

1.1 Definitie van de testkopermethode

Bij de testkopermethode worden jongeren (minderjarig of meerderjarig) die niet onmiskenbaar 18 jaar of ouder zijn, ingezet om te constateren of de leeftijd goed wordt vastgesteld en of er al dan niet aan hen alcohol wordt verkocht of verstrekt. De toezichthouder van de gemeente neemt de testkoper(s) mee en laat deze een aankoop poging doen. De toezichthouder observeert de aankoop poging en wanneer hij of zij constateert dat de leeftijd niet op de juiste manier wordt vastgesteld, kan de gemeente overgaan tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie.

Naar aanleiding van de evaluatie van de DHW in 2016 en de afspraken in het Nationaal Preventieakkoord over alcohol, is een wijziging van de DHW in voorbereiding. Het wetsvoorstel is op 13 november 2019 bij de Tweede Kamer ahangig gemaakt. Belangrijke voorgestelde wijzigingen betreffen onder meer:

- regulering van de verkoop op afstand (internetverkoop);
- het aan banden leggen van prijsacties op basis van landelijke wetgeving;
- strafbaarstelling van wederverstrekking (het doorgeven van alcohol in de publieke ruimte aan een minderjarige);
- uitzondering strafbaarstelling 16- en 17-jarige testkopers in het kader van toezicht.

In lijn met deze voorgestelde wijziging wordt in deze handreiking uitgegaan van de inzet van minderjarige testkopers. Uiteraard blijft werken met meerderjarige testkopers bij deze wetswijziging nog steeds mogelijk. In het geval van verstrekkers die enkel na 23.00 gecontroleerd kunnen worden, zal dit zelfs noodzakelijk zijn. Dit gezien het feit dat 16 & 17-jarigen volgens de arbeidstijdenwet niet na 23.00 werkzaam mogen zijn.

Het overgrote deel van de handvatten in deze handreiking zijn voor beide typen (minderjarig en meerderjarig) van belang.

1.2 Rechtmatigheid

Op dit moment bestaat er nog geen specifieke wettelijke grondslag voor de inzet van testkopers. Echter geldt in het bestuursprocesrecht de vrije bewijsleer. Dit houdt in dat elk bewijs mag worden gebruikt, tenzij dit bewijs is verkregen op een wijze die zeer indruist tegen dat wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht. Een specifieke wettelijke grondslag is dus niet per se nodig voor de inzet van testkopers. In een uitspraak van 23 januari 2019 heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) zich uitgelaten over de inzet van testkopers bij alcoholcontroles. In casu had de burgemeester van de gemeente Nijmegen

een bestuurlijke boete opgelegd aan een voetbalvereniging, omdat de vereniging in strijd met artikel 20 DHW alcoholhoudende drank heeft verstrekt aan een bezoeker van wie niet is vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. De bezoeker was als testkoper ingezet. De voetbalvereniging is tegen de bestuurlijke boete in bezwaar en (hoger) beroep gegaan en voert onder andere aan dat de inzet van testkopers disproportioneel is in verhouding met de daarmee te dienen belangen. De Afdeling overweegt dat de burgemeester, gelet op het belang om alcoholmisbruik onder minderjarigen tegen te gaan, testkopers mag inzetten bij de handhaving van artikel 20 DHW indien:

- niet in strijd wordt gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel;
- niet in strijd wordt gehandeld met het subsidiariteitsbeginsel;
- de testkoper geen ontoelaatbare vorm van uitlokking heeft gehanteerd.

Deze punten worden in het vervolg uitgebreid toegelicht.

1.3 Proportionaliteit & subsidiariteit

Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de zwaarte van het in te zetten middel in verhouding dient te staan tot het beoogde doel. Hierbij speelt de ernst van de gepleegde overtreding een rol. In de genoemde uitspraak van de Raad van State wordt het volgende gezegd over de proportionaliteit van de inzet van testkopers:

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

Het subsidiariteitsbeginsel betekent dat een middel alleen mag worden ingezet als een eventueel lichter middel niet tot voldoende resultaat zal kunnen leiden. Als het doel ook met een minder belastend middel kan worden bereikt, moet voor dat middel worden gekozen. Hierover zegt de Raad van State (in dezelfde zaak) het volgende:

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](#)).

1.4 Het Tallon Criterium

Het Tallon criterium is afkomstig uit het Tallon arrest van 1979, waarin aanvullende regels zijn gesteld waaraan de inzet van lokmiddelen moet voldoen om schending van artikel 6 EVRM te voorkomen. Het criterium luidt als volgt: 'Er is sprake van ontoelaatbare uitlokking indien het ingezette opsporingsmiddel de potentiële dader tot andere handelingen heeft gebracht dan die waarop zijn opzet reeds was gericht'. Dit oordeel van de Hoge Raad heeft het instigatieverbod doen ontstaan, het verbod op uitlokking. Sinds deze uitspraak moeten lokmiddelen door de opsporingsambtenaren op dusdanige wijze ingezet worden dat het geen schending oplevert met dit instigatieverbod.

De beoordeling of de testkopermethode een vorm van ontoelaatbare uitlokking is, geschiedt aan de hand van het Talon criterium en de uitwerking hiervan in de jurisprudentie. Om te beginnen moet er gekeken worden naar de inhoud van artikel 20, eerste lid, DHW. Zoals al is behandeld ziet de verplichting die de verstrekker op grond van dit artikel toekomt niet toe op het niet verstrekken van alcoholhoudende dranken aan minderjarigen, maar op het vaststellen van de leeftijd van niet onmiskenbaar meerderjarigen voordat er verstrekking plaatsvindt. Om te beoordelen of met de inzet van de testkopermethode ontoelaatbare uitlokking tot stand komt is dan ook niet de vraag of de verstrekker uitgelokt wordt tot verstrekking aan een minderjarige, maar of de gemeente uitlokt dat de verstrekker de leeftijd van de testkoper niet vaststelt. Hieruit kan opgemaakt worden dat het voor de beoordeling van de methode aan ontoelaatbare uitlokking geen onderscheid gemaakt hoeft te worden tussen het gebruik van minder- of meerderjarige testkopers.

De eerste voorwaarde waaraan de testkopermethode moet voldoen is dat het lokmiddel de verdachte niet brengt op andere handelingen dan die waarop zijn opzet reeds was gericht. Dit betekent dat de verstrekker niet tot een andere handeling mag worden gebracht dan die waarop zijn opzet reeds gericht was, namelijk het verstrekken van alcoholhoudende drank aan een minderjarige, dan wel een niet onmiskenbaar meerderjarig persoon zonder daarbij de leeftijd vast te stellen. Er is geen sprake van onrechtmatig handelen omdat er niet meer gedaan wordt dan het plaatsen van de testkoper op een plek waar vaker overtredingen van de leeftijdsverstrekkingsgrens

worden begaan, om af te wachten wat er met de testkoper gaat gebeuren. Hierbij is het wel van belang dat de testkoper geen bovenmatige uitlokkende werking mag uiten. De testkoper mag niet proberen om de verstrekker over te halen wanneer deze weigert alcoholhoudende drank te verstrekken of op elke andere manier alsnog een verstrekking plaats te laten vinden. Ook moet de testkoper zijn of haar eigen onvervalste identiteitsdocument tonen wanneer de verstrekker daarnaar vraagt. Wanneer de testkoper de verstrekker wel probeert over te halen of wanneer hij niet zijn eigen identiteitsdocument toont, is er wel sprake van ontoelaatbare uitlokking. In het geval dat een persoon als lokmiddel ingezet wordt mag de verdachte ook niet door uiterlijke- en gedragskenmerken op andere gedachten gebracht worden. Om aan dit criterium te voldoen zal de testkoper zich doorsnee moeten kleden en zich gedragen zoals van een gemiddelde jongere in de betreffende situatie verwacht mag worden. De testkoper die zich hieraan houdt zal opgaan in de menigte in de onderneming en zal niet opvallen. Er wordt op die manier een normale situatie gecreëerd. Zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld kan niet gesteld worden dat het lokmiddel de dader aanmerkelijk heeft beïnvloed wanneer de situatie ter plaatse niet wezenlijk verandert. Hier is geen sprake van als de testkoper zich doorsnee kleedt en normaal gedraagt. Bij het uiterlijk van de testkoper moet wel gesteld worden dat de testkoper moet voldoen aan de eis dat hij of zij er niet onmiskenbaar 18 jaar of ouder uitziet. Wanneer de testkoper er ouder uitziet dan 18 jaar is er wel sprake van uitlokking. De uiterlijke gedraging van de testkoper laat de verstrekker in dat geval anders handelen dan dat deze vanuit zijn eerdere opzet had willen doen. Onmiskenbaarheid is een moeilijk vraagstuk, omdat het een subjectieve norm betreft. In de vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wordt gesteld dat de overtreding gebaseerd mag worden op het door de controleambtenaar opgemaakte proces-verbaal. Als uitgangspunt geldt dat in beginsel mag worden uitgegaan van de juistheid van de in het proces-verbaal neergelegde bevindingen. Vindt de toezichthouder de testkoper niet onmiskenbaar 18, dan mag deze mening als uitgangspunt genomen worden.

Zie voor een nadere uiteenzetting van de wettelijke kaders van testkopers deze [publicatie van STAP \(2019\)](#). Er is tevens een verkorte '[factsheet](#)' variant beschikbaar.