Raad van State

Uitspraak 201903022/1/A1

Datum uitspraak:	4 maart 2020
Inhoudsindicatie:	Bij besluit van 26 april 2018 heeft het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam [appellant sub 1] onder aanzegging van bestuursdwang gelast om de exploitatie van het horecabedrijf op het perceel aan de [locatie] te Amsterdam (hierna: het perceel) voor 3 mei 2018, 09.00 uur, te (laten) staken en gestaakt te houden.

hoger beroep drank en horeca

Volledige tekst

201903022/1/A1.
Datum uitspraak: 4 maart 2020

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. [appellant sub 1], wonend te Amsterdam, en G&W Group B.V., gevestigd te Amsterdam,

2. het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam,

appellanten,

tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam (hierna: de rechtbank) van 11 april 2019 in zaak nrs. 19/1459 en 19/1460 in het geding tussen:

[appellant sub 1] en G&W Group

en

het college.

Procesverloop

Bij besluit van 26 april 2018 heeft het college [appellant sub 1] onder aanzegging van bestuursdwang gelast om de exploitatie van het horecabedrijf op het perceel aan de [locatie] te Amsterdam (hierna: het perceel) voor 3 mei 2018, 09.00 uur, te (laten) staken en gestaakt te houden.

Bij besluit van 28 februari 2019 heeft het college het door [appellant sub 1] en G&W Group daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 11 april 2019 heeft de rechtbank het door [appellant sub 1] en G&W Group daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben [appellant sub 1] en G&W Group en het college hoger beroep ingesteld.

[appellant sub 1] en G&W Group hebben een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

[appellant sub 1] en G&W Group hebben nadere stukken ingediend.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Het college heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 2 december 2019, waar G&W Group en [appellant sub 1], bijgestaan door mr. I.F. Kieft en mr. L.P.W. Mensink, beiden advocaat te Amsterdam, en het college, vertegenwoordigd door mr. M. Luttik, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. G&W Group exploiteert een onderneming genaamd [bedrijf A] op de begane grond van het pand op het perceel. [appellant sub 1] is de bestuurder van Proudly Ventures B.V., die op haar beurt een van de bestuurders van G&W Group is. Ten tijde van het besluit van 26 april 2018 gold op grond van het bestemmingsplan "Westelijke Binnenstad" (hierna: het bestemmingsplan) ter plaatse de bestemming "Centrum - 2". Aan het perceel is niet de aanduiding 'specifieke vorm van centrum - horeca 1 toegestaan in de eerste bouwlaag' toegekend, zodat gebruik voor horeca 1 niet is toegestaan.

Bij het besluit van 26 april 2018 heeft het college aan [appellant sub 1] een last onder bestuursdwang opgelegd om de exploitatie van het horecabedrijf op het perceel voor 3 mei 2018, 09.00 uur, te (laten) staken en gestaakt te houden. Volgens het college was het gebruik onder meer in strijd met de geldende bestemming "Centrum - 2".

Het college heeft het besluit van 26 april 2018 bij het besluit van 28 februari 2019 in stand gelaten.

De rechtbank is ervan uitgegaan dat het college ten tijde van het besluit van 26 april 2018 bevoegd was om bestuurlijke handhavingsmaatregelen te treffen. De rechtbank heeft overwogen dat het college bij heroverweging van dat besluit bij het besluit op bezwaar van 28 februari 2019 ten onrechte niet de op dat moment geldende regelgeving en de zich dan voordoende feiten en omstandigheden heeft betrokken. Volgens de rechtbank had het college bij de heroverweging moeten uitgaan van het paraplubestemmingsplan "Winkeldiversiteit Centrum". De rechtbank heeft overwogen dat er een gebrek kleeft aan het besluit van 28 februari 2019. Omdat volgens de rechtbank echter niemand is benadeeld, heeft zij dit gebrek met toepassing van artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) gepasseerd.

Overtreding

2. [appellant sub 1] en G&W Group betogen dat de rechtbank heeft miskend dat het college niet bevoegd was om handhavend op te treden. Zij voeren aan dat er ten tijde van het besluit van 26 april 2018 geen sprake was van een overtreding, omdat versbereide stroopwafels geen fastfood zijn en er geen gelegenheid werd geboden om stroopwafels ter plaatse te consumeren. Zij wijzen daarbij op de uitspraak van de Afdeling van 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9944, waaruit volgt dat slechts sprake kan zijn van horeca, indien gelegenheid wordt geboden voor consumptie ter plaatse, aldus [appellant sub 1] en G&W Group.

[appellant sub 1] en G&W Group betogen dat als de versbereide stroopwafels wel moeten worden aangemerkt als fastfood, het gebruik toch in overeenstemming is met de bestemming, aangezien ongeveer 50% van de omzet bestaat uit de verkoop van detailhandelsproducten. Door de omvang van de detailhandelsactiviteiten kan niet gesproken worden van een horecabedrijf dat tot hoofddoel heeft het in hoofdzaak verstrekken van vooral op gemaksvoeding gerichte, eenvoudige en snel bereide etenswaren voor consumptie ter plaatse, aldus [appellant sub 1] en G&W Group.

2.1. Artikel 4, lid 4.1 van de planregels van het ten tijde van het besluit van 26 april 2018 geldende bestemmingsplan "Westelijke Binnenstad" luidt:

"De voor 'Centrum - 2' aangewezen gronden zijn bestemd voor:

[...];

f. - detailhandel met inbegrip van een mengformule, met uitzondering van smartshops, sekswinkels, minisupermarkten, tenzij op de verbeelding aangeduid, souvenirwinkels, tenzij op de verbeelding aangeduid, headshops, seedshops en growshops, met inachtneming van artikel 4.5.1, en

[...]."

Artikel 1, lid 1.24 luidt:

"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, lid 1.35 luidt:

"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."

2.2. Op 27 februari 2018 en 12 april 2018 hebben toezichthouders controles uitgevoerd in het pand. In de daarvan opgemaakte rapporten staat dat op de begane grond van het pand een toonbank aanwezig is met daarop een stroopwafelijzer, een snijplank, een bak met stroop en potjes met diverse soorten toppings. In een rapport van 8 februari 2018 wordt melding gemaakt van ingebouwde 'au bain-marie'-bakken voor het smelten van chocolade en karamel. Op foto's, die zijn gemaakt tijdens het bezoek op 27 februari 2018, is te zien dat op de toonbank en achter het etalageraam grote stroopwafels liggen met verschillende toppings. De stroopwafels zijn voor de helft voorzien van een laag chocolade met daarop onder meer kleine marshmallows, toffeestukjes of gehakte nootjes. Achter de toonbank staat een lege vitrinekast. Bij binnenkomst staat links een rek met onder meer verpakte stroopwafels. In het rapport, opgemaakt van het bezoek op 12 april 2018 staat dat de medewerkster aanwezige klanten meedeelt dat stroopwafels versbereid worden en kunnen worden voorzien van een topping naar wens. Zij bakt vervolgens ter plekke stroopwafels en voorziet die van de gewenste topping. De medewerkster heeft te kennen gegeven dat stroopwafels ook in een servetje worden meegegeven voor onmiddellijke consumptie op straat. Verder staat in het rapport dat er warme stroopwafels in een servetje aan klanten worden verstrekt voor onmiddellijke consumptie op straat. Niet in geschil is dat in de verkoopruimte op een kleine tussenverdieping drie stoeltjes staan en een tafel aanwezig is. De tussenverdieping is te bereiken is via een wenteltrap.

Gelet op de inrichting van de verkoopruimte en de presentatiewijze van de ter plaatse bereide stroopwafels heeft het college ervan mogen uitgaan dat de activiteiten in hoofdzaak zijn gericht op het verstrekken van versbereide stroopwafels, bedoeld om ter plaatse te nuttigen. Weliswaar kunnen ook voorverpakte producten worden gekocht, maar gelet op de inrichting van de verkoopruimte en de presentatie van die producten, is onaannemelijk dat deze verkoop een meer dan ondergeschikte activiteit betreft, ongeacht of het al dan niet gaat om een beperkt aanbod aan producten. [appellant sub 1] en G&W Group hebben een door henzelf opgesteld stuk ingebracht met daarop gegevens over de omzet in maart 2019. De omzet zou in die maand voor bijna 43 procent uit voorverpakte producten bestaan. Nu dit stuk niet met objectieve gegevens is onderbouwd en het daarnaast niet ziet op de periode voorafgaand aan het besluit van 26 april 2018, komt daaraan niet de betekenis toe die zij daaraan gehecht willen zien.

De stroopwafels zijn eenvoudig en snel te bereiden en zijn op gemaksvoeding gericht. In zoverre zijn deze stroopwafels op een lijn te stellen met het door [appellant sub 1] en G&W Group genoemde fastfood. Op de tussenverdieping in de verkoopruimte is gelegenheid om een stroopwafel te nuttigen. De omstandigheid dat stroopwafels vers worden bereid en vervolgens warm en vaak in een servetje of doosje worden meegegeven aan klanten, maakt dat het college ervan heeft mogen uitgaan dat de stroopwafels direct worden genuttigd en daarmee zijn bedoeld voor consumptie ter plaatse. Dat tijdens de controles op 27 februari 2018 en 12 april 2018 niet is vastgesteld dat door een klant daadwerkelijk een stroopwafel werd genuttigd, doet hieraan niet af. De Afdeling ziet in de door [appellant sub 1] en G&W Group gestelde omstandigheid dat de verse stroopwafels veelal niet in het pand, maar daarbuiten worden genuttigd, geen aanleiding om te oordelen dat het college niet ervan heeft mogen uitgaan dat het hoofddoel van het bedrijf is het verstrekken van etenswaren voor consumptie ter plaatse.

Gelet op deze omstandigheden is de Afdeling van oordeel dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat de begane grond ten tijde van het besluit van 26 april 2018 werd gebruikt voor horeca 1 als bedoeld in artikel 1, lid 1.35 van de planregels. Derhalve heeft de rechtbank terecht overwogen dat het gebruik van het pand in strijd was met het bestemmingsplan.

Het betoog faalt.

Volledige heroverweging

3. Het college betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het college aan het besluit op bezwaar niet heeft getoetst aan de op dat moment geldende regelgeving. Het college betoogt dat bij handhavingsbesluiten vaak een uitzondering wordt gemaakt op de in artikel 7:11 van de Awb neergelegde hoofdregel dat een heroverweging ten tijde van bezwaar moet gebeuren met inachtneming van alle feiten en omstandigheden die op dat moment aan de orde zijn. Daarbij verwijst hij naar de uitspraak van de Afdeling van 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ6826.

3.1. Artikel 7:11, eerste lid, van de Awb bepaalt dat op grondslag van het bezwaar een volledige heroverweging van het primaire besluit plaatsvindt. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, bijvoorbeeld in de uitspraak van 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4158, geldt bij het nemen van een besluit op bezwaar het uitgangspunt dat getoetst moet worden aan het recht zoals dat gold en met inachtneming van de feiten en omstandigheden zoals die zich voordeden ten tijde van het nemen van dat besluit. Bij het heroverwegen van een besluit tot het opleggen van een last onder bestuursdwang kan in specifieke situaties afgeweken worden van het uitgangspunt.

Bij de bij het besluit van 28 februari 2019 gemaakte heroverweging heeft het college getoetst of de gedraging waartegen handhavend wordt opgetreden in strijd was met de ten tijde van het besluit van 26 april 2018 geldende regelgeving. Een wijziging van het recht na het handhavingsbesluit kan een specifieke situatie betreffen die aanleiding vormt tot het wijzigen of herroepen van een opgelegde last. Het college had daarom het paraplubestemmingsplan "Winkeldiversiteit Centrum" bij de heroverweging dienen te betrekken. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het college dat ten onrechte niet heeft gedaan. De rechtbank heeft terecht, met verwijzing naar artikel 6:22 van de Awb, geen aanleiding gezien om het besluit van 28 februari 2019 te vernietigen.

Het betoog faalt.

Bijzondere omstandigheden

4. [appellant sub 1] en G&W Group betogen dat de rechtbank heeft miskend dat vanaf 25 mei 2018, en dus voor het verstrijken van de begunstigingstermijn, is voldaan aan de opgelegde last. Zij voeren aan dat er na het besluit van 26 april 2018 maatregelen zijn getroffen, waardoor het gebruik van het pand niet langer is aan te merken als horeca 1 als bedoeld in artikel 1, lid 1.35 van de planregels. Volgens hen wordt er geen gelegenheid geboden voor consumptie ter plaatse, onder meer omdat de tafel en stoelen op de tussenverdieping zijn verwijderd. Ook worden verse stroopwafels niet langer verstrekt in een papiertje, maar alleen nog in een kartonnen doosje.

4.1. 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 een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisering 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.

4.2. Wat [appellant sub 1] en G&W Group hebben aangevoerd, geeft geen aanleiding voor het oordeel dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat er geen bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan het college had moeten afzien van handhavend optreden. De gestelde omstandigheid dat het gebruik van de begane grond van het pand na het besluit van 26 april 2018 zou zijn gewijzigd door onder meer de stoeltjes en tafel te verwijderen en daarmee in overeenstemming zou zijn gebracht met de op dat moment geldende bestemming, is geen bijzondere omstandigheid op grond waarvan moet worden geoordeeld dat het college niet in redelijkheid handhavend heeft kunnen optreden tegen het gebruik ten tijde van het besluit van 26 april 2018.

Het betoog faalt.

Strekking van de last

5. [appellant sub 1] en G&W Group betogen dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de opgelegde last te verstrekkend is. Zij voeren aan dat ook als de bedrijfsactiviteiten in overeenstemming zijn gebracht met het bestemmingsplan nog bestuursdwang kan worden toegepast, aangezien de last mede omvat dat de deur van het pand moet worden gesloten en gesloten moet worden gehouden. Feitelijk is gebruik van het perceel in overeenstemming met de bestemming dan niet meer mogelijk.

5.1. Artikel 5:21 van de Awb luidt:

"Onder last onder bestuursdwang wordt verstaan: de herstelsanctie, inhoudende:

a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en

[...]."

5.2. In het besluit van 26 april 2018 staat onder het kopje 'Besluit' het volgende: "[...] gelasten wij [...] om de exploitatie van het horecabedrijf op dit adres te (laten) staken en gestaakt te houden, voor 3 mei 2018, om 09.00 uur. Dit betekent dat de deur van het horecabedrijf, dan gesloten dient te blijven voor het publiek." Onder het kopje 'Voorkomen van bestuursdwang' staat: "U kunt bestuursdwang voorkomen door het horecabedrijf op het adres [locatie] te sluiten." Onder het kopje 'Bestuursdwang' staat: "Indien het huidige strijdige gebruik wordt voortgezet zullen wij bestuursdwang uitoefenen, door het horecabedrijf af te sluiten en daarmee het strijdig gebruikte staken en gestaakt te houden."

De bij besluit van 26 april 2018 opgelegde last ziet op het (laten) staken en gestaakt houden van het horecabedrijf op het perceel. Indien het met het bestemmingsplan strijdige gebruik voor een horecabedrijf, het gebruik als horeca 1, na de gestelde termijn niet is beëindigd, zal de deur van het pand moeten worden gesloten. De deur van de begane grond van het pand hoeft, anders dan waarvan [appellant sub 1] en G&W Group uitgaan, niet gesloten te worden om te voldoen aan de opgelegde last. De last strekt niet verder dan noodzakelijk is voor het ongedaan maken van de overtreding. De rechtbank heeft dus terecht geen aanleiding gezien voor het oordeel dat de last te verstrekkend is.

Het betoog faalt.

Conclusie

6. De hoger beroepen zijn ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. D.A.C. Slump, voorzitter, en mr. E. Steendijk en mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, leden, in tegenwoordigheid van mr. R. van Heusden, griffier.

w.g. Slump w.g. Van Heusden
voorzitter griffier

Uitgesproken in het openbaar op 4 maart 2020

163-884.

BIJLAGE

Algemene wet bestuursrecht

Artikel 6:22 luidt:

"Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist in stand worden gelaten indien aannemelijk is dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld."

Artikel 7:11 luidt:

"1. Indien het bezwaar ontvankelijk is, vindt op grondslag daarvan een heroverweging van het bestreden besluit plaats.

[...]."

Bestemmingsplan "Westelijke Binnenstad"

Artikel 1, lid 1.24, luidt:

"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, lid 1.35, luidt:

"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."

Artikel 4, lid 4.1, luidt:

"De voor 'Centrum - 2' aangewezen gronden zijn bestemd voor:

[...];

f. -detailhandel met inbegrip van een mengformule, met uitzondering van smartshops, sekswinkels, minisupermarkten, tenzij op de verbeelding aangeduid, souvenirwinkels, tenzij op de verbeelding aangeduid, headshops, seedshops en growshops, met inachtneming van artikel 4.5.1, en

[...];

h. horeca 1 in de eerste bouwlaag, uitsluitend ter plaatse van de aanduiding 'specifieke vorm van centrum - horeca 1 toegestaan in de eerste bouwlaag';

[...]."