Advies inzake het bezwaarschrift van het door de heer [redacted] en G&W Group B.V., namens deze door mr. [redacted] van Envir Advocaten , ingediende bezwaarschrift van 1 mei 2018 gericht tegen het besluit 26 april 2018 (met kenmerk BWT-35-18-8006), waarbij aan de heer [redacted] een last onder bestuursdwang is opgelegd om de exploitatie van het horecabedrijf op het adres Gasthuismolensteeg 3 , te laten staken en gestaakt te houden, voor 3 mei 2018, om 09:00 uur.

Aan het dagelijks bestuur,

1. Inleiding

Op 15 februari 2018, 27 februari 2018 en 12 april 2018 hebben toezichthouders van de gemeente Amsterdam een bezoek gebracht aan het horecabedrijf op het adres Gasthuismolensteeg 3. Uit onderzoek is gebleken dat er sprake is van ter plaatse verstrekken van eenvoudige en snel bereide etenswaren. Op 26 april 2018 is door het de Teammanager Gebruikstoezicht, namens het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college), een last onder bestuursdwang opgelegd om de exploitatie van het horecabedrijf op het adres Gasthuismolensteeg 3 , te laten staken en gestaakt te houden, voor 3 mei 2018, om 09:00 uur. Indien niet wordt voldaan aan de last, dan zal worden overgegaan tot sluiting van het horecabedrijf (hierna: het bestreden besluit).

Tegen het bestreden besluit is op 1 mei 2018 door mr. [redacted] (hierna: de gemachtigde), namens de heer [redacted] en G&W Group B.V. (hierna: bezwaarde) een bezwaarschrift ingediend.

Tevens is door de gemachtigde namens bezwaarde op 1 mei 2018 een verzoek om een voorlopige voorziening bij de rechtbank ingediend. Het onderzoek ter zitting heeft op 9 mei 2018 plaatsgevonden. Op 18 mei 2018 heeft de voorzieningenrechter het verzoek afgewezen.

Op 17 oktober 2018 heeft een informeel gesprek plaatsgevonden met bezwaarde en 3 vertegenwoordigers van het college, [redacted] In dat gesprek is een toelichting gegeven wat op basis van de regelgeving in ieder geval niet is toegestaan en daarnaast is de bereidheid om een voorstel van bezwaarde te ontvangen kenbaar gemaakt. Na het informele overleg hebben partijen besloten de bezwaarprocedure voort te zetten.

Bij e-mail van 11 december 2018 heeft de vertegenwoordiger van college geëist dat bezwaarde het concept van de winkel wezenlijk wijzigt. Indien aan deze eis geen gehoor wordt gegeven, zal de winkel daarna, per 26 december 2018, worden gesloten.

Op 21 december 2018 heeft bezwaarde opnieuw een verzoek om een voorlopige voorziening bij de rechtbank ingediend. Op 27 december 2018 heeft de voorzieningenrechter het verzoek afgewezen.

Op 22 januari 2018 heeft bezwaarde om een kort geding verzocht bij de civiele rechter. Op 1 februari 2019 heeft het college toegezegd geen handhavingsacties te zullen ondernemen tot na bekendmaking van de beslissing op bezwaar. Naar aanleiding van deze toezegging heeft bezwaarde het kortgeding ingetrokken.

2. Hoorzitting

Op 20 november 2018 heeft de commissie een hoorzitting gehouden, waarvoor bezwaarde en zijn gemachtigde en een vertegenwoordiger van het college zijn uitgenodigd. Op de hoorzitting zijn bezwaarde en een vertegenwoordiger van het college, [redacted] verschenen. Van de hoorzitting is een geluidsopname gemaakt die op verzoek digitaal beschikbaar kan worden gesteld.

3. Ontvankelijkheid

Alvorens de commissie inhoudelijk op de bezwaren kan ingaan, dient zij de ontvankelijkheid van de bezwaren te beoordelen. Het bezwaarschrift is tijdig ingediend en voldoet ook aan de overige eisen uit (artikel 6.5 van) de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), waarmee het bezwaar ontvankelijk is.

4. Bezwaren

Bezwaarde voert onder verwijzing naar het bezwaarschrift het volgende aan:

a. Ten onrechte is geconcludeerd dat de stroopwafelwinkel een horecabedrijf is. De winkel kwalificeert niet als horecabedrijf onder het bestemmingsplan en is dan ook niet in strijd met het bestemmingsplan;
b. Ten onrechte is niet om een zienswijze verzocht. Het korte telefonisch overleg met de toezichthouder naar aanleiding van het controlebezoek kwalificeert niet als zienswijze als bedoeld in artikel 4:8. Van de Awb;
c. Ten onrechte is geconcludeerd dat legalisatie niet mogelijk is. Het huidige gebruik is van de winkel is op grond van het bestemmingsplan toegestaan. Indien toch sprake is van een overtreding van artikel 3^{e} van het voorbereidingsbesluit, dan voorziet het voorbereidingsbesluit, zelf in de mogelijkheid om hiervan bij omgevingsvergunning af te wijken.
d. Het begunstigingtermijn van minder dan een week (waarbinnen nog een nationale feestdag en weekend valt) zijn onredelijk;
e. De last is onevenredig bezwarend. De opgelegde herstelmaatregel gaat verder dan nodig is om de vermeende overtreding te beëindigen. Er is geen sprake van een horecabedrijf, zodat de last niet doeltreffend is. In de stroopwafelwinkel vinden detailhandelsactiviteiten plaats. Met de eis dat de deur gesloten dient te worden voor publiek, wordt ook de exploitatie van deze activiteit onmogelijk gemaakt;
f. Onzorgvuldige voorbereiding en ondeugdelijke motivering van het handhavingsbesluit vanwege strijd met formele vereisten.

5. Juridisch kader

Ingevolge artikel 5:1, eerste lid, Awb wordt onder overtreding verstaan: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Gelet op het bepaalde in artikel 5:4, eerste lid, Awb bestaat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie slechts voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend.

Ingevolge artikel 5:2, eerste lid, onder b, Awb wordt onder herstelsanctie verstaan: een bestuurlijke sanctie die 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.

Ingevolge artikel 125, eerste lid, van de Gemeentewet luidt als volgt.

1. Het gemeentebestuur is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang.
2. De bevoegdheid tot oplegging van een last onder bestuursdwang wordt uitgeoefend door het college, indien de last dient tot handhaving van regels welke het gemeentebestuur uitvoert.
3. De bevoegdheid tot oplegging van een last onder bestuursdwang wordt uitgeoefend door de burgemeester, indien de last dient tot handhaving van regels welke hij uitvoert.
4. Een bestuurscommissie bezit de bevoegdheid tot oplegging van een last onder bestuursdwang en de bevoegdheid tot het geven van een machtiging tot binnentreden van een woning slechts indien ook die bevoegdheid uitdrukkelijk is overgedragen.

Ingevolge artikel 2.1 lid 1, aanhef en onder c van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) is het verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan [...].

Ingevolge artikel 4.1 van de planvoorschriften van het vigerende bestemmingsplan 'Westelijke binnenstad' (hierna: planvoorschriften) zijn de betreffende gronden met de bestemming "Centrum-2" bestemd voor onder andere detailhandel. Een horecabedrijf is uitsluitend toegestaan ter plaatse van de aanduiding 'specifieke vorm van centrum'.

Artikel 1.35 horeca 1: fastfoodbedrijven, zijnde horecabedrijven die tot hoofddoel hebben het in hoofdzaak voor consumptie ter plaatse verstrekken van vooral op gemaksvoeding gerichte, eenvoudige en snel bereide etenswaren, met als nevenactiviteit het voor consumptie ter plaatse verstrekken van zwak- en niet-alcoholische dranken. Onder fastfoodbedrijven worden in elk geval begrepen automatieken, snackbars en fastfoodrestaurants. cc

Artikel 1.24 detailhandel: het bedrijfsmatig te koop aanbieden, waaronder begrepen de uitstalling ten verkoop, het verkopen en/of leveren van goederen aan personen die goederen kopen voor gebruik, verbruik of aanwending anders dan in de uitoefening van een beroeps- of bedrijfsactiviteit waaronder grootschalige detailhandel, volumineuze detailhandel, tuincentrum en supermarkt worden begrepen.

Artikel 1.43 mengformule: in een detailhandel of vestiging voor consumentverzorgende dienstverlening tegen betaling verstrekken van etenswaren en/of dranken voor gebruik ter plaatse, waarbij:

1. de openingstijden van het eet- en /of drinkgedeelte van de mengformule overeenkomen met de openingstijden van de detailhandel of vestiging voor consumentverzorgende dienstverlening;
2. de netto verkoopvloeroppervlak van het eet- en/of drinkgedeelte ten hoogste 20% bedraagt, met een maximum van 20 m^2. (Dit maximum brengt met zich mee dat het schenken van alcohol is uitgesloten);
3. het eet- en/of drinkgedeelte niet is geplaatst aan de gevel waar de ingang van de detailhandel of vestiging voor consumentverzorgende dienstverlening zich bevindt;
4. het eet- en/of drinkgedeelte past binnen de categorie koffie- en theeschenkerij, lunchroom en dergelijke;
5. het eet- en/of drinkgedeelte geen eigen ingang aan de straat heeft;
6. het eet- en/of drinkgedeelte geen terras heeft;
7. het eet- en/of drinkgedeelte op geen enkele wijze een horeca-uitstraling heeft.

Ingevolge artikel 3, aanhef en onder e, van het voorbereidingsbesluit Centrum (hierna: het voorbereidingsbesluit) is het verboden om in het gebied waar het voorbereidingsbesluit van kracht is om het gebruik van gronden en/of bouwwerken te wijzigen naar vormen van detailhandel die zich richten op de verkoop van etenswaren en/of drankjes die in hoofdzaak worden meegegeven om direct te worden geconsumeerd.

In artikel 5 van het voorbereidingsbesluit is het verboden om in het gebied waar het voorbereidingsbesluit van kracht is, het gebruik van gronden of bouwwerken te wijzigen door toevoeging van een horecadeel (mengformule) aan een detailhandelsvestiging met een voedselwarenassortiment

6. Overwegingen

Naar aanleiding van de stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht overweegt de commissie als volgt.

Allereerst stelt de commissie vast dat de last ziet op het staken gebruik horecabedrijf.
De commissie merkt op dat op grond van jurisprudentie er een beginselplicht tot handhaving bestaat. De standaardoverweging zoals deze in de rechtspraak is geformuleerd, luidt: *"Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag het bestuursorgaan weigeren, dit te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien".*

In het navolgende zal eerst worden afgewogen of er sprake is van strijd met de vigerende wet- en regelgeving en op welke grond u bevoegd bent om op te treden.

De commissie constateert dat ingevolge het bestemmingsplan 'Westelijke binnenstad' de bestemming "Centrum-2" rust op het onderhavige perceel. De grond is ingevolge van artikel 4.1 van de planvoorschriften bestemd voor onder andere detailhandel. Een horecabedrijf is uitsluitend toegestaan ter plaatse van de aanduiding 'specifieke vorm van centrum'. Echter is in onderhavig geval daar geen sprake van.

De commissie overweegt dat de gemeenteraad op 27 september 2017 het 'Voorbereidingsbesluit Centrum' (hierna: het voorbereidingsbesluit) heeft genomen voor het postcodegebied 1012 en een aantal andere in stadsdeel Centrum gelegen straten. Dit voorbereidingsbesluit biedt een voorbereidingsbescherming voor een nieuw te maken bestemmingsplan. Het voorbereidingsbesluit heeft tot doel de diversiteit van het winkel- en voorzieningenaanbod te beschermen door verdere groei van op toeristen gerichte winkels en voorzieningen en eetwinkels en mengformules in winkels met een voedselwarenassortiment tegen te gaan. Daarbij zal worden gelet op reclame-uiting, presentatie, assortiment, bedrijfsvoering en of winkels etenswaren voor directe consumptie verstrekken. Op 6 oktober 2017 is het voorbereidingsbesluit in werking getreden.

De commissie constateert dat ingevolge artikel 3, aanhef en onder e, van het voorbereidingsbesluit het verboden is om in het gebied waar het voorbereidingsbesluit van kracht is om het gebruik van gronden en/of bouwwerken te wijzigen naar vormen van detailhandel die zich richten op de verkoop van etenswaren en/of drankjes die in hoofdzaak worden meegegeven om direct te worden geconsumeerd.

Tevens is in gevolge artikel 5 van het voorbereidingsbesluit het verboden om in het gebied waar het voorbereidingsbesluit van kracht is, het gebruik van gronden of bouwwerken te wijzigen door toevoeging van een horecadeel (mengformule) aan een detailhandelsvestiging met een voedselwarenassortiment.

Voorts verwijst de commissie naar de uitspraak van 28 augustus 2018 met kenmerk ECLI:NL:RBAMS:2018:6258 waarin de rechtbank het volgende heeft overwogen:

"Volgens het bestreden besluit heeft Tutto Food een horeca-1 uitstraling vanwege de hoofdzakelijke verkoop van etenswaren voor directe consumptie (zoals churros, pizzastukken, wafels en crêpes nutella) en de inrichting van de winkel. In het hoofdgedeelte van de winkel staat een lange toonbank met nadrukkelijk zichtbaar daarachter een werkblad vol apparatuur (oven, grill en bakplaat) om etenswaren op te warmen en gemaksvoedsel te bereiden. Daarnaast zijn op de toonbank met vitrine direct achter het etalageraam bakplaten met pizzastukken, wafels en ander als fastfood aan te merken gemaksvoedsel te zien. Dit nodigt uit tot het meenemen van gemaksvoedsel. Bovendien zijn in de winkel veel tafels en stoelen en wandtafels met losse krukken, wat benadrukt dat Tutto Food onder de categorie horeca-1 valt, aldus het college.

De rechtbank is het hiermee eens. In het dossier bevinden zich foto's die zijn gemaakt bij de controle op 30 november 2016 en de hercontroles op 31 januari 2017 en 1 maart 2017. Op grond daarvan oordeelt de rechtbank dat Tutto Food detailhandel niet als hoofdgebruik heeft. Voor zover Tutto Food al als detailhandel wordt gebruikt, is dat slechts in beperkte mate het geval gelet op het relatief geringe aanbod van niet voor consumptie ter plaatse bestemde producten (detailhandel). Daartegenover staat dat de hoofdactiviteit van Tutto Food bestaat uit de verkoop van als fastfood aan te merken etenswaren voor directe consumptie ter plaatse, waarop de inrichting van de winkel is afgestemd (horeca-1). Gelet op de aard en omvang van deze activiteit is de rechtbank van oordeel dat deze een uitstraling heeft die maakt dat Tutto Food moet worden aangemerkt als een bedrijf in de categorie horeca-1. Tutto Food kan daarom niet worden aangemerkt als detailhandel en dus ook niet als een mengformule."

In vergelijking met bovengenoemde uitspraak overweegt de commissie dat ook de stroopwafelwinkel detailhandel niet als hoofdgebruik heeft. Zo blijkt uit de constateringen ter plaatse en hetgeen tijdens de hoorzitting besproken is, namelijk dat bezwaarde ten tijde van het primaire besluit zijn producten op 3 verschillende manieren verkoopt. Ten eerste worden er voorverpakte stroopwafels en aanverwante producten verkocht. Ten tweede worden in de winkel verse stroopwafels bereid die in een doosje aan

klanten worden meegegeven. Ten derde worden er verse stroopwafels verkocht, die in een servetje worden meegeven aan klanten voor directe consumptie op straat. Tevens had bezwaarde op de vide een tafel met 4 stoelen toegevoegd.

De commissie concludeert dat vanwege het beperkte aanbod van voorverpakte stroopwafels de winkel slechts in beperkte mate als detailhandel wordt gebruikt. De hoofdactiviteit van de winkel bestaat uit de verkoop van versbereide stroopwafels voor directe consumptie ter plaatse waarop de inrichting van de winkel is afgestemd. Vanwege de aard en omvang van deze activiteit en de uitstraling die de winkel heeft, maakt dat het moet worden aangemerkt als horecabedrijf (horeca-1) en niet als detailhandel of als mengformule. NB: een mengformule als bedoeld in artikel 1.43 van het bestemmingsplan (bij detailhandel) is ingevolge artikel 5 van het voorbereidingsbesluit op deze locatie evenmin is toegestaan.

De commissie stelt vast dat de voorzieningenrechter in haar uitspraak van 18 mei 2018, en dit herhaalt in haar uitspraak van 27 december 2018, heeft geoordeeld wat onder onderhavige last wel en niet is toegestaan: *geen tafels en stoelen, geen verkoop van stroopwafels voor directe consumptie op straat. Wel detailhandelsactiviteiten.*

De commissie is dan ook van oordeel dat het ter plaatse verstrekken en bereide van stroopwafels, het aanwezig hebben van tafels en stoelen waaraan de gelegenheid wordt geboden om de stroopwafels ter plekke te consumeren en het voor directe consumptie meegeven van stroopwafels leidt tot strijd met artikel 2.1 lid 1 onder c van de Wabo, artikel 4.1 van het vigerende bestemmingsplan en artikel 3, aanhef en onder e en 5 van het voorbereidingsbesluit.

Voorts overweegt de commissie dat tijdens de hoorzitting is besproken dat sinds 24 mei 2018 er in de winkel geen stoelen en tafeltje meer aanwezig zijn en er geen stroopwafels meer meegegeven worden op servetjes maar alleen in voorverpakt of in doosjes worden verstrekt.

De commissie stelt vast dat op 18 juli 2018 het paraplubestemmingsplan Winkeldiversiteit Centrum (hierna: het paraplubestemmingsplan) door de gemeenteraad is vastgesteld (de vervolgstap op het voorbereidingsbesluit). Met dit paraplubestemmingsplan worden ten eerste een aantal vormen van gebruik verboden voor het postcodegebied 1012 en een aantal andere in stadsdeel Centrum gelegen straten . Het doel van deze gebruiksverboden is het beschermen van de diversiteit van het winkel- en voorzieningenaanbod. Het gaat om gebruik dat in het bijzonder gericht is op dagjesmensen en toeristen. Het verbod luidt als volgt: *'Het is verboden gronden en bouwwerken te gebruiken ten behoeve van een toeristenwinkel, toeristische dienstverlening, kantoor met baliefunctie gericht op toeristen, eetwinkel en een voorziening gericht op entertainment.'* En ten tweede worden wijzigingen aangebracht in diverse begrippen in vrijwel alle bestemmingsplannen voor Centrum en worden begrippen toegevoegd. Het plan behelst een uniforme regeling in alle plannen.

In geval de destijds geconstateerde activiteiten zouden worden gestaakt of gewijzigd naar een mengformule of eetwinkel, dan kan daartegen nog steeds worden opgetreden op basis van het op 18 juli 2018 door de gemeenteraad vastgestelde paraplubestemmingsplan Winkeldiversiteit Centrum.

Ten aanzien van de bezwaargrond dat ten onrechte niet om een zienswijze is verzocht en het telefonisch overleg met de toezichthouder niet als zienswijze kan worden gekwalificeerd, overweegt de commissie dat de vertegenwoordiger van het college ter zitting heeft aangegeven dat de ter plaatse zijnde toezichthouder een betrokkene altijd de gelegenheid geeft een reactie te geven, die als zienswijze wordt meegenomen bij de besluitvorming. Na de controle op 27 februari 2018 is de toezichthouder gebeld door zowel de exploitant, de heer Van Wonderen als door de eigenaar van het pand. Als zienswijze werd naar voren gebracht dat de winkel niet gericht is op toeristen en daardoor niet in strijd is met het voorbereidingsbesluit.

De commissie stelt vast (zoals in het bestreden besluit is vermeld) dat "*artikel 4:8 van de Awb, te weten het vragen van een zienswijze, is bedoeld voor het vaststellen van gegevens. Uit de toelichting van de Awb blijkt niet dat het de bedoeling was om overbodig horen mogelijk te maken, maar dat er in ieder geval contact moet zijn geweest, voordat er een besluit wordt genomen.*" Nu de toezichthouder na de controle op 27 februari 2018 zowel door de exploitant alsook door de eigenaar van het pand is gebeld en een zienswijze naar voren is gebracht, ziet de commissie – nu er door bezwaarde verder geen nieuwe argumenten naar voren zijn gebracht - geen aanleiding om aan te nemen dat bezwaarde onvoldoende in de gelegenheid is gesteld zienswijze naar voren te brengen.

Voorts overweegt de commissie ten aanzien van de bezwaargrond dat het begunstigingtermijn van minder dan een week onredelijk is, als volgt. Het besluit is verzonden op 26 april 2018. De overtreding diende uiterlijk 3 mei om 9.00 uur te zijn beëindigd, dit is één week (van donderdag tot donderdag). Zoals de vertegenwoordiger van het college op de hoorzitting heeft aangegeven vormt de handhaving van het voorbereidingsbesluit absolute prioriteit voor de gemeente. Verder wordt gevreesd, door bezwaarde een langer termijn te gunnen, daarmee een precedent wordt gecreëerd. De problematiek die met het voorbereidingsbesluit wordt aangepakt is namelijk breder dan alleen het geval van bezwaarde. Indien bezwaarde een langere begunstigingstermijn wordt geboden, zal deze ook geboden moeten worden aan andere exploitanten die in strijd handelen met het voorbereidingsbesluit. Dit is dan ook onwenselijk.. De afdeling Handhaving hanteert afhankelijk van de ernst in dit soort zaken en de snelheid waarmee een overtreding ongedaan kan worden gemaakt (en hoe lang een winkel al geopend is) gemiddeld genomen 5 dagen tot een week en maximaal twee weken. Onderhavig begunstigingtermijn van 1 week zit er tussenin. In geval van gevaar kan zelfs direct tot sluiting worden overgegaan en volgt later de schriftelijke bevestiging.

De commissie stelt vast, zoals ook de voorzieningenrechter in haar uitspraak van 18 mei 2018 heeft geoordeeld, dat het college, gelet op het voorbereidingsbesluit dat er ligt, geen langere begunstigingstermijn had moeten geven. Deze termijn moet zo kort mogelijk zijn, maar wel lang genoeg om een einde te kunnen maken aan de overtreding. In dit geval kan eenvoudig aan de last worden voldaan door de deuren niet te openen voor klanten. Hiermee wordt het strijdig gebruik beëindigd. Een begunstigingstermijn van een week is dan ook gebruikelijk bij een dergelijke overtreding.

Op basis van bovenstaande concludeert de commissie dat het college terecht een last onder bestuursdwang aan bezwaarde heeft opgelegd die bedoeld is om de legale situatie te herstellen en hersteld te houden. De commissie adviseert het dagelijks bestuur de bezwaren ongegrond te verklaren en het bestreden besluit in stand te laten.

7. Conclusie en advies

Gelet op het vorenstaande adviseert de commissie:

- de bezwaren ongegrond te verklaren;
- het bestreden besluit in stand te laten;
- het verzoek om proceskosten vergoeding af te wijzen.

Amsterdam, 21 februari 2019

De bezwaarschriftencommissie,

de voorzitter,

M. Luttik

de secretaris,

M.E.R. Derby-Vink