Gemeente Amsterdam

Bezoekadres
Plein '40 -'45 nr. 1
1064 SW Amsterdam

Postbus 2003
1000 CA Amsterdam
Telefoon 14020
amsterdam.nl

Retouradres Postbus 2003, 1000 CA Amsterdam

Aangetekend versturen
Lamers CS Advocaten
t.a.v. mr. [redacted]
De Rookamer 22
1852 EC Heiloo

Datum 6 juni 2019
Ons kenmerk NW19-05926-UIT-19-10288
Behandeld door Mr. [redacted] VTH team Procesuitvoering
[redacted]@amsterdam.nl
Onderwerp Besluit op bezwaarschrift intrekken exploitatievergunning West Kitchen

Geachte heer [redacted],

Naar aanleiding van het door u namens uw cliënten [redacted], [redacted] en [redacted]. op 10 januari 2019 ingediende bezwaarschrift gericht tegen mijn besluit van 4 december 2018 tot het intrekken van de exploitatievergunning voor West Kitchen aan de Pieter Calandlaan 244H, deel ik u mee dat ik, conform het advies van de Bezwaarschriftencommissie, heb besloten dit bezwaarschrift, onder aanvulling van de motivering daarvan, ongegrond te verklaren en het verzoek om vergoeding van de proceskosten af te wijzen.

Voor de motivering van mijn beslissing verwijs ik u naar bijgevoegd advies van de Bezwaarschriftencommissie. Ik heb dit advies overgenomen en ten grondslag gelegd aan mijn beslissing.

Ingevolge het bepaalde in art. 8:1 Awb kunt u tegen dit besluit beroep instellen bij de rechtbank. De termijn hiervoor bedraagt zes weken. Voor meer informatie hierover verwijs ik u naar de bijlage.

Met vriendelijke groet,

De Burgemeester van Amsterdam,

Femke Halsema

BEROEP BIJ DE RECHTBANK INGEVOLGE DE ALGEMENE WET BESTUURSRECHT

Tegen de beslissing op een bezwaarschrift, kan door degene wiens belang bij deze beslissing rechtstreeks is betrokken, beroep worden ingediend bij de rechtbank (artikel 8:1 Awb). Dit beroep moet worden ingediend binnen zes weken na de verzending van de beslissing op het bezwaar (art. 6:7 Awb). Ingediend wil zeggen: ontvangen bij de rechtbank of, bij verzending in Nederland: ter post bezorgd. Degene die beroep wil instellen, mag zich laten bijstaan door een advocaat of een door hem te machtigen persoon, maar dit is niet verplicht.

Het beroepschrift kan worden ingediend op 4 manieren:

1. per post naar het postadres van de sector Bestuursrecht Postbus 75850, 1070 AW Amsterdam.
2. per fax naar het algemene faxnummer van de sector Bestuursrecht 020 - 541 2746.
3. in persoon afgeven bij de Centrale Balie van de rechtbank Amsterdam.
4. elektronisch via het Digitaal loket bestuursrecht dat te vinden is op http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op genoemde site voor de precieze voorwaarden.

De wettelijke bepalingen over het instellen van beroep staan vermeld in hoofdstuk 6 en 8 van de Algemene wet bestuursrecht.

Voor het indienen van een beroepschrift is griffierecht verschuldigd. De griffier van de rechtbank zal de indiener van het beroepschrift wijzen op zijn verplichting om het verschuldigde griffierecht te voldoen en hem berichten omtrent de wijze waarop kan worden betaald. Voor de gevallen waarop deze bijlage ziet bedraagt het griffierecht € 170,-- wanneer een natuurlijk persoon beroep instelt en € 338,-- wanneer een rechtspersoon beroep instelt.

Als de rechtbank het beroep gegrond verklaart, houdt de uitspraak tevens in dat het door de indiener betaalde griffierecht door het bestuursorgaan wordt vergoed. In de overige gevallen kan de uitspraak inhouden dat het betaalde griffierecht geheel of gedeeltelijk wordt vergoed.

Het indienen van een beroepschrift heeft geen schorsende werking. Wel kan de indiener van een beroepschrift zich wenden tot de voorzieningenrechter van de rechtbank met het verzoek een voorlopige voorziening te treffen. Van de indiener van een verzoek om een voorlopige voorziening wordt griffierecht geheven. Dit griffierecht bedraagt net zoveel als het griffierecht voor het indienen van een beroepschrift. De uitspraak van de voorzieningenrechter kan inhouden dat het betaalde griffierecht geheel of gedeeltelijk moet worden vergoed.

Gemeente Amsterdam

Advies

Octopus-nummers: JB.18.013269.001 en JB.19.000951.001

Advies naar aanleiding van de bezwaarschriften ingediend door mr [redacted] namens West Kitchen tegen uw besluit van 26 oktober 2018 waarbij u een last onder bestuursdwang heeft opgelegd en het besluit van 4 december 2018 waarbij u de exploitatievergunning heeft ingetrokken.

Aan de burgemeester,

Inleiding
Bij besluit van 26 oktober 2018 heeft u een last onder bestuursdwang opgelegd (hierna: last of last onder bestuursdwang). De last houdt in dat per direct het gebruik van shishapijpen dan wel het gebruiken van shisha op andere wijze in de horeca-inrichting aan de Pieter Calandlaan 244 H gestaakt dient te worden en gestaakt dient te blijven en per direct de waterpijpen en bijbehorende (verhittings)installatie en de kolen uit het horecabedrijf verwijderd dient te worden en verwijderd te houden.

Hiertegen heeft mr [redacted] (hierna: gemachtigde) namens [redacted] en [redacted] exploitanten van West Kitchen (hierna: bezwaarden), bij brief van 5 december 2018 tijdig een bezwaarschrift ingediend. Dit bezwaar is geregistreerd onder nummer JB.18.013269.001.

Bij brief van 2 november 2018 heeft u het voornemen kenbaar gemaakt om de exploitatievergunning in te trekken. Daarbij zijn bezwaarden in de gelegenheid gesteld om tot en met 5 november 2018 een zienswijze in te dienen. Van deze gelegenheid is bij brief van 6 november 2018 gebruik gemaakt. Vervolgens zijn per e-mail van 9 november 2018 nadere vragen aan bezwaarden gesteld die per e-mails van 13 november 2018 en 27 november 2018 zijn beantwoord.

Bij besluit van 4 december 2018 heeft u per direct de verleende exploitatievergunning ingetrokken op grond van artikel 1.7, sub a, c en f in samenhang met artikel 3.11 en 3.16, derde lid, van de Algemene Plaatselijke Verordening 2008 (APV).

Op 20 december 2018 heeft de secretaris van de bezwaarschriftencommissie telefonisch contact opgenomen met de gemachtigde. De gemachtigde heeft tijdens dat gesprek aangegeven dat hij ook bezwaar zal maken tegen uw besluit van 4 december 2018. Afgesproken is om beide bezwaarzaken gelijktijdig te behandelen en in afwachting van het tweede bezwaarschrift, de behandeltermijn van het bezwaarschrift tegen de last stop te zetten.

Vervolgens heeft de gemachtigde namens bezwaarden bij brief van 10 januari 2019 tijdig een bezwaarschrift ingediend tegen het besluit van 4 december 2018. Dit bezwaar is geregistreerd onder nummer JB.19.000951.001.

Op 1 februari 2019 hebben bezwaarden de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam verzocht om een voorlopige voorziening te treffen in beide zaken.

Hoorzitting
Beide bezwaarzaken zijn gelijktijdig op de hoorzitting van 14 februari 2019 behandeld. Aanwezig waren de heren [redacted] en [redacted] samen met hun gemachtigde.
Namens u was mr. [redacted], senior jurist Vergunning Toezicht en Handhaving aanwezig.

Van de hoorzitting is een geluidsopname gemaakt, die op verzoek digitaal beschikbaar is.

Op de hoorzitting is besproken dat gewacht wordt op de uitspraak van de voorzieningenrechter (zitting 22 februari 2019), waarna partijen in de gelegenheid worden gesteld om op de uitspraak schriftelijk te reageren, alvorens de bezwaarschriftencommissie (hierna: commissie) zij de burgemeester zal adviseren over de twee ingediende bezwaarschriften.

Op 6 maart 2019 heeft de voorzieningenrechter uitspraak gedaan. Het verzoek in de zaak met nummer 19/780 (de last onder bestuursdwang) is afgewezen. Het verzoek in de zaak met nummer 19/781 (intrekking) is toegewezen, in die zin dat het besluit van 4 december 2018 tot zes weken na de bekendmaking van de beslissing op bezwaar is geschorst.

Bij e-mail van 12 maart 2019 heeft de commissie partijen in de gelegenheid gesteld om, indien gewenst, uiterlijk 22 maart 2019 schriftelijk op de uitspraak te reageren. Van deze gelegenheid is door de gemachtigde bij e-mail van 18 maart 2019, en door uw vertegenwoordiger bij e-mail van 19 maart 2019, gebruik gemaakt.

Bij e-mail van 26 maart 2019 heeft de commissie aan uw vertegenwoordiger gevraagd of het gesprek naar aanleiding van het verzoek van de gemachtigde of bezwaarden na realisering van een rookruimte hun werkzaamheden mogen voortzetten, consequenties heeft voor de twee besluiten waarover de commissie een advies aan het formuleren is. Uw vertegenwoordiger heeft dezelfde dag gereageerd door een e-mail aan de gemachtigde aan de commissie door te sturen. Deze correspondentie is doorgestuurd aan de gemachtigde.

Ontvankelijkheid
De commissie constateert dat is voldaan aan de in de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) gestelde eisen voor het indienen van een bezwaarschrift ,zodat het bezwaarschrift ontvankelijk is.

Bezwaren
Samengevat komen de volgende bezwaren naar voren tegen de last onder bestuursdwang:

- Gesteld wordt dat hetgeen dat tijdens alle controles is geconstateerd, onjuist is. Waarom zijn de controles waarbij geen te hoge CO-waarden zijn gemeten niet meegenomen?
- Er kan onmogelijk geconcludeerd worden dat er sprake zou zijn van een direct gezondheidsbedreigende situatie. Een afgesloten ruimte is ook niet vereist volgens de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA). Zij treden ook niet op tegen het roken van shisha in eetgelegenheden. Na 12 oktober, in ieder geval na 25 oktober, is er geen enkele gezondheidsbedreigende reden om het gebruik van shisha te beëindigen.

- Er is wel degelijk sprake van een lunchroom. Uit de inkoopbonnen blijkt dat er dagelijks (verse) inkopen worden gedaan. De controles vonden ook niet plaats rond etenstijd, maar rond 21:00 uur.
- Bezwaarden erkennen dat de rookruimte nog niet gereed was. De bouwtekeningen waren aanwezig, maar de uitvoering kon nog niet plaatsvinden omdat er geen aannemers op korte termijn te vinden waren voor de werkzaamheden. Dat de situatie, zonder rookruimte, een gevaar voor de gezondheid oplevert is onjuist. Shisha is geen tabak. Het voorval op 12 oktober 2018 is een incident. Handhavend optreden is niet meer aan de orde, aangezien de gezondheid niet meer in het geding is.
- Bezwaarden handelen niet in strijd met artikel 1.6, tweede lid, van de APV omdat hen is toegestaan naast hun lunchroom als nevenactiviteit waterpijpen aan te bieden.
- Daarnaast is er geen strijd met artikel 3.16, derde lid, van de APV. Bezwaarden doen alles voor een goede uitoefening van het bedrijf en leveren geen problemen op voor de directe omgeving. Het personeel en de gasten zijn niet in gevaar gebracht en er is geen potentiele schade aan hun gezondheid toegebracht. De meting van 12 oktober 2018 was een incident .
- Er is concreet zicht op legalisatie, mede omdat naast een rookruimte tevens een nieuw luchtventilatiesysteem wordt aangebracht. Dit is bij de bespreking op 2 november 2018 aangegeven. Gelet daarop kan en moet van handhavingsmaatregelen worden afgezien. Het is dan ook niet begrijpelijk dat u stelt dat de overtreding, in de zin van een te hoge concentratie koolstofmonoxide, niet gelegaliseerd kan worden. Ook de opmerking dat er geen aanvraag is gedaan voor een vergunning voor een shishalounge en dat er daardoor geen zicht op legalisatie is, is dan ook een duidelijke tegenstrijdigheid.
- De zienswijze had niet overgeslagen kunnen worden. U wist dat na 12 oktober 2018 de CO-waarden niet meer werden overtreden.
- Het niet geven van een begunstigingstermijn is buiten proportioneel. Er is sprake van één overtreding in zeven controles. Weliswaar was de rookruimte nog niet gereed, maar het ontbreken daarvan levert geen risico voor de volksgezondheid op.
- De zaak is op 26 oktober 2018 gesloten en de verbouwingswerkzaamheden zijn gestart.

Als bijlagen bij dit bezwaarschrift zijn - naast de last - een plattegrond, een ventilatieberekening, de zienswijze en een menukaart gevoegd.

Samengevat komen de volgende bezwaren naar voren tegen de intrekking van de exploitatievergunning:

- Verwezen wordt naar de hiervoor vermelde bezwaargronden tegen de last.
- Ten onrechte wordt door u gesteld dat bezwaarden in de periode tot 1 juni 2018 zonder exploitatievergunning hebben geëxploiteerd.
- Juist is dat de aparte rookruimte, ondanks aanwezige bouwtekeningen, nog niet kon worden gerealiseerd omdat er geen aannemer in die periode aanwezig was, thans wel.
- Het is pertinent onjuist dat bezwaarden 'willens en wetens' in verband met gevaar voor de gezondheid van personen de opgelegde last niet hebben nageleefd. Bezwaarden hebben de opgelegde last nageleefd, alleen enkele uren later omdat de leidinggevende bij de overdracht 's middags verzuimd heeft dat te melden.
- De verhouding tussen de inkoop van shisha en inkoop van etenswaren en alcoholvrije drank wijst uit dat shisha daar nog geen 10% van beslaat, daarom een nevenactiviteit. Lunch c.q. menukaarten waren wel degelijk aanwezig en stonden op de tafeltjes/op de bar. Dat er etenswaren worden ingekocht die niet op de kaart staan, kan voorkomen, als er vraag naar is. 10/15 waterpijpen is geen groot aantal.

- Onduidelijk en niet onderbouwd is waarom er geen vertrouwen in de exploitant meer is. Het vertrouwen verliezen behelst ook geen overtreding.
- Onbegrijpelijk is waarom de "Handhavingsstrategie Horeca en slijterijen (inclusief winkel) Drank- en Horecawet), Amsterdam 2013 (hierna: Handhavingsstrategie) niet werd nageleefd en meteen op 26 oktober 2018 een last onder bestuursdwang werd opgelegd en op 2 november 2018 een voornemen tot intrekking.

Op de hoorzitting is het bezwaar tegen zowel de last als de intrekking aangevuld in die zin dat het opvalt dat er een exploitatievergunning is verstrekt met als nevenactiviteit waterpijp in een rookruimte. Om gezondheidsredenen mag plotsklap geen shisha meer gerookt worden, terwijl de inhoud van de last wordt ontkracht door uw intrekkingsbesluit van 4 december 2018. Het lijkt dat er sprake is van misbruik van recht. De algemene tendens is dat gemeenten weinig gelukkig zijn met shisha, maar shisha is in het kader van de NVWA toegestaan in een open ruimte. Na 12 oktober 2018, toen een pijpje boven het toilet was losgeschoten en dit vrij snel te herstellen was, zijn er geen overtredingen geconstateerd. Het enige wat overblijft, is het ontbreken van een rookruimte. Er hadden duidelijke afspraken gemaakt kunnen worden, bijvoorbeeld sluiten totdat de rookruimte klaar is. Maar dat is niet gebeurd, men is zelfs tot intrekking van de vergunning overgegaan.

Afgevraagd wordt hoe u op onjuiste aannames een dergelijk besluit per direct kan nemen. Er zijn aardig wat controles geweest en er is niemand in de omgeving die geklaagd heeft. Bezwaarden vinden het heel erg dat er staat dat zij niet willen verbeteren, terwijl er eigenlijk behoudens de rookruime, volledig conform de vergunning is gehandeld. De twee overtredingen van juni en oktober zijn meteen gecorrigeerd. Bezwaarden hebben nooit geëxploiteerd zonder vergunning. Bezwaarden werkten met de vorige exploitant samen omdat ze de zaak wilden overnemen per oktober 2018, maar dat is vervroegd. Bij de Kamer van Koophandel is het misgegaan, omdat de vorige exploitant niet tegelijk ingeschreven kon staan als West Kitchen. Bezwaarden doen een beroep op het gelijkheidsbeginsel. Er is geen goed handhavingsbeleid en bezwaarden hebben de indruk dat er met twee maten gemeten wordt.

Bezwaarden stellen voor dat zij, nadat de rookruimte is gerealiseerd, hun werkzaamheden mogen voortzetten. Zij voldoen volledig aan de exploitatievergunning. De rookruimte was ten tijde van de hoorzitting nog niet gerealiseerd, omdat bezwaarden eerst duidelijkheid willen hebben over de exploitatievergunning. Als de intrekking in stand blijft, heeft het geen nut om geld in een verbouwing te steken.

Reactie burgemeester
Uw vertegenwoordiger heeft op de hoorzitting toegelicht dat de voorgeschiedenis van de zaak relevant is, niet zozeer voor de last maar wel voor het intrekkingsbesluit. Bezwaarden hebben geëxploiteerd zonder exploitatievergunning. Op 20 februari 2018 is er ook een last onder bestuursdwang aan deze drie exploitanten opgelegd waartegen geen bezwaar is gemaakt. Deze voorgeschiedenis is relevant, omdat u geen vertrouwen meer heeft in bezwaarden. Ze begonnen met een achterstand en hebben dat bepaald niet ingelopen. Er is niet voor niets een vergunning voor één jaar verleend in plaats van voor drie jaar. Daarnaast is er ook nog eens sprake van een volledige shishalounge waar dit niet is toegestaan. In de aanvraagfase is expliciet gevraagd naar shisha en bezwaarden hebben hun bedoeling aangegeven. In de vergunning is opgenomen dat waterpijp op bestelling als nevenactiviteit mag. Dat is voldoende duidelijk, juist omdat in het voortraject al besproken is wat wel en niet mag. Weliswaar is shisha als nevenactiviteit een onontgonnen gebied: wat wordt verstaan onder een nevenactiviteit. Ligt dat in het aantal pijpen,

omzet of de uitstraling? Dit neemt volgens uw vertegenwoordiger niet weg dat in dit geval de shisha duidelijk de boventoon voert. Het opnemen van de rookruimte in de vergunning is een gevolg van de aanvraag en draagt ook bij aan het zijn van nevenactiviteit. Op grond van intern beleid wordt bij een meting boven de 25 ppm[1] onmiddellijk opgetreden, in dit geval met een last onder bestuursdwang. De last is per direct en dat wordt ook gecontroleerd. Het is bedoeld als pas op de plaats, want er is sprake van een gevaarlijke situatie. Het belang van de last zit met name in de gezondheid. Op het moment dat de last is opgelegd kan verzocht worden om de last op te heffen.

Bij het intrekkingsbesluit is er sprake van een optelsom: de vennoten exploiteerden zonder vergunning. De kans die zij hebben gekregen, hebben ze niet gegrepen. Er wordt niet geëxploiteerd conform vergunning. Uit de controles blijkt dat het zwaartepunt van de exploitatie bij shisha ligt en zeker niet bij eten. Ondanks dat de controles in de avond plaatsvonden, mede omdat de zaak deels overdag dicht is, is er sprake van een volledig beeld. Ook op die tijd moet er immers geëxploiteerd worden conform vergunning. Uit de cijfers komt ook geen ander beeld naar voren. Daarnaast is er nog steeds geen rookruimte, terwijl bezwaarden vanaf het begin van de exploitatie aan de vergunning moeten voldoen. Als de verbouwing lang duurt, dan kunnen bezwaarden exploiteren zonder shisha, want de vergunning is verleend voor een lunchroom. Vervolgens wordt de opgelegde last niet nageleefd. Er was niet alleen sprake van een meting van 25 ppm en een pijpje, er waren te hoge waardes in toilet én keuken. Daarnaast is ook niet aangetoond dat het alleen door een pijpje kwam.

In dit geval is de Handhavingsstrategie niet toegepast, omdat die gebaseerd is op artikel 1.6 van de APV en de vergunning is ingetrokken op basis van artikel 1.7 van de APV. De intrekking is per direct, omdat de zaak al gesloten was. U heeft er niet voor gekozen om overeenkomstig het stappenplan van de Handhavingsstrategie een minder verstrekkende maatregel op te leggen, omdat in het geval van bezwaarden sprake is van een cumulatie van overtredingen en u geen vertrouwen meer heeft in bezwaarden.

Toetsingskader
Voor de van toepassing zijnde regelgeving, verwijst de commissie naar de in de bijlage opgenomen regelgeving.

Overwegingen
Inleiding
1. De commissie ziet zich voor de vraag gesteld of u terecht bent overgegaan tot het opleggen van een last onder bestuursdwang en vervolgens het intrekken van de exploitatievergunning.

2.1 Bezwaarden hebben op 1 juni 2018 een exploitatievergunning verkregen voor de Pieter Calandlaan 244 H te Amsterdam. Het bedrijf wordt geëxploiteerd als: alcoholvrij lunchroom waarbij als nevenactiviteit waterpijpen op bestelling mogen worden aangeboden in een daarvoor bestemde rookruimte. Gezien de mogelijke aantasting van het woon- en leefklimaat, openbare orde en veiligheid, heeft u de exploitatievergunning met terras, met inachtneming van voorschriften en bijlagen, verleend voor de duur van één jaar.

[1] Ppm staat voor parts-per-million.

2.2 In de exploitatievergunning staat onder andere vermeld: De aanvrager heeft aangegeven dat het aanbod van waterpijpen enkel plaats zal vinden als nevenactiviteit. Een beperkt aantal waterpijpen zal op bestelling worden aangeboden in een daarvoor bestemde rookruimte. Hierbij zal de hoofdregel worden gehanteerd dat het in het horecabedrijf niet mogelijk zal zijn om enkel een waterpijp te nuttigen.

2.3 Op 12 oktober 2018 om 21:00 uur heeft een controle plaatsgevonden. Van deze controle is op 25 oktober 2018 een rapportage opgesteld door de politie, waaruit volgt: *"Geconstateerd dat al deze jongeren 1 of meerdere waterpijpen Sisha aan het roken waren. Geconstateerd is dat niemand etenswaren aan het nuttigen waren zoals gebruikelijk in een lunchroom. De gehele ruimte van de onderneming werd duidelijk alleen gebruik als relax-shisha lounge en niet als lunchroom. Eerder namelijk op 9 juli 2018 te 20.36 uur heeft er ook een gezamenlijke controle met politie en NVWA plaats gevonden. Bij deze controle is een soort gelijke situatie in de onderneming aangetroffen. In een gesprek met de aanwezige exploitant is hem medegedeeld dat hij een aparte rookgedeelte moest installeren. (...) Controle Voedsel en Warenautoriteit NVWA, monsters genomen van de rokende klanten. Uit laboratories onderzoek is gebleken dat het hier om tabak ging en de onderneming in overtreding is. De geconstateerde overtreding wordt verder afgehandeld door de opsporingsambtenaren van het NVWA. Verder bleek uit informatie van het NVWA, dat deze onderneming zich hier eerder schuldig aan heeft gemaakt. Verder is ook geconstateerd dat de persoonlijke co2 melders welke gedragen werden door medewerkers NVWA, afgingen bij het benaderen van bepaalde plekken in de onderneming. Op deze plekken werden de volgende waarden koolmonoxide gemeten, 24-26 in de keuken en 38 in het toilet."*

<u>Besluit van 26 oktober 2018</u>

3.1 Op 26 oktober 2018 heeft u vervolgens een last opgelegd. U heeft overwogen dat de exploitatie niet aan de vergunning voldoet en bovendien een gevaar voor de gezondheid van de aanwezigen oplevert. Gelet daarop heeft u de volgende last opgelegd: *"Per direct het gebruik van shishapijpen dan wel het gebruiken van shisha op andere wijze in uw horeca-inrichting aan de Pieter Calandlaan 244H dient te staken en gestaakt te houden en per direct de waterpijpen en bijbehorende (verhittings)installatie en de kolen uit uw horecabedrijf dient te verwijderen en verwijderd te houden".*

3.2 U heeft de last per direct opgelegd, omdat blijkens de toelichting van uw vertegenwoordiger op de hoorzitting een gevaar voor de gezondheid aanwezig was. Bezwaarden stellen echter dat zij na 12 oktober 2018 het probleem met het pijpje hebben opgelost en ten tijde van de last geen sprake meer was van een gezondheidsbedreigende situatie.

4.1 De commissie overweegt dat de voorzieningenrechter bij uitspraak van 6 maart 2019 het verzoek om een voorlopige voorziening ten aanzien van de last heeft afgewezen. De voorzieningenrechter heeft daarbij overwogen dat bezwaarden met hun betoog over het hoofd zien dat de kern van de zaak is, dat er een vergunning is verleend onder de voorwaarde dat er alleen in een aparte rookruimte mag worden gerookt. De voorzieningenrechter stelt vast dat in strijd met de vergunningsvoorwaarden is gehandeld. Het is de eigen verantwoordelijkheid van bezwaarden om te exploiteren conform de vergunningvoorwaarden. U heeft zich volgens de voorzieningenrechter terecht op het standpunt gesteld dat er een overtreding van artikel 1.6, tweede lid, van de APV was. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kon u ook zonder begunstigingstermijn de last opleggen. Het stoppen met het gebruik van shisha is immers eenvoudig uit te voeren zonder enige voorbereiding.

4.2 De commissie sluit zich aan bij deze overwegingen van de voorzieningenrechter. Bezwaarden erkennen in het bezwaarschrift ook dat een rookruimte nog niet was gerealiseerd. U was dan ook bevoegd om de last op te leggen, omdat er sprake is van handelen in strijd met artikel 1.6, tweede lid, van de APV.

5.1 Uit de last blijkt dat u de last ook heeft opgelegd omdat de exploitatie 'bovendien gevaar voor de gezondheid van de aanwezigen oplevert'.

5.2 Anders dan bezwaarden stellen volgt uit het rapport van 25 oktober 2018, zoals weergegeven onder 2.3, duidelijk dat er niet alleen sprake was van een meting in het toilet, maar ook in de keuken. Op 12 oktober 2018 was er dan ook sprake van te hoge CO waarden, wat een risico voor de gezondheid oplevert. Dat shisha mag volgens de NVWA, zoals bezwaarden naar voren brengen, wil niets zeggen over de vraag of er al dan niet sprake is van een gezondheidsgevaar, van een te hoge CO waarde. De commissie is dan ook van oordeel dat er sprake was van een overtreding van artikel 3.16, derde lid, van de APV. Door de vastgestelde te hoge CO waarden, hebben bezwaarden niet alles gedaan wat voor een goede gang van zaken in het horecabedrijf nodig was.

5.3 Van deze te hoge CO waarden bent u echter pas op 25 oktober 2018 op de hoogte gebracht. Op die datum was het onbekend of er nog steeds sprake was van een direct gevaar voor de gezondheid. De commissie volgt u dan ook niet in uw overweging: "*Gelet op het feit dat het besluit gericht is op het beëindigen van een gezondheidsbedreigende situatie die niet gelegaliseerd kan worden acht ik het opleggen van de last zonder nadere zienswijzetermijn gerechtvaardigd.*" In de uitspraak van 6 maart 2019 heeft de voorzieningenrechter ook overwogen dat niet ingezien wordt waarom op 25 oktober 2018 de kwestie met spoed opgepakt moest worden, zonder eerst te verifiëren of het gezondheidsprobleem nog steeds speelde. De commissie is dan ook van oordeel dat u bezwaarden ten onrechte niet in de gelegenheid heeft gesteld om een zienswijze in te dienen. Dat u geprobeerd heeft om telefonisch contact op te nemen voor een zienswijze, hetgeen niet is gelukt, doet hier niet aan af. Dit gebrek is echter in bezwaar hersteld. Bezwaarden hebben namelijk tijdens de bezwaarprocedure hun standpunt naar voren kunnen brengen.

5.4 Het voorgaande leidt echter niet tot de conclusie dat de last buiten proportioneel zou zijn. Immers was u al bevoegd om de last, zonder begunstigingstermijn, op te leggen omdat bezwaarden niet exploiteerden conform vergunning. Er werd shisha aangeboden zonder aanwezige rookruimte.

5.5 Anders dan bezwaarden stellen was er ook geen sprake van concreet zicht op legalisatie ten aanzien van de rookruimte. Allereerst constateert de commissie dat het gesprek van 2 november 2018 waar bezwaarden naar verwijzen na het opleggen van de last heeft plaatsgevonden. Daarom heeft de informatie die uit dit gesprek volgt geen onderdeel kunnen zijn van de besluitvorming. Bovendien was er geen sprake van *concreet* zicht op legalisatie. Vanaf het begin van de exploitatie – juni 2018 – tot aan de last was er geen rookruimte gerealiseerd. Noch bleek van enige adequate poging om de rookruimte te realiseren (er is geen offerte van een aannemer, concrete bouwtekening en/of planning).

5.6 De commissie is ook niet gebleken dat u gelijke gevallen niet gelijk behandeld. De verwijzing van bezwaarden naar Medina kan bezwaarden niet baten, omdat geen sprake is van een gelijk geval. Gelet op de toelichting van uw vertegenwoordiger staat in de vergunning van

Medina niet dat shisha in een rookruimte aangeboden moet worden (en kon deze ondernemer wel aantonen hoe het kwam dat er een te hoge CO waarde was).

6.1 Concluderend is de commissie van oordeel dat het bezwaar tegen de last ongegrond is en de last in stand kan blijven. Bezwaarden exploiteerden niet overeenkomstig de vergunning, door shisha aan te bieden zonder rookruimte. De commissie adviseert u dan ook om de grondslag van de last hiertoe te beperken.

6.2 Gelet op het voorgaande behoeft het geen bespreking dat de controles, waarbij geen te hoge CO-waarden zijn vastgesteld, niet zijn meegenomen en/of er al dan niet sprake was van het exploiteren van een lunchroom. Overigens komt de commissie bij het bezwaar tegen de intrekking van de vergunning wel toe aan de vraag of er al dan niet sprake is van een lunchroom.

6.3 Tot slot adviseert de commissie u wel om de wettelijke grondslag in de last aan te passen. U heeft immers geen last onder dwangsom opgelegd maar een last onder bestuursdwang. Daarom dienen de artikelen uit de Awb van de last onder bestuursdwang aan uw besluit ten grondslag gelegd te worden. Deze artikelen zijn in de bijlage bij dit advies opgenomen.

<u>Besluit van 4 december 2018</u>

7. U heeft vervolgens de exploitatievergunning ingetrokken op grond van artikel 1.7 sub a, c, en f in samenhang met artikel 3.11 en 3.16 van de APV. U heeft de intrekking kort gezegd gebaseerd op de volgende redenen:

- Het feit dat bezwaarden de exploitatie van de horeca-inrichting in eerste instantie zijn aangevangen zonder te beschikken over de vereiste exploitatievergunning;
- Het feit dat bezwaarden bij het behandelen van de aanvraag meerdere malen erop gewezen zijn dat exploitatie van een volledige shishalounge op dit adres niet is toegestaan en bezwaarden desondanks toch als zodanig zijn gaan exploiteren;
- Het feit dat bezwaarden ondanks waarschuwingen van de politie en inspectie geen aparte rookruimte hebben gerealiseerd;
- Het feit dat het gebruik van shisha in de inrichting een gevaar voor de gezondheid oplevert als gevolg van de hoge CO-waardes;
- Het feit dat bezwaarden willens en wetens een opgelegde last in verband met het gevaar voor de gezondheid van personen niet hebben nageleefd.

8.1 De intrekking heeft u niet op de Handhavingsstrategie gebaseerd. Uw vertegenwoordiger heeft op de hoorzitting toegelicht dat dit komt omdat deze Handhavingsstrategie is gebaseerd op artikel 1.6 van de APV en de vergunning is ingetrokken op grond van artikel 1.7 van de APV. Daarbij heeft uw vertegenwoordiger verwezen naar een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 11 januari 2018 (AMS 17/7205[2]).

8.2 De voorzieningenrechter heeft in de uitspraak van 6 maart 2019 geoordeeld dat u het standpunt dat de Handhavingsstrategie niet van toepassing is, beter dient te motiveren. In de nadere reactie van 19 maart 2019 heeft uw vertegenwoordiger aangegeven dat de intrekking van de exploitatievergunning primair geënt is op artikel 1.7 sub a, c en f van de APV en niet op artikel 1.6, tweede lid, van de APV, waarvan het stappenplan van de Handhavingsstrategie een invulling is. Het niet naleven van de voorschriften verbonden aan de exploitatievergunning speelt bij de c-grond van artikel 1.7 van de APV wel een rol, maar dit betekent niet dat daarom slechts

[2] Waarover bezwaarden en de commissie beschikken in geanonimiseerde versie.

handhavend opgetreden kon worden op grond van het stappenplan. Het intrekken van een exploitatievergunning op grond van artikel 1.7 van de APV is een bevoegdheid die bestaat naast het intrekken van een vergunning op de meer specifieke gronden, zoals geregeld in het stappenplan. Uw vertegenwoordiger verwijst daarbij naar de toelichting bij artikel 1.7 van de APV. Als handhaving aan de orde is, kan ook los van een Handhavingsstrategie worden opgetreden. In dit geval was er sprake van een exploitant die een opeenstapeling van overtredingen beging. Er bestaat dan ook bij de burgemeester geen vertrouwen meer in de exploitant, hetgeen onontbeerlijk is voor het afgeven van een exploitatievergunning.

8.3 De commissie is van oordeel dat de Handhavingsstrategie wel van toepassing is. Aan bezwaarden is immers een exploitatievergunning verleend voor een lunchroom. In de vergunning staat ook expliciet opgenomen: "*Als u zich niet houdt aan de regels voor horecabedrijven (een voorschrift uit deze vergunning of de regels uit de APV), kan de gemeente maatregelen nemen op grond van de geldende Handhavingsstrategie Horeca Amsterdam.*" In de Handhavingsstrategie staat ook vermeld "*Handhavingstappenplan op grond van de APV 2008 (hoofdstuk 3, Horeca) en de Drank- en Horecawet*" en bij de inleiding: "*De handhavingsstrategie heeft betrekking op de overtreding van voorschriften uit de APV (...)*". Hieruit blijkt geenszins dat het beperkt is tot artikel 1.6 van de APV.

8.4 De commissie overweegt vervolgens dat het feit dat de Handhavingsstrategie van toepassing is, niet betekent dat u nooit meteen tot intrekking van een exploitatievergunning kunt overgaan. De Handhavingsstrategie kent een stappenplan van vijf stappen, maar indien de individuele situatie daarom vraagt, kunt u gemotiveerd afwijken van de geldende maatregel uit de Handhavingsstrategie. Daarbij wordt meegewogen de ernst van de overtreding en/of de mate waarin overlast/risico's voor de gezondheid wordt veroorzaakt. Dat kan leiden tot het oordeel dat er sprake is van een excessieve situatie en/of verzwarende omstandigheden.

8.5 De vraag is dan ook of gelet op de door u gestelde cumulatie van overtredingen van een dergelijke situatie sprake is dat u meteen kon overgaan tot intrekking van de vergunning voor onbepaalde tijd. Omdat bezwaarden tegen elke grondslag van de intrekking bezwaren hebben geformuleerd, bespreekt de commissie deze gronden achtereenvolgens. Bezwaarden stellen in de kern dat zij overeenkomstig de vergunning hebben geëxploiteerd, uitgezonderd het niet realiseren van de rookruimte.

Eerder exploiteren zonder vergunning (voorgeschiedenis)

9.1 De commissie overweegt daarbij allereerst dat u heeft kunnen overwegen dat bezwaarden de exploitatie van de horecazaak zijn aangevangen zonder te beschikken over een vereiste exploitatievergunning. Bij besluit van 20 februari 2018 heeft u aan bezwaarden ([redacted], [redacted] en [redacted]) een last onder bestuursdwang opgelegd. Daarin staat dat bezwaarden volgens de gegevens van de Kamer van Koophandel de exploitatie van het horecabedrijf zijn gestart per 1 juli 2017. De last houdt in dat bezwaarden uiterlijk 23 februari 2018 moeten staken met de exploitatie van het horecabedrijf aan de Pieter Calandlaan 244 H en deze exploitatie gestaakt dienen te houden. Dit besluit staat in rechte vast, omdat bezwaarden hiertegen geen bezwaar hebben gemaakt.

9.2 De commissie gaat gelet op de in rechte vaststaande last niet in op de stelling van bezwaarden dat de Kamer van Koophandel een fout heeft gemaakt. Ten overvloede overweegt de commissie dat de afspraken die bezwaarden met de vorige exploitant hebben gemaakt (het betalen van de huur, het overnemen van de inventaris en het gebruik van de vergunning) los staan van de verplichtingen die bezwaarden op grond van de APV hadden om een eigen

exploitatievergunning aan te vragen. Bezwaarden kunnen niet zondermeer exploiteren op andermans vergunning. Een voorlopige toestemming op basis van artikel 3.7 van de APV was niet aan de orde.

10. Bij besluit van 1 juni 2018 hebben bezwaarden vervolgens zelf een exploitatievergunning verkregen voor de Pieter Calandlaan 244 H te Amsterdam. Gezien de mogelijke aantasting van het woon- en leefklimaat, openbare orde en veiligheid, heeft u de exploitatievergunning met terras, met inachtneming van voorschriften en bijlagen, verleend voor de duur van één jaar. Zoals in de voorwaarden staat vermeld blijft deze vergunning van kracht, zolang de hierin omschreven exploitatie niet verandert. Dit betekent dat het horecabedrijf uitsluitend geëxploiteerd mag worden als lunchroom en de waterpijpen slechts als nevenactiviteit mogen worden aangeboden.

Geen rookruimte gerealiseerd

11. Niet in geschil is vervolgens dat ten tijde van uw intrekkingsbesluit bezwaarden geen rookruimte in hun horecazaak hadden gerealiseerd. In zoverre is dan ook niet in geschil dat waterpijpen niet zijn aangeboden in een daarvoor bestemde rookruimte en in die zin dat bezwaarden niet exploiteerden overeenkomstig de vergunning.

Exploiteren als shishalounge

12.1 U stelt zich ook op het standpunt dat bezwaarden exploiteren als volledige shishalounge, terwijl bezwaarden meerdere malen gewezen zijn op het feit dat dit niet is toegestaan op dit adres en er een exploitatievergunning voor een lunchroom is verleend. Uw vertegenwoordiger heeft daarbij expliciet gewezen op het antwoord van bezwaarden op de vraag wat hun bedoeling was: *"Lunchroom West Kitchen is overgenomen met een heel ander doel, waarin wij t.o.z van het huidige plan een heel ander concept willen opstellen. Ons bedrijfsvoering richt zich voornamelijk op eten en zal meer te bieden hebben zoals ontbijt, lunch en maaltijden dan de bestaande West Kitchen. Wij zijn wel voornemens om gedeeltelijk waterpijp aan te bieden in een afgesloten ruimte voor klanten in de vorm van een toetje (na het eten). De hoofdregel zal dan ook zijn, dat alleen een waterpijp nuttigen niet toegestaan zal zijn. Wij zullen hierbij een maximum aantal waterpijp aanbieden en alleen om een service aan te bieden naar de klant. Deze waterpijpen zullen geserveerd worden in de vorm van fruittabak zonder nicotine en teer. De richtlijnen betreft de afgesloten ruimte zullen aan de onderstaande voorwaarden (omtrent milieu en gezondheid) voldoen. Wij zullen niet opereren als een zogenaamde Shisha Lounge en willen ook niet dit beeld gaan creëren."*

12.2 Bezwaarden voeren aan dat u ook niet weet wat onder een nevenactiviteit verstaan moet worden. Als klanten vragen om een waterpijp, kunnen bezwaarden die niet weigeren, ook niet als mensen alleen een drankje gedronken hebben. De verhouding tussen de inkoop van shisha beslaat nog geen 10% van de inkoop. Daarom is er sprake van een nevenactiviteit, aldus bezwaarden.

13.1 De commissie overweegt dat wellicht nog niet geheel uitgekristalliseerd is wat onder de nevenactiviteit aanbieden van waterpijpen verstaan moet worden (is het beperkt in aantal waterpijpen, aantal gasten of anderszins), maar dat kan bezwaarden in dit geval niet baten, omdat in de vergunning van bezwaarden het expliciet is beperkt tot gebruik in een rookruimte, die ten tijde van de hoorzitting nog niet was gerealiseerd.

13.2 De commissie is vervolgens, anders dan bezwaarden, met u van oordeel dat de nadruk van de exploitatie door bezwaarden op shisha ligt. Zoals u ook in uw bestreden besluit heeft overwogen blijkt uit de overgelegde inkoopcijfers niet dat er sprake is van de exploitatie die gericht is op het verstrekken van maaltijden die ter plaatse aan tafel genuttigd worden en verkoop

van drank/een lunchroom. De verhouding producten voor maaltijden en andere producten bedraagt ruwweg 1 op 5. In de exploitatiebegroting die bij de aanvraag is overgelegd is de verhouding 2 op 1. Dat de inkoop van shisha 10% zou bedragen, doet aan het voorgaande niet af.

13.3 Ten tijde van de controles op 9 juli 2018 (20:36 uur), 13 juli 2018 (22:33 uur), 7 september 2018 (21:09 uur), 29 september 2018 (21:41 uur) en 12 oktober 2018 (21:00 uur) is ook geconstateerd dat in de horeca-inrichting een grote hoeveelheid shishapijpen aanwezig en in bedrijf was, zonder dat een aparte rookruimte was opgericht. Tijdens alle controles is geconstateerd dat de exploitatie vrijwel uitsluitend bestond uit het laten nuttigen van shisha en er niet of nauwelijks etenswaren werden geconsumeerd. Van deze controles zijn rapporten/ bevindingen aanwezig in het dossier.

13.4 Dat de controles alleen in de avond hebben plaatsgevonden doet niet af aan de waarde van uw constateringen. Uw vertegenwoordiger heeft op de hoorzitting toegelicht dat u alleen in de avond heeft gecontroleerd omdat bezwaarden laat open gaan. De commissie overweegt dat uit de bij het bezwaarschrift gevoegde menukaart ook volgt dat West Kitchen om 15:00 uur open gaat. Dit in tegenstelling tot de openingstijden (11:00 – 21:00 uur) die in het ondernemingsplan bij de aanvraag vermeld staan. Uit de in het dossier bevindende foto van 9 juli 2018 blijkt overigens ook dat bij elke tafel een waterpijp staat (de bezoekers waren gevraagd om de zaak tijdelijk te verlaten voor het maken van de foto's). Doordat een waterpijp bij elke tafel staat wordt ook de indruk gewekt dat er sprake is van een shishalounge.

13.5 Daarbij neemt de commissie ook de bij het bezwaarschrift gevoegde menukaart in aanmerking, waarop duidelijk staat "*keep calm and smoke a shisha*". Daarnaast worden de volgende feitelijke openingstijden genoemd: vrijdag en zaterdag van 15:00 uur tot en met 03:00 uur en de overige dagen van de week van 15:00 uur tot en met 01:00 uur. Uit de menukaart zijn de salades vervangen door snoepgoed en zijn de belegde broodjes, specials en lunchmenu vervangen door smaken shisha. Hieruit volgt een zeer beperkt aanbod van etenswaren in tegenstelling tot wat bezwaarden bij hun aanvraag hebben aangegeven. Hieruit blijkt niet dat er ontbijt aangeboden wordt zoals op de hoorzitting naar voren is gebracht. Deze menukaart komt dan ook niet overeen met hetgeen in het ondernemingsplan staat vermeld: "'*Daily fresh' aanbod, waaronder broodjes, maaltijdsalades, soepen, diverse Marokkaanse hartige gerechten/hapjes, verse sappen, koffie, thee en diverse koude non-alcoholische dranken*". Daarnaast is het niet mogelijk om te komen lunchen, aangezien de zaak blijkens de menukaart pas om 15:00 uur opengaat. Dat er ook foto's zijn van etenswaren in de vriezer doet aan het voorgaande niet af.

13.6 Uit de verklaring van bezwaarden op de hoorzitting komt overigens ook naar voren dat zij de shisha niet als nevenactiviteit exploiteren. Immers anders dan de exploitatievergunning voorschrijft wordt een waterpijp niet als toetje in relatie tot het nuttigen van etenswaren aangeboden, maar verstrekt als klanten erom vragen.

14.1 De commissie is dan ook met u van oordeel dat de exploitatie niet in hoofdzaak bestaat uit het verstrekken van maaltijden, het exploiteren als lunchroom. Feitelijk gaan bezwaarden pas om 15:00 uur open, blijkens de bij het bezwaarschrift gevoegde menukaart, blijft tot laat in de avond/nacht geopend, serveert voornamelijk snacks en drankjes, en faciliteert het gebruik van shishapijpen aan een ieder. Niet alleen aan diegene die een maaltijd genuttigd hebben.

14.2 De commissie wordt in deze overtuiging ook gesterkt, doordat bezwaarden na het opleggen van de last inhoudende het staken van de shisha ervoor hebben gekozen om de zaak te

sluiten. Op de hoorzitting is aangevoerd dat men meteen een rookruimte wilde realiseren en bezwaarden zelf al begonnen waren met het weghalen van het plafond. Tot het moment van de hoorzitting was een rookruimte echter nog niet gerealiseerd. Ten tijde van haar advisering heeft de commissie ook nog niet vernomen dat de rookruimte daadwerkelijk is gerealiseerd.

Gebruik van shisha een gevaar voor de gezondheid

15.1 Bezwaarden stellen zich verder op het standpunt dat shisha niet schadelijk is voor de gezondheid volgens de NVWA en is een rookruimte niet vereist.

15.2 De commissie verwijst naar haar overwegingen onder 5.2. Shisha zonder tabak levert op zich geen gevaar op, maar op 12 oktober 2018 is op twee plekken een te hoge CO waarde gemeten. Op 12 oktober 2018 was er dan ook sprake van een gevaar voor de gezondheid.

Willens en wetens niet voldaan aan opgelegde last onder bestuursdwang

16.1 Met uw controle van 26 oktober 2018 om 20:47 uur hebben uw toezichthouders geconstateerd dat door exploitanten niet werd voldaan aan de last. In het rapport van 26 oktober 2018 staat het volgende opgenomen: "*Zaak zat helemaal vol, 2 mannen voor de deur die 'op de wacht' leken te staan. wij zijn 2 maal langs gelopen waarbij een persoon ons een stuk achterna liep. Zaak hing helemaal vol rook van de Shisha, de geur kwam ons al tegemoet bij het aanlopen. Tafels met shishapijpen aanwezig waar gretig gebruik van werd gemaakt.*"

16.2 Bezwaarden stellen dat dit kwam door een miscommunicatie. De commissie is van oordeel dat u terecht heeft overwogen dat het voor rekening en risico van bezwaarden komt als de inhoud van de last niet goed is doorgegeven aan het personeel. Deze last onder bestuursdwang is op 26 oktober 2018 om 11:06 uur bezorgd en om 12:27 uur is telefonisch contact geweest naar aanleiding van de opgelegde last waarin de behandelend ambtenaar bezwaarden heeft bevestigd dat zij geen shisha meer mogen aanbieden in de lunchroom. De inhoud van de last was bezwaarden dan ook duidelijk. Dat zij wellicht niet willens en wetens de last hebben overtreden, doet hier niet aan af. Vast staat dat de last niet direct is opgevolgd.

Conclusie ten aanzien van intrekkingsbesluit

17.1 De commissie is dan ook van oordeel dat u gelet op het voorgaande tot de volgende conclusie kon komen. Er is niet alleen sprake van een overtreding uitgaande van het ontbreken van een rookruimte. Er is sprake van een geschiedenis van exploiteren zonder vergunning, niet-naleven van een opgelegde last, niet exploiteren conform vergunning en van het verschaffen van onjuiste informatie bij de aanvraag exploitatievergunning. Daarom heeft u het vertrouwen in bezwaarden als exploitant verloren. Het verliezen van vertrouwen is inderdaad geen overtreding zoals bezwaarden stellen, maar het hebben van vertrouwen is wel onontbeerlijk voor een exploitatievergunning. Daarbij neemt de commissie in overweging dat exploitant – gelet op uw toelichting op de hoorzitting - reeds bij de vergunningverlening het voordeel van de twijfel heeft gekregen.

17.2 De commissie is concluderend van oordeel dat u terecht bent overgegaan tot intrekking van de exploitatievergunning op grond van artikel 1.7 sub a, c en f van de APV in samenhang met artikel 3.11 en 3.16, derde lid, van de APV. Gelet op de cumulatie van overtredingen kon u meteen tot intrekking overgaan in afwijking van de Handhavingsstrategie. Voor zover bezwaarden op dit moment een rookruimte gerealiseerd zouden hebben, maakt dit ook niet dat u de intrekking moet herroepen, immers was de rookruimte vanaf het begin een duidelijke voorwaarde en is het niet realiseren van een rookruimte, niet de enige intrekkingsgrond.

17.3 De commissie overweegt tot slot dat de voorzieningenrechter in haar uitspraak van 6 maart 2019 bepaald heeft dat het intrekkingsbesluit is geschorst tot zes weken na bekendmaking van de beslissing op bezwaar.

Conclusie en advies

De commissie adviseert u om:

- Het bezwaar tegen het besluit van 26 oktober 2018 ongegrond te verklaren;
- Het besluit van 26 oktober 2018 in stand te laten, onder aanpassing van de wettelijke grondslag;
- Het bezwaar tegen het besluit van 4 december 2018 ongegrond te verklaren;
- Het besluit van 4 december 2018 in stand te laten.

Amsterdam, 10 april 2019

mr. R. Kramer, voorzitter

mr. J.E. van Bruggen, secretaris

Bijlage: Toetsingskader

Algemene wet bestuursrecht
Artikel 5:1
1 In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.
2 Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.
3 Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 5:21
Onder last onder bestuursdwang wordt verstaan: de herstelsanctie, inhoudende:
a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en
b. de bevoegdheid van het bestuursorgaan om de last door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen, indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.

Artikel 5:24
1 De last onder bestuursdwang omschrijft de te nemen herstelmaatregelen.
2 De last onder bestuursdwang vermeldt de termijn waarbinnen zij moet worden uitgevoerd.
3 De last onder bestuursdwang wordt bekendgemaakt aan de overtreder, aan de rechthebbenden op het gebruik van de zaak waarop de last betrekking heeft en aan de aanvrager.

Artikel 5:25
1 De toepassing van bestuursdwang geschiedt op kosten van de overtreder, tenzij deze kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen.
2 De last vermeldt in hoeverre de kosten van bestuursdwang ten laste van de overtreder zullen worden gebracht.
3 Tot de kosten van bestuursdwang behoren de kosten van voorbereiding van bestuursdwang, voor zover deze zijn gemaakt na het verstrijken van de termijn waarbinnen de last had moeten worden uitgevoerd.
4 De kosten van voorbereiding van bestuursdwang zijn ook verschuldigd, voor zover als gevolg van het alsnog uitvoeren van de last geen bestuursdwang is toegepast.
5 Tot de kosten van bestuursdwang behoren tevens de kosten van vergoeding van schade ingevolge artikel 5:27, zesde lid.
6 Het bestuursorgaan stelt de hoogte van de verschuldigde kosten vast.

Algemene Plaatselijke Verordening 2008
Artikel 1.6 Voorschriften en beperkingen
1. Het bevoegde bestuursorgaan kan aan een vergunning of ontheffing voorschriften en beperkingen verbinden ter bescherming van het belang of de belangen in verband waarmee de vergunning of de ontheffing is vereist.
2. Het is de houder van een vergunning of een ontheffing verboden om te handelen in strijd met de daaraan verbonden voorschriften of beperkingen.

Artikel 1.7 Algemene gronden voor wijziging of intrekking
Het bevoegde bestuursorgaan kan een vergunning of ontheffing geheel of gedeeltelijk wijzigen of intrekken als:
a. ter verkrijging van de vergunning of ontheffing onjuiste of onvolledige gegevens zijn verstrekt;

b. dit vanwege veranderde wetgeving of gewijzigde omstandigheden of inzichten noodzakelijk is in het belang of de belangen in verband waarmee de vergunning of de ontheffing is vereist;
c. de aan de vergunning of ontheffing verbonden voorschriften of beperkingen niet worden nagekomen;
d. de houder geen gebruik maakt van de vergunning of ontheffing binnen de daarin genoemde termijn of bij ontbreken daarvan binnen een redelijke termijn;
e. de houder of diens rechtsopvolger hierom vraagt;
f. dit noodzakelijk is ter bescherming van het belang of de belangen in verband waarmee de vergunning of de ontheffing is vereist of
g. de vergunning of ontheffing is gegeven in strijd met een wettelijk voorschrift.

Artikel 3.7 Beëindiging exploitatie bedrijf
1. Als hij de exploitatie van een bedrijf beëindigt doet de exploitant hiervan binnen twee weken na de beëindiging mededeling aan het bevoegde bestuursorgaan.
2. Bij beëindiging van het bedrijf vervalt de vergunning, tenzij de rechtsopvolger van de vergunninghouder binnen vier weken na de overdracht van het bedrijf een aanvraag voor een vergunning heeft ingediend.
3. Behoudens het geval dat zwaarwegende feiten of omstandigheden zich daartegen verzetten, blijft de vergunning in dat geval van kracht, totdat op de aanvraag een besluit is genomen.

Artikel 3.8 Exploitatie van een horecabedrijf
1. Het is verboden zonder vergunning van de burgemeester een horecabedrijf te exploiteren.
(...)

Artikel 3.11 Bijzondere weigeringsgronden
1. De burgemeester weigert de vergunning als de exploitant of de leidinggevende van een alcoholvrij bedrijf niet voldoet aan de in artikel 3.10 gestelde eisen.
2. De burgemeester kan de vergunning geheel of gedeeltelijk weigeren als naar zijn oordeel het woon- en leefklimaat in de omgeving van het horecabedrijf, de openbare orde of de veiligheid nadelig wordt beïnvloed door de aanwezigheid van het horecabedrijf.
3. Bij de toepassing van de in het vorige lid genoemde weigeringsgrond houdt de burgemeester rekening met:
a. het karakter van de straat en de wijk waarin het horecabedrijf is gelegen of zal zijn gelegen;
b. de aard van het horecabedrijf;
c. de spanning waaraan het woon- en leefklimaat ter plaatse reeds bloot staat;
d. de wijze van bedrijfsvoering door de exploitant of de leidinggevende en
e. het levensgedrag van de exploitant of leidinggevende.

Artikel 3.16 Verplichtingen van de exploitant en de leidinggevende
1. De exploitant en de leidinggevende brengen de door de burgemeester vastgestelde openingstijdenkaart zodanig in het bedrijf aan dat deze altijd van buitenaf duidelijk zichtbaar is.
2. Het is verboden een alcoholvrij bedrijf voor het publiek geopend te hebben als de exploitant of de leidinggevende die als zodanig op de exploitatievergunning staat vermeld niet in het bedrijf aanwezig is.
3. De exploitant en de leidinggevende doen wat nodig is voor een goede gang van zaken in het horecabedrijf en in de directe omgeving daarvan.