



Universiteit
Leiden
The Netherlands

CBb 25 januari 2022, AB 2023/25, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik

Barkhuysen, T.; Emmerik, M.L. van

Citation

Barkhuysen, T., & Emmerik, M. L. van. (2023). CBb 25 januari 2022, AB 2023/25, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. *Ab Rechtspraak Bestuursrecht*, 2023(4), 170-175. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3673935>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3673935>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

conclusie 'staatssteun, maar verenigbaar met de interne markt.' Je kunt dan aanvullend wel aan de *Altmark*-criteria gaan toetsen (om tot de conclusie 'geen staatssteun' te komen) en/of aan de *SNCM*-criteria (om tot dezelfde conclusie als onder de PSO-Verordening te komen), maar dat dient geen enkel redelijk doel. Doorstaat een compensatie de toets aan de PSO-Verordening, dan is er geen probleem en is de kous daarmee af.

11. In het geval van het Subsidiebesluit is er inderdaad geen probleem, want de verleende subsidie doorstaat de toets aan het regime van de PSO-Verordening. NS had als bijlage bij haar subsidieaanvraag een businesscase aangehecht om de geschatte kosten en opbrengsten van de exploitatie van de Nightjet in kaart te brengen. De Staatssecretaris had een onafhankelijke deskundige ingeschakeld om de businesscase van NS te onderzoeken. De conclusie van dat onderzoek was dat de verleende subsidie niet hoger was dan het netto financieel effect. Uit de uitspraak blijkt dat twee versies van het onderzoeksrapport bestaan: een publieke en een bedrijfsvertrouwelijke. Wij begrijpen uit de uitspraak dat de publieke versie kosten en opbrengsten in kaart bracht op het niveau van de volledige route, inclusief het deel dat NS op het Duitse grondgebied voor ÖBB rijdt. De als bedrijfsvertrouwelijk aangemerkte versie van het rapport maakte wel onderscheid in de kosten en opbrengsten per trajectdeel. Het CBb legde deze bedrijfsvertrouwelijke versie, die met toepassing van artikel 8:29 Awb aan het CBb was verstrekt en waarop de raadsheer-commissaris beperkte geheimhouding gerechtvaardigd achtte (ECLI:NL:CBB:2022:36), langs de kosten en opbrengsten zoals opgegeven in de businesscase en kwam tot de conclusie die de onafhankelijke deskundige ook al had getrokken: de aan NS verleende compensatie was in overeenstemming met de PSO-Verordening.

12. Het CBb wijst tegen het einde van zijn uitspraak nog op een interessant veiligheidsmechanisme dat in het Nederlandse subsidierecht is ingebouwd om overcompensatie te voorkomen. Op het moment van subsidieverlening staan de daadwerkelijk met de uitvoering van een openbare dienstverplichting gepaard gaande kosten en opbrengsten nog niet vast. Die moeten worden geschat. Die (noodzaak tot) schatting brengt uiteraard een risico op overcompensatie met zich. Indien – bijvoorbeeld – de reizigersinkomsten van de Nightjet op het Nederlandse grondgebied veel hoger blijken te zijn dan begroot ten tijde van de subsidieverlening, dan is het mogelijk dat de op basis van die begroting berekende compensatie het netto financieel effect overschrijdt. In dit kader is het mooi dat het Nederlandse subsidierecht een onderscheid kent tussen de subsidieverle-

ningsbeschikking (artikel 4:29 Awb) en de beschikking tot vaststelling van de subsidie (artikel 4:42 Awb). Met de eerste beschikking ontstaat slechts een voorwaardelijke aanspraak op financiële middelen. Pas door middel van de tweede beschikking ontstaat een onvoorwaardelijke aanspraak en wordt het bestuursorgaan definitief tot betaling van het vastgestelde subsidiebedrag verplicht. Ten tijde van de vaststellingsbeschikking zullen de daadwerkelijke kosten en opbrengsten van een gesubsidieerde openbare dienstverplichting bekend zijn en kan worden verzekerd dat overcompensatie wordt voorkomen. Die systematiek biedt uiteraard geen vrijbrief om 'blanco cheques' te verlenen, al is het maar omdat artikel 4:31 Awb reeds vereist dat de subsidieverleningsbeschikking melding moet maken van hetzij het subsidiebedrag, hetzij de wijze waarop dit bedrag wordt bepaald. Bovendien bepaalt artikel 4 lid 1 onder b) PSO-Verordening dat in openbare dienstcontracten vooraf op objectieve en transparante wijze wordt vastgesteld op basis van welke parameters eventuele compensaties moeten worden berekend. Volgens ons betekent dit dat van tevoren weliswaar goed moet worden nagedacht over een objectieve en transparante compensatiemethodiek, maar dat (feitelijke) aannames waarop de compensatie is gebaseerd niet al te indringend behoeven te worden getoetst. Blijkt de feitelijke werkelijkheid achteraf niet overeen te stemmen met de feitelijke aannames die aan de subsidieverlening ten grondslag hebben gelegen, dan biedt ons subsidierecht daarvoor een mooi correctiemechanisme.

J.R. van Angeren en L. Westendorp

AB 2023/25

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

25 januari 2022, nr. 20/717

(Mrs. B. Bastein, J.L. Verbeek, M. Schoneveld)

m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik

Art. 6 EVRM

NJB 2022/424

ECLI:NL:CBB:2022:42

Schending rechten verdediging tabaksverkooper door toezichthouder. Artikel 6 lid 3 EVRM geschonden. Twee maanden tussen de vastgestelde overtreding en de toezending van het relaas is te lang. Zo kan iemand niet een concreet inhoudelijk verweer voeren.

Het College stelt vast dat volgens het rapport van bevindingen van 9 november 2018 de twee (assistent) inspecteurs op 8 september 2018 zouden hebben geconstateerd dat verweerster artikel 8, eerste lid, van de Tbr heeft overtreden. Het rapport van bevindingen, dat ten grondslag ligt aan de boeteoplegging, is op 16 november 2018 aan verweerster toegezonden. Anders dan de staatssecretaris betoogt, kan uit het afschrift van de registratie van het contactmoment uit het inspectieregistratiesysteem van de NVWA van 19 september 2018 niet worden afgeleid dat verweerster vanaf dat moment op de hoogte was van de voorgenomen boete. Het College acht daarvoor van belang dat het gesprek niet heeft plaatsgevonden met verweerster, maar met haar echtgenoot, terwijl in het handelsregister van de Kamer van Koophandel verweerster staat ingeschreven als eigenaar van de eenmanszaak en niet (ook) haar echtgenoot. Dat het cafetaria dezelfde naam heeft als de echtgenoot van verweerster en dat zijn e-mailadres in het handelsregister is vermeld, maakt niet dat de staatssecretaris kon volstaan met een terugkoppeling aan de echtgenoot van verweerster. Ook blijkt uit het afschrift niet wat is besproken, nu daarin enkel is opgenomen dat er met de echtgenoot van verweerster is gesproken, dat hij het vervelend vond en het rapport afwacht.

Verder is niet duidelijk wie de afmelding heeft gedaan en dus ook niet of diegene op de hoogte was van de aard van de geconstateerde overtreding of uitsluitend de administratieve afmelding deed. Dat, zoals de staatssecretaris betoogt, het 'afmelden van een maatregel' een vast onderdeel is van de werkwijze bij dit soort inspecties en bij een dergelijke afmelding met de betrokkene wordt besproken wanneer de inspectie heeft plaatsgevonden, wat de bevindingen waren, dat naar aanleiding van de overtreding een rapport van bevindingen wordt opgemaakt en wat het vervolg van de procedure is, blijkt niet uit het overgelegde afschrift. Dit betekent dat verweerster voor het eerst op 16 november 2018 door toezending van het rapport van bevindingen op de hoogte is gesteld van de toedracht van de overtreding.

Het College oordeelt het tijdsverloop van ruim twee maanden tussen de gestelde overtreding en de toezending van het relaas te lang om verweerster in staat te stellen om een concreet op de zaak toegespitst inhoudelijk verweer te voeren. Hiermee is verweerster in haar in artikel 6, derde lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden neergelegde verdedigingsrechten geschaad. De rechtbank is terecht tot het oordeel gekomen dat om deze reden de boete geen stand kan houden.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 25 januari 2022 op het hoger beroep van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, appellant (de staatssecretaris), (mr. M.A.D. Klein-Pietersen), tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 29 juni 2020, kenmerk ROT 19/5320, in het geding tussen:

Naam 1, verweerster, (gemachtigde: mr. M.M.H. van Kuijk),
en
Appellant.

Procesverloop in hoger beroep

De staatssecretaris heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 29 juni 2020 (ECLI:NL:RBROT:2020:5634).

Verweerster heeft een reactie op het hogerberoepschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 30 september 2021. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Namens verweerster was ook naam 2 aanwezig.

Grondslag van het geschil

1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2 Verweerster exploiteert de eenmanszaak naam 3 te plaats. Op 8 september 2018 is deze zaak door twee (assistent) inspecteurs van de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) geïnspecteerd. De bevindingen van de inspecteurs zijn neergelegd in het rapport van bevindingen van 9 november 2018, met als bijlage het relaas van bevindingen van 2 november 2018.

1.3 Op 19 september 2018 heeft een medewerker van de NVWA telefonisch contact gehad met de echtgenoot van verweerster. Bij brief van 16 november 2018 is verweerster op de hoogte gebracht van het voornemen van de staatssecretaris om op grond van de tijdens de inspectie gedane bevindingen een boete op te leggen en heeft de staatssecretaris verweerster in de gelegenheid gesteld om binnen twee weken een zienswijze op het voornemen in te dienen. Verweerster heeft op 29 november 2018 haar zienswijze ingediend.

1.4 Op basis van de bevindingen van de inspectie heeft de staatssecretaris verweerster bij besluit van 29 mei 2019 een boete opgelegd van € 1.360 wegens overtreding van artikel 8, eerste lid, van de Tabaks- en rookwarenwet (Tbr).

1.5 Bij besluit van 1 oktober 2019, waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft de staatssecretaris het bezwaar van verweerster ongegrond verklaard. Het besluit berust op het standpunt van de staatssecretaris dat is waargenomen dat er in de zaak van verweerster bedrijfsmatig of anders dan om niet een tabaksproduct is verkocht aan een persoon van wie niet is vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt en dat daarmee is gehandeld in strijd met artikel 8, eerste lid, van de Tbr.

Uitspraak van de rechtbank

2.1 De rechtbank heeft het beroep van verweerder tegen het bestreden besluit gegrond verklaard, het bestreden besluit vernietigd en het primaire besluit herroepen, onder bepaling dat de uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit en dat de staatssecretaris de proceskosten en het griffierecht aan verweerster vergoedt. De rechtbank heeft, voor zover voor het hoger beroep van belang, het volgende overwogen, waarbij voor eiseres verweerster moet worden gelezen en voor verweerder de staatssecretaris:

“3.3. De rechtbank stelt vast dat eiseres niet direct is geconfronteerd met de bevindingen van de (assistent) inspecteurs. Omdat de toezichthouders in het kader van hun nalevingsonderzoek kennis dienen te vergaren van alle relevante feiten en omstandigheden, met inbegrip van feiten en omstandigheden die ontlastend kunnen zijn, lag het in de rede dat de toezichthouders eiseres direct van hun bevindingen op de hoogte hadden gesteld, teneinde haar in de gelegenheid te stellen om een verklaring af te leggen waarom is nagelaten een legitimatiedocument te vragen. Dat geldt te meer omdat het criterium ‘onmiskenbaar de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt’ de verkoper van tabaksproducten er onvermijdelijk toe dwingt een inschatting van iemands leeftijd op basis van uiterlijke kenmerken te maken, welke inschatting voor discussie vatbaar kan zijn. Bovendien is niet uit te sluiten dat de leeftijd van een koper al eerder gecontroleerd is en dat daarom niet opnieuw om een legitimatiedocument wordt gevraagd (zie bijvoorbeeld de uitspraak van deze rechtbank van 29 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6833). De toezichthouders hadden de verkoper dan ook direct moeten vragen waarom geen legitimatiedocument is gevraagd. In dit geval is dit niet gebeurd, maar is eerst elf dagen later telefonisch contact opgenomen met de echtgenoot van eiseres, van wie niet is komen vast te staan dat hij bij de gewraakte verkoop van tabaksproducten aanwezig was. Daarbij komt

nog dat van dat gesprek geen proces-verbaal of gespreksverslag is opgemaakt, zodat onduidelijk is of hem enkel een boete is aangezegd of dat hij daarbij ook is geconfronteerd met de relevante feiten en omstandigheden omtrent de overtreding. Daarmee verschilt deze zaak wezenlijk van de door verweerder in het bestreden besluit aangehaalde uitspraak van het CBb van 10 april 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:125), die op een andersoortige overtreding betrekking had en in welk geval uit een proces-verbaal wel bleek dat een dag na de inspectie mededeling van de overtreding en de relevante feiten was gedaan. Dat laatste is hier niet het geval. Hierdoor is, zoals deze rechtbank eerder in een vergelijkbare zaak heeft overwogen (zie de uitspraak van 24 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1413), niet alleen op onjuiste wijze toepassing gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor, maar dient het onderzoek naar overtreding van artikel 8, eerste lid, van de Tbr, als onvolledig en ondeugdelijk te worden aangemerkt.

Nu eiseres eerst op 16 november 2018 door toezending van het relaas en het rapport op de hoogte is gesteld van de toedracht van de overtreding, stelt zij zich daarnaast terecht op het standpunt dat haar in deze omstandigheden de mogelijkheid tot het voeren van een inhoudelijk verweer vrijwel geheel is ontnomen. Nu niet is gebleken dat eiseres eerder dan 16 november 2018 op de hoogte is gebracht van de relevante feiten omtrent de overtreding, acht de rechtbank het tijdsverloop van ruim twee maanden tussen de gestelde overtreding en de toezending van het relaas te lang om eiseres in staat te stellen om een concreet op de zaak toegespitst inhoudelijk verweer te voeren.

4. Gelet op het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat het rapport niet is gebaseerd op een volledig en deugdelijk onderzoek van alle relevante feiten en omstandigheden. Daarmee is eiseres in haar in artikel 6, derde lid, aanhef en onder d, van het EVRM neergelegde verdedigingsrechten geschaad. De boete kan om die reden geen standhouden. Het beroep is reeds hierom gegrond. Wat eiseres verder nog heeft aangevoerd behoeft geen bespreking.”

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3.1.1 De staatssecretaris stelt zich in hoger beroep op het standpunt dat de rechtbank het beroep van verweerster ten onrechte gegrond heeft verklaard. Hij kan zich niet vinden in het oordeel van de rechtbank dat het boeterapport niet is gebaseerd op een volledig en deugdelijk onderzoek van alle

relevante feiten en omstandigheden, omdat verweerster tijdens de inspectie niet direct van de bevindingen op de hoogte is gesteld en niet in de gelegenheid is gesteld een verklaring af te leggen waarom geen legitimatiedocument is gevraagd. De redenen die de rechtbank geeft voor de mogelijkheid tot het afleggen van zo'n verklaring zijn niet relevant. Dat de leeftijdsinschatting van de verkoper van tabaksproducten voor discussie vatbaar kan zijn, is waar, maar in een dergelijk geval dient op grond van artikel 8 van de Tbr nu juist om een legitimatiedocument te worden gevraagd. De mogelijkheid dat de leeftijd van een koper al eerder is gecontroleerd en daarom niet nogmaals om een legitimatiedocument is gevraagd, is in dit geval niet aan de orde, omdat tijdens de inspectie is gebleken dat de leeftijd van de koper onder de achttien jaar ligt (vijftien jaar) en daarom onmogelijk eerder op een juiste wijze kan zijn vastgesteld dat hij de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt. Het is mogelijk dat een eerdere vaststelling van de leeftijd van de koper verweerster niet kan worden verweten, bijvoorbeeld in het geval van een vals legitimatiedocument, maar dan dient verweerster een dergelijk verweer te voeren. Het oordeel van de rechtbank dat de toezichthouders direct hadden moeten vragen waarom geen legitimatiedocument is gevraagd, is bovendien niet verenigbaar met vaste jurisprudentie van het College en de rechtbank dat anonieme inspecties zijn toegestaan. In andere zaken met een gelijke inspectiewerkwijze, waarin de verkoper tijdens de inspectie evenmin is gevraagd naar een verklaring, is ook niet geoordeeld dat het onderzoek onvolledig en ondeugdelijk was (zie de uitspraken van de rechtbank van 15 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:282, en 27 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9930). In het hoger beroep tegen voornoemde uitspraak van 27 december 2016 heeft het College evenmin geoordeeld dat sprake was van ontoereikend onderzoek (zie de uitspraak van 29 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:165).

3.1.2 Verder stelt de staatssecretaris zich op het standpunt dat het oordeel van de rechtbank dat verweerster vrijwel geheel de mogelijkheid is ontnomen om verweer te voeren geen stand kan houden. De telefonische terugkoppeling van 19 september 2018 aan (de echtgenoot van) verweerster wordt hierbij door de rechtbank ten onrechte buiten beschouwing gelaten, omdat onduidelijk zou zijn of de echtgenoot van verweerster tijdens het telefoongesprek is geconfronteerd met de relevante feiten en omstandigheden omtrent de overtreding. Dit blijkt uit het door de staatssecretaris in beroep overgelegde afschrift van de registratie van het contactmoment uit het inspectie-registratiesysteem van de NVWA. Het onderwerp van het contactmoment is 'Afmelden maatregel' en dit is een vast onderdeel van de werkwijze bij

dit soort inspecties door de toezichthouder, die na een inspectie contact opneemt met de betrokkene om de inspectie toe te lichten. In een geval als het onderhavige wordt bij een afmelding standdaard met de betrokkene besproken wanneer de inspectie heeft plaatsgevonden, wat de bevindingen waren, dat naar aanleiding van de overtreding een rapport van bevindingen wordt opgemaakt en wat het vervolg van de procedure is. Dat in dit geval aan de echtgenoot van verweerster ook daadwerkelijk de bevindingen en de procedure zijn toegelicht, blijkt uit de reactie van de echtgenoot van verweerster, dat hij het vervelend vond en het rapport zou afwachten. Gelet hierop was verweerster op 19 september 2018 — elf dagen na de inspectie — bekend met de relevante feiten en omstandigheden omtrent de overtreding en is inhoudelijk verweer voeren haar niet onmogelijk gemaakt. Dat met de echtgenoot van verweerster is gesproken doet hier niet aan af, omdat de echtgenoot feitelijk mede-eigenaar van de onderneming is. Uit de website van de onderneming van verweerster blijkt dat verweerster en haar echtgenoot samen de zaak drijven. Bovendien draagt de onderneming de voornaam van de echtgenoot van verweerster. Ook blijkt uit het uittreksel uit het handelsregister dat het e-mailadres van de onderneming het e-mailadres is van de echtgenoot. Dat de eenmanszaak is ingeschreven op naam van verweerster lijkt dan ook slechts een formaliteit.

3.2 Verweerster stelt zich in hoger beroep op het standpunt dat het oordeel van de rechtbank terecht is. Daartoe acht zij van belang dat zij pas ruim twee maanden na de inspectie schriftelijk is geïnformeerd over de op die dag vermeende geconstateerde overtreding en dat het menselijk geheugen niet zo goed is dat een mens zich gebeurtenissen van twee maanden geleden nog (precies) weet te herinneren. Gemiddeld komen er 50 tot 75 personen in de zaak van verweerster, zodat zij zich twee maanden na de inspectie niet kan herinneren welke klant het betrof en hoe deze eruit zag. Ze kan zich dus ook niet meer herinneren of de klant uiterlijke kenmerken had waaruit blijkt dat deze wel of niet onmiskenbaar de leeftijd van achttien jaar had bereikt. Daar gaat het in deze zaak om en verweerster is daarom in haar verdediging geschaad. Verweerster is niet direct of onverwijld na de inspectie geïnformeerd over de geconstateerde overtreding. Haar echtgenoot staat in geen enkele zakelijke rechtsbetrekking met of tot verweerster en dat hij op 19 september 2018 telefonisch contact heeft gehad met een medewerker van de NVWA kan in het kader van hoor en wederhoor dan ook niet dienen als onderbouwing dat verweerster tijdig is geïnformeerd over de geconstateerde overtreding. Daar-

naast merkt verweerster op dat anonieme inspecties kunnen worden uitgevoerd als de betrokkene tijdig na constatering van een vermeende overtreding maar wordt geconfronteerd met de vermeende geconstateerde feiten, zodat die hier (tijdig) op kan reageren. Het contactmoment dient ook op de juiste wijze worden vastgelegd of gerapporteerd. Hiervan is in dit geval ook geen sprake. Uit de door de staatssecretaris in beroep overgelegde uitdraai van het contactmoment blijkt niets: niet dat het een uitdraai is uit het inspectieregistratiesysteem van de NVWA en niet hetgeen dat aan de echtgenoot is medege-deeld over de vermeende overtreding. Dat het zou gaan om een standaardwerkwijze is bovendien niet aangetoond en zou bovendien geen juiste manier van registratie zijn waar verweerster de dupe van kan worden. Tot slot voert verweerster aan dat zij een eenmanszaak heeft en dat zij de enige eigenaar is. Dat haar echtgenoot op de website vermeld staat en zijn e-mailadres in het handelsregister staat, doet daar niet aan af. Verweerster was bereikbaar op het telefoonnummer en e-mailadres van de zaak.

4.3 Het College stelt vast dat volgens het rapport van bevindingen van 9 november 2018 de twee (assistent) inspecteurs op 8 september 2018 zouden hebben geconstateerd dat verweerster artikel 8, eerste lid, van de Tbr heeft overtreden. Het rapport van bevindingen, dat ten grondslag ligt aan de boeteoplegging, is op 16 november 2018 aan verweerster toegezonden. Anders dan de staatssecretaris betoogt, kan uit het afschrift van de registratie van het contactmoment uit het inspectieregistratiesysteem van de NVWA van 19 september 2018 niet worden afgeleid dat verweerster vanaf dat moment op de hoogte was van de voorgenomen boete. Het College acht daarvoor van belang dat het gesprek niet heeft plaatsgevonden met verweerster, maar met haar echtgenoot, terwijl in het handelsregister van de Kamer van Koophandel verweerster staat ingeschreven als eigenaar van de eenmanszaak en niet (ook) haar echtgenoot. Dat het cafetaria dezelfde naam heeft als de echtgenoot van verweerster en dat zijn e-mailadres in het handelsregister is vermeld, maakt niet dat de staatssecretaris kon volstaan met een terugkoppeling aan de echtgenoot van verweerster. Ook blijkt uit het afschrift niet wat is besproken, nu daarin enkel is opgenomen dat er met de echtgenoot van verweerster is gesproken, dat hij het vervelend vond en het rapport afwacht. Verder is niet duidelijk wie de afmelding heeft gedaan en dus ook niet of diegene op de hoogte was van de aard van de geconstateerde overtreding of uitsluitend de administratieve afmelding deed. Dat, zoals de staatssecretaris betoogt, het 'afmelden van een maatregel' een vast

onderdeel is van de werkwijze bij dit soort inspecties en bij een dergelijke afmelding met de betrokkene wordt besproken wanneer de inspectie heeft plaatsgevonden, wat de bevindingen waren, dat naar aanleiding van de overtreding een rapport van bevindingen wordt opgemaakt en wat het vervolg van de procedure is, blijkt niet uit het overgelegde afschrift. Dit betekent dat verweerster voor het eerst op 16 november 2018 door toezending van het rapport van bevindingen op de hoogte is gesteld van de toedracht van de overtreding.

4.4 Het College oordeelt het tijdsverloop van ruim twee maanden tussen de gestelde overtreding en de toezending van het relaas te lang om verweerster in staat te stellen om een concreet op de zaak toegespitst inhoudelijk verweer te voeren. Hiermee is verweerster in haar in artikel 6, derde lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden neergelegde verdedigingsrechten geschaad. De rechtbank is terecht tot het oordeel gekomen dat om deze reden de boete geen stand kan houden.

5. Het hoger beroep is ongegrond. Het College zal de aangevallen uitspraak bevestigen.

6. Het College zal de staatssecretaris veroordelen in de door verweerster gemaakte proceskosten in hoger beroep. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.518 (1 punt voor het indienen van de reactie op het hogerberoepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting bij het College, met een waarde per punt van € 759 en een wegingsfactor 1).

7. Op grond van artikel 8:109, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht wordt van de staatssecretaris een griffierecht van € 541 geheven.

Beslissing

Het College:

- bevestigt de aangevallen uitspraak;
- bepaalt dat van de staatssecretaris een griffierecht van € 541 wordt geheven;
- veroordeelt de staatssecretaris in de proceskosten van naam 1 in hoger beroep tot een bedrag van € 1.518.

Noot

1. Zowel de rechtbank als het CBb toont zich hier terecht kritisch waar het de naleving betreft van de eis van artikel 6 lid 3 aanhef en onder a EVRM (in het rechtbankcitaat in de uitspraak wordt ten onrechte gesproken over d). Dit betreft

de eis om onverwijld te worden geïnformeerd over de aard en reden van een beschuldiging in het kader van een bestraffende sanctie. Achtergrond van deze bepaling is onder meer dat als dit niet onverwijld gebeurt, de beschuldigde minder goed in staat is zich te verdedigen. Door tijdsverloop kan (tegen)bewijs immers verdwijnen en worden ook de herinneringen aan het gebeurde minder scherp. Dat geldt in het bijzonder in de onderhavige casus waarin het gaat om de mogelijke overtreding van het verbod tabaksproducten te verkopen zonder een legitimatiebewijs te vragen aan iemand die niet onmiskenbaar ouder is dan achttien jaar.

2. In de jurisprudentie van het EHRM treffen we geen interpretatie aan van wat onder 'onverwijld' moet worden verstaan. Het CBb constateert echter terecht dat twee maanden in ieder geval niet meer als onverwijld kan worden beschouwd. De rechtbank was zelfs nog iets explicieter. Volgens haar lag het in de rede dat de toezichthouders eiseres direct van hun bevindingen op de hoogte hadden gesteld, teneinde haar in de gelegenheid te stellen om een verklaring af te leggen waarom is nagelaten een legitimatiedocument te vragen. Dat geldt volgens de rechtbank te meer omdat het criterium 'onmiskenbaar de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt' de verkoper van tabaksproducten er onvermijdelijk toe dwingt een inschatting van iemands leeftijd op basis van uiterlijke kenmerken te maken, welke inschatting voor discussie vatbaar kan zijn. Bovendien is niet uit te sluiten dat de leeftijd van een koper al eerder gecontroleerd is en dat daarom niet opnieuw om een legitimatiedocument wordt gevraagd, aldus wederom de rechtbank.

3. Terecht kritisch is het CBb ook als het gaat om wie precies op welke wijze op de hoogte moet worden gesteld. Niet voldoende is het informeren van de echtgenoot van de overtreder en al helemaal niet als niet goed is vastgelegd wat aan hem is medegedeeld. Het EHRM eist ook dat de verdachte zelf op de hoogte wordt gebracht en dat het moet gaan om feitelijke en juridische informatie van een dusdanig niveau dat betrokkene zijn verdedigingsrechten effectief kan uitoefenen (vgl. EHRM 19 december 1989, *Kamasinski/Oostenrijk*, NJ 1994/26, m.nt. Alkema).

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik

AB 2023/26

CENTRAAL TUCHTCOLLEGE VOOR DE GEZONDHEIDSZORG

23 november 2022, nr. C2022/1461

(Mrs. J.M. Rowel-van der Linde, A.S. Gratama, M.W. Zandbergen, J.H.M. de Brouwer, E.H. Groenewegen)
m.nt. A.C. Hendriks

Art. 71 Wet BIG

ECLI:NL:TGZCTG:2022:192

Onafhankelijke deskundige had bij behandelars van WIA-aanvraagster medische informatie moeten opvragen. Suggesteren van psychosociale problematiek zonder onderbouwing is onzorgvuldig.

Gezien de omvang en inhoud van de medische informatie waarover de arts beschikte, acht het Centraal Tuchtcollege het echter wel onvoldoende zorgvuldig dat de arts tijdens zijn onderzoek geen navraag heeft gedaan bij behandelaars van klagster. Uit het persoonlijk verhaal van 3 augustus 2020 van klagster dat uitgebreid is opgenomen in het rapport dat de arts heeft opgesteld, blijkt dat betrokkene in 2019 en 2020 nog onderzoeken en behandelingen door diverse specialisten heeft ondergaan, waaronder meerdere MRI-scans. Deze informatie blijkt niet voldoende uit de informatie van de huisarts van 26 maart 2021, maar kan wel van belang zijn voor de situatie op de datum waarover de arts moest oordelen (26 juli 2020). Daarom had de arts daarnaar nader onderzoek moeten instellen om de voorgelegde vraagstelling te beantwoorden. Dat hij dit nagelaten heeft, acht het Centraal Tuchtcollege niet zorgvuldig. Daarbij merkt het college tevens op dat de beschrijving van de informatie waarover de arts wel beschikte willekeurig overkomt, sommige brieven worden wel genoemd, andere niet.

Voorts acht het Centraal Tuchtcollege het onzorgvuldig dat de arts in de medische beschouwing op pagina 15 van zijn rapportage de mogelijkheid opwerpt dat psychosociale problematiek een rol speelt in het klachtenpatroon van klagster, zonder dat hij dit tijdens zijn onderzoek met haar heeft besproken of daar anderszins onderzoek naar heeft verricht. Dit aspect komt in de medische beschouwing van de rapportage plotseling naar voren; er is niets over terug te vinden in de daaraan voorafgaande tekst. Gelet hierop lijkt het te gaan om een ongefundeerde veronderstelling. De relevantie ervan voor de beantwoording van de aan de arts gestelde vragen valt bovendien niet in te zien.