel kan niet ontkend worden dat sluiting van een drankenafdeling van een supermarkt een grotere uitwerking kan hebben op de omzet dan uit de toelichting blijkt en dat de maatregel ook na de periode van maximaal 12 weken nog zal kunnen doorwerken door bijvoorbeeld het wegblijven van klanten. Het moet dan ook niet uitgesloten worden geacht dat supermarkten bij gedwongen sluiting van de drankenafdeling naar de rechter zullen stappen om de geleden schade te verhalen.⁴

Deze mogelijke onevenredigheid klemt temeer nu de burgemeester geen beoordelingsruimte heeft en de sanctie in alle gevallen voor ten minste één week moet opleggen. Het is dan ook twijfelachtig of het inzetten van dit instrument in alle gevallen de toets van de evenredigheid zal kunnen doorstaan, zoals de toelichting lijkt te veronderstellen.

d. Eindconclusie

De Raad is van oordeel dat dit type sanctie op zichzelf van reparatoire aard kan worden geacht, maar dat de zwaarte maakt dat de voorgestelde sanctie een punitief karakter krijgt, waardoor artikel 6 EVRM niettemin van toepassing is. Om die reden verdient een formulering waarin hiermee rekening kan worden gehouden de voorkeur boven een formulering die verplicht tot het uitoefenen van een bevoegdheid. De Raad adviseert de voorgestelde bepaling in het licht van het vorenstaande nader te bezien.

¹ Kamerstukken II 1996/97, 24 112, nr. 9, blz. 6–7. Zie ook Kamerstukken II 1997/98, 24 112, nr. 239c, blz. 3.

² Zie ook de toelichting bij het wetsvoorstel Vierde tranche Awb; Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 128.

³ Artikelsgewijze toelichting.

⁴ Op dit aspect wijst ook het advies van de VNG van 12 november 2008, bladzijde 4.

2. Verbod alcoholverkoop

Ik ben de Raad erkentelijk voor het uitgebreide exposé over de vraag of de in artikel 19a van het wetsvoorstel vervatte sanctie in het licht van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) een reparatoir, dan wel een punitief karakter heeft. Het uitvoerige betoog van de Raad onderstreept dat het antwoord op de hiervoor gestelde vraag niet eenvoudig te geven is. Er blijken geen voor-

beelden voorhanden die precies aansluiten op de sanctie van artikel 19a. Ook min of meer verwante rechtsfiguren, die in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aan de orde zijn gekomen, leveren niet zonder meer de gewenste duidelijkheid op: intrekking van een drankvergunning voor onbepaalde tijd is geen punitieve sanctie, de tijdelijke intrekking van een rijbewijs voor een korte periode evenmin, maar de intrekking van een rijbewijs voor de tijdsduur van anderhalf jaar juist weer wel.

Ook constateert de Raad dat criteria als de aard van de sanctie en de vraag of beoogd wordt de dader leed toe te voegen, ondanks een hele reeks arresten van het EHRM, niet volstrekt helder zijn. Met de Raad ben ik van mening dat het niet gaat om de tijdelijkheid van de sanctie, maar om hetgeen wordt getracht met de al dan niet tijdelijke intrekking te bereiken. Is dat doel leedtoevoeging dan is een sanctie al heel snel punitief van aard, is daarentegen dat doel ergens anders in gelegen – zoals hier: beletten van verder herhaald onrechtmatig gedrag en het niet onnodig blootstellen van jongeren aan gezondheidsrisico's – dan ligt die conclusie niet of beduidend minder voor de hand.

De Raad komt tot de eindconclusie dat dit type sanctie op zichzelf van reparatoire aard kan worden geacht, maar dat de zwaarte maakt dat de voorgestelde sanctie een punitief karakter krijgt, waardoor artikel 6 EVRM niettemin van toepassing is.

De Raad is van mening dat het niet op voorhand te zeggen is dat ieder verkoopverbod de toets van de evenredigheid zal kunnen doorstaan, omdat er omstandigheden denkbaar zijn dat een winkelier alles in het werk heeft gesteld om aan de eisen te voldoen.

De raad betreft bij deze beschouwingen echter niet dat de sanctie pas kan worden opgelegd als de betrokken ondernemer in een jaar tijd driemaal is betrapt op het verkopen van alcoholhoudende drank aan te jeugdige personen. Bij een winkelier of andere niet-vergunningplichtige detailhandelaar die alles in het werk stelt om aan de wettelijke voorschriften te voldoen, zal naar alle waarschijnlijkheid niet binnen een jaar driemaal een overtreding geconstateerd worden van de verkoop van alcohol aan te jeugdige personen.

De Raad noemt in zijn advies de mogelijkheid van het wegblijven van klanten ook na afloop van het tijdelijke verbod op het verkopen van zwak-alcoholhoudende drank. Ik acht de kans daarop gering.

Gezien het bovenstaande onderschrijf ik het oordeel van de Raad voor zover het gaat over de zwaarte van de sanctie. Het oordeel van de Raad over de evenredigheidstoets deel ik in zoverre dat ik het mogelijk acht dat er bijzondere omstandigheden optreden waarmee rekening gehouden moet worden. Daarom ben ik bereid om de Raad tegemoet te komen. Voorgesteld wordt een nieuw lid toe te voegen op grond waarvan de burgemeester van de ontzegging afziet, indien de ondernemer daardoor wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zou worden benadeeld.

3. Toetsing aan EG-Verdrag

Zoals de memorie van toelichting aangeeft, bestaat er geen Europese regelgeving die zich richt op het verstrekken van alcoholhoudende dranken.¹ Dit neemt niet weg dat de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen en diensten op het voorstel van toepassing zijn.

De toetsing aan het EG-Verdrag is van belang bij het voorgestelde artikel 4 dat betrekking heeft op gemeentelijke verordeningen inzake de openingstijden van de betrokken inrichtingen en bij het voorgestelde artikel 25d dat betrekking heeft op het verbieden van prijsacties.

a. Een regeling inzake de beperking van openingstijden valt, sedert de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Keck, niet meer onder de werking van artikel 28 van het EG-Verdrag,² mits de nationale bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten.³

In een gemeentelijke verordening mag dan ook geen onderscheid gemaakt worden tussen de behandeling van Nederlandse marktdeelnemers aan de ene

¹ Hoofdstuk 15, slot.

² Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.

³ Gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Keck en Mithouard, Jurispr. 1991, bladzijde I-6097 en gevoegde zaken C-401/92 en C-402/92, Tankstation 't Heukske, Jurispr. 1994, blz. I-2199.

kant en marktdeelnemers uit andere lidstaten, evenals EER-onderdanen en Zwitsers aan de andere kant. De memorie van toelichting gaat niet op deze rechtspraak in en heeft daarom aanvulling.

b. Zoals de memorie van toelichting aangeeft, vallen prijsacties wel onder het verbod van artikel 28 van het EG-Verdrag, maar zijn zij onder voorwaarden toegestaan.¹ De toelichting wijst op een andere plaats op de bescherming van de volksgezondheid.² Naar het oordeel van de Raad zal echter ook een beroep kunnen worden gedaan op het belang van de openbare orde. Uit de toelichting zal dan ook moeten blijken dat het middel van het tegengaan van prijsacties geschikt en evenredig is om het doel van de bescherming van de volksgezondheid en het belang van de openbare orde te rechtvaardigen. De Raad adviseert in het voorgestelde artikel 25d het oogmerk of de oogmerken te expliciteren en de toelichting aan te vullen.

3. Toetsing aan EG-Verdrag

a. Met de Raad ben ik van oordeel dat in een gemeentelijke verordening uiteraard geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de behandeling van Nederlandse marktdeelnemers aan de ene kant en marktdeelnemers uit andere lidstaten, EER-onderdanen en Zwitsers aan de andere kant. Een passage van die strekking is aan de memorie van toelichting toegevoegd.

b. Overeenkomstig de suggestie van de Raad zijn de oogmerken van het voorgestelde artikel 25d in de bepaling zelf geëxpliciteerd. Bij de hier bedoelde verordening gaat het steeds om de bescherming van de volksgezondheid of het belang van de openbare orde. Dit is ook in de memorie van toelichting nog eens benadrukt.

4. Experimenteerbepaling

Artikel 40a van het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid om een aantal gemeenten in staat te stellen bij wijze van experiment naar boven toe af te wijken van de wettelijke minimumleeftijd van 16 jaar voor het verstrekken van alcohol of het toelaten tot een slijterij. Deze maatregel wordt voorgesteld naar aanleiding van signalen vanuit het lokale bestuur dat er in sommige gemeenten zoveel problemen zijn door het alcoholgebruik van jongeren, dat verhoging van de leeftijdsgrens naar 18 jaar wenselijk wordt geacht.

Mede gelet op de mogelijke strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel moet in beginsel een terughoudend gebruik van een experimentele regeling worden gemaakt en daartoe alleen overgegaan worden indien de verwachting bestaat dat zinvolle experimenten mogelijk zijn. De Raad wijst er op dat experimenten pas zinvol zijn wanneer vooraf duidelijk is wat met de experimenten wordt beoogd en op basis van welke criteria te zijner tijd de effecten zullen worden beoordeeld.

Het vierde lid van artikel 40a biedt wel de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur doelstelling en criteria voor de evaluatie nader te regelen, maar bevat zelf geen aanduiding van het doel en de functie van het experiment.³ Voorts wordt in het tweede lid van artikel 40a artikel 19a van overeenkomstige toepassing verklaard, indien een exploitant in een periode van 12 maanden driemaal de uit de wet voortvloeiende reguliere leeftijdsgrens of de uit een verordening voortvloeiende leeftijdsgrens voor verstrekking of toelating heeft genegeerd.

Artikel 19a heeft betrekking op de verkoop van zwakalcoholhoudende drank door supermarkten. Aangezien artikel 40a, eerste lid, door de verwijzing naar artikel 20, derde lid, ook ziet op de toelating van een jongere onder de 16 jaar tot een slijterij, heeft artikel 40a, tweede lid, tot gevolg dat de sanctie met mogelijkheid van sluiting ook van toepassing zal zijn bij toelating van een jongere tot een slijterij. De sanctie zal derhalve breder kunnen worden ingezet. Uit de toelichting kan niet worden opgemaakt of dit bedoeld is. Indien dit niet het geval is, dient het tweede lid aangepast te worden.⁴ In het andere geval zal de sanctie eveneens getoetst moeten worden aan artikel 6 EVRM.

De Raad adviseert het artikel aan te passen en in de toelichting op het vorenstaande in te gaan.

¹ Hoofdstuk 6.

² Hoofdstuk 18.

³ Zie de aanwijzingen 10A en 10B van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁴ In het tweede lid zullen de woorden «of toelating» dan achterwege moeten blijven.

4. Experimenteerbepaling

De Raad constateert dat het experimenteerartikel geen aanduiding van het doel en de functie van het experiment bevat. Ik ben de Raad erkentelijk voor dit advies, maar ben van oordeel dat het doel en de functie van het experiment voor dit moment voldoende gespecificeerd zijn. Het experimenteerartikel maakt het mogelijk te bezien of een verhoging van de leeftijdsgrens een goed instrument is om alcoholgerelateerde problematiek door jongeren aan te pakken. Ik acht een verdere specificering in dit stadium niet opportuun. Dit experimenteerartikel is immers voortgekomen uit een door de Tweede Kamer aangenomen motie. De verdere invulling van dit experiment zal ik, samen met de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, vormgeven na overleg hierover met de Tweede Kamer en vervolgens vastleggen in een Algemene Maatregel van Bestuur.

De aarzeling van de Raad als zou bij experimentele regelingen mogelijk strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel kunnen ontstaan, deel ik hier niet. Juist het experimenteel karakter kan de objectieve rechtvaardiging zijn voor het tijdelijk maken van onderscheid. Dit is ook hier het geval. De betrouwbare terughoudendheid en de nodige legislatieve waarborgen – ik wijs bijvoorbeeld op het tijdelijke karakter van de experimentele regelingen en de parlementaire betrokkenheid bij het opstellen van de algemene maatregel van bestuur in de vorm van de voorhang op grond van het voorgestelde artikel 40a, zevende lid, van de wet – geven mij de overtuiging dat hier op een correcte wijze uitvoering wordt gegeven aan de wens op lokaal niveau te experimenteren met verstrekkingsleeftijden voor jongeren.

De tweede opmerking van de Raad heeft betrekking op de van overeenkomstige toepassingverklaring in het tweede lid van artikel 40a van artikel 19a. Dit zou volgens de Raad onbedoeld tot effect kunnen hebben dat de mogelijkheid van sluiting ook van toepassing zal zijn bij toelating van een jongere tot een slijterij. Dit vermeende effect berust naar mijn oordeel op een verkeerde lezing van artikel 40a, tweede lid. De bepaling spreekt expliciet over een exploitant als bedoeld in dat artikel (i.e. artikel 19a) en dat kan geen slijter zijn, maar uitsluitend een ondernemer als bedoeld in artikel 18, tweede lid, of degene die vanuit een niet voor het publiek toegankelijke besloten ruimte gelegenheid biedt tot het doen van bestellingen (artikel 19, tweede lid, onder a). De beperking tot deze type van ondernemers is ook logisch in de context van het wetsvoorstel. De mogelijkheid tot het opleggen van een tijdelijk verbod voor het verkopen van zwak-alcoholhoudende drank wordt namelijk uitsluitend geïntroduceerd ten aanzien van typen van ondernemingen waarvoor op grond van de Drank- en Horecawet geen vergunningplicht geldt. In de memorie van toelichting is dit nog eens benadrukt.

5. Handhaving

De toelichting besteedt geen aandacht aan de handhaving, zodat niet duidelijk wordt of de met het wetsvoorstel beoogde doelstellingen zullen worden bereikt.

a. Zo kunnen allereerst vragen gesteld worden bij de werking in de praktijk van het imperatief geformuleerde artikel 19a. De burgemeester heeft immers bij het opleggen van het voorgestelde verkoopverbod geen beoordelingsruimte¹ en kan dan ook geen rekening houden met mogelijk bijzondere omstandigheden die naar zijn oordeel een andere afweging wenselijk maken. Een effectieve aanpak van het probleem om het schadelijk alcoholgebruik onder jongeren tegen te gaan vereist de inzet van een breed scala aan middelen, waarvan naar verwachting tevens een preventieve werking zal uitgaan. In dat licht bezien kan er reden zijn ook de jongere zelf aan te pakken. De toelichting wijst erop dat er niet voor gekozen is de jongeren onder de 16 of 18 jaar die alcohol kopen, strafbaar te stellen, omdat dit kan leiden tot complicaties bij het rond krijgen van het bewijs.² In die gevallen dat in redelijkheid van de verkoper niet geëist kan worden dat het voorkomen van overtreding van het alcoholverkoopverbod tot diens verantwoordelijkheid behoort, ontbreekt een instrument om het schadelijk alcoholgebruik tegen te gaan. In die omstandigheden zou met het opleggen van een bestuurlijke boete

¹ Hierop is reeds in het voorgaande ingegaan.

² Hoofdstuk 9 van de toelichting.

aan de jongere onder de 16 jaar voorzien kunnen worden in een doeltreffende handhaving.¹

b. Eenzelfde probleem lijkt zich voor te doen in de gevallen waarop artikel 45 van het wetsvoorstel betrekking heeft. Ingevolge dit artikel is het een jongere onder de 16 jaar verboden op de openbare weg alcoholhoudende drank aanwezig te hebben of voor consumptie gereed te hebben. Met deze bepaling wordt echter niet voorkomen dat jongeren zich na alcoholgebruik op de openbare weg begeven. De VNG wijst er in haar advies op dat door het gebruik van alcohol ten huize van anderen, zoals vrienden, de verantwoordelijkheid voor alcoholgebruik niet zonder meer alleen gelegd kan worden bij ouders of de ondernemer.² De omvang van de problematiek rechtvaardigt de inzet van een aanvullend instrument in de vorm van strafbaarstelling dan wel invoering van een bestuurlijke boete, juist ook omdat niet in alle omstandigheden sprake is van dronkenschap op de openbare weg als bedoeld in artikel 453 van het Wetboek van Strafrecht. Bedoelde jongeren kunnen in verband daarmee immers in omstandigheden raken dan wel deze veroorzaken, die zowel voor hen als hun omgeving niet wenselijk zijn. Daarbij valt te denken aan bijvoorbeeld vernielingen, overlast, geweld en verkeersonveiligheid.³ Uit de toelichting blijkt dat de bezwaren van de VNG niet hebben geleid tot wijzigingen, maar een motivering daarvoor ontbreekt.⁴ De Raad adviseert in de toelichting in te gaan op de handhaving van de wet, dragend te motiveren dat met de inzet van de voorgestelde middelen de boogde doelstellingen zullen worden gehaald en zo nodig het wetsvoorstel aan te vullen.

5. Handhaving

a. Met de Raad ben ik van oordeel dat een effectieve aanpak van het schadelijk alcoholgebruik vereist dat jongeren zelf ook aangepakt moeten worden. De Raad constateert dat gezien het feit dat er niet voor gekozen wordt om het kopen van alcohol strafbaar te stellen, een instrument ontbreekt om schadelijk alcoholgebruik tegen te gaan. De regering is echter van mening dat zij met het strafbaar stellen van het aanwezig hebben van alcoholhoudende drank op de openbare weg voor jongeren onder de 16 jaar wel degelijk een instrument introduceert om alcoholgerelateerde problematiek bij deze groep aan te pakken. Op grond van deze bepaling kan immers tegen een te jonge koper opgetreden worden, die zich na het verlaten van de winkel met de pas gekochte alcoholhoudende drank op de openbare weg begeeft.

b. In de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel wordt uitgebreid ingegaan op de redenen waarom gekozen is voor het strafbaar stellen van het «aanwezig hebben» van alcoholhoudende drank voor jongeren onder de 16 jaar en niet voor het strafbaar stellen van koop of gebruik. De voornaamste redenen om het «gebruikt hebben» van alcohol in deze wet niet strafbaar te stellen is dat strafbaarstelling van gebruik de drempel naar de hulpverlening zou kunnen verhogen. Overeenkomstig het advies van de Raad is de motivering in de memorie van toelichting aangevuld en wordt toegelicht dat met de huidige voorgestelde middelen de beoogde doelstellingen zullen worden gehaald.

6. Taxfree shops

In artikel 1, derde lid, wordt voorgesteld een nieuwe uitzondering op te nemen voor de taxfree shops van de luchthavens met verkeer buiten de Europese Unie. Deze uitzondering vloeit voort uit kamervragen, aldus de toelichting.⁵ Uit de beantwoording van deze kamervragen blijkt dat in het kader van de komende wijziging van de Drank- en Horecawet gezien zal worden of er voldoende argumenten zijn om een uitzondering voor taxfree shops op Nederlandse luchthavens te rechtvaardigen. In de toelichting bij dit wetsvoorstel ontbreekt evenwel een dragende motivering om ook voor deze categorie de wet grotendeels buiten toepassing te laten.

De Raad adviseert hierin te voorzien.

¹ De Raad verwijst voor een overeenkomstig geval naar artikel 2, derde lid, juncto artikel 26, tweede lid, van de Leerplichtwet 1969.

² Advies van 12 november 2008, bladzijde 5.

³ Verwezen zij naar de brief van de VNG van 1 april 2009 aan de vaste commissies voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport en BZK en de algemene commissie voor Jeugd en Gezin van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, waarin ook melding wordt gemaakt van blaas-tests in de regio Eindhoven.

⁴ Hoofdstuk 13.

⁵ Aanhangsel Handelingen II 2003/04, nr. 2316 en 2004/05, nr. 364.

6. Taxfree shops

Overeenkomstig het advies van de Raad is de memorie van toelichting op het punt van de taxfree shops aangevuld met een passage die deze uitzondering nader motiveert.

7. Leidinggevenden

Leidinggevenden dienen te beschikken over voldoende kennis en inzicht met betrekking tot sociale hygiëne. Ingevolge het voorgestelde vierde lid van artikel 8 geldt deze eis niet voor leidinggevenden die geen bemoeienis hebben met de bedrijfsvoering of de exploitatie van het horecabedrijf.

Blijkens de toelichting gaat het hier om een oplossing voor een knelpunt dat het bedrijfsleven heeft gesignaleerd, in gevallen dat leidinggevenden permanent in het buitenland verblijven of omdat er sprake is van een ernstige lichamelijke of geestelijke beperking.¹

In haar advies wijst de VNG erop dat laatstgenoemde reden om geen bemoeienis met de bedrijfsvoering te hebben aanleiding kan geven tot misbruik. Verder biedt de definitie van leidinggevende in artikel 1 de mogelijkheid gebruik te maken van een gevolmachtigde.²

Voorts is het vierde lid geformuleerd als een algemene regel die voor deze leidinggevenden niet geldt. De toelichting vermeldt dat het om zeer uitzonderlijke gevallen gaat, volgens schattingen 30 tot 40 gevallen voor de gehele sector. Hiervan uitgaande is de keuze voor het verlenen van een ontheffing een juister instrument, nu het een uitzondering betreft op een wettelijk gebod in een individueel geval.³ Deze ontheffing kan worden verbonden aan de vergunning, bedoeld in artikel 3.

De Raad adviseert het artikel aan te passen.

7. Leidinggevenden

In het wetsvoorstel is opgenomen dat bepaalde leidinggevenden in specifieke gevallen niet hoeven te beschikken over voldoende kennis en inzicht met betrekking tot sociale hygiëne. Hiertoe is een algemene regel geformuleerd waarbij is bepaald dat hiervan een aantekening wordt gemaakt op een aanhangsel bij de vergunning. De Raad van State adviseert voor deze gevallen te kiezen voor het instrument van de ontheffing. De regering is van mening dat de keuze voor dit instrument geen recht doet aan het uitgangspunt dat de administratieve lasten voor de ondernemer zoveel mogelijk moeten worden teruggedrongen. Het advies van de Raad wordt op dit punt dan ook niet overgenomen.

Aan de redactionele kanttekeningen is aandacht geschonken. Alle suggesties zijn verwerkt, met uitzondering van de suggestie om alle passages omtrent het EG-Verdrag samen te voegen. Dit zou de leesbaarheid van de memorie van toelichting niet ten goede komen.

Los van het advies van de Raad is nog een kleine wijziging aangebracht in artikel 44a, waarmee voorkomen wordt dat een tijdelijk verbod op de verkoop van zwak-alcoholhoudende dranken op grond van artikel 19a kan cumuleren met een bestuurlijke boete.

8. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

¹ Hoofdstuk 3 van de toelichting.

² Bladzijde 2.

³ Aanwijzing 125 van de aanwijzingen voor de regelgeving.

Ik moge U, mede namens de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de minister voor Jeugd en Gezin, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
A. Klink

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W13.09.0098/I met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

- De memorie van toelichting voorzien van een inhoudsopgave.
- Aanwijzing 219 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) in acht nemen.
- In artikel 4, eerste, derde en vierde lid, «voorschriften of beperkingen» dan wel «voorschriften en beperkingen» wijzigen in «regels» (aanwijzingen 127 en 128 Ar).
- In artikel 25b, tweede lid, onder b, aanwijzing 53 Ar in acht nemen.
- In artikel 31 eerste lid, onderdeel d, «de artikel 30 en 30a, eerste lid, bedoelde gevallen» wijzigen in: de in de artikelen 30 en 30a, eerste lid, bedoelde gevallen.
- Artikel 43 aanpassen in verband met het door de gemeente uit te voeren toezicht, zoals bedoeld in artikel 41, eerste lid, onderdeel b, van het wetsvoorstel.
- In artikel 44a, eerste lid, na «22» invoegen «,eerste en tweede lid,» en na «40a» invoegen «, eerste en derde lid,».
- In artikel 44aa, eerste lid, ook verwijzen naar artikel 25, derde lid, om te voorzien in handhaving door de minister.
- In artikel II de verwijzing naar «artikel 20, eerste tot en met zevende lid» wijzigen in «artikel 20» en voorts na «artikel 40a» invoegen «, eerste en derde lid,».
- De verspreid in de toelichting opgenomen passages die betrekking hebben op het EG-Verdrag samenvoegen in één afzonderlijk hoofdstuk.