PER FALK COURIER
Gemeente Amsterdam
T.a.v. de Burgmeester van Amsterdam
Directie Juridische zaken
Postbus 202
1000 AE AMSTERDAM

Amsterdam, 26 maart 2018

Onderwerp **:** mk, ABE / Advies
Onze referentie **:** 20141073
Uw referentie **:**

GRONDEN BEZWAARSCHRIFTEN

Geachte heer / mevrouw,

Hierbij doe ik u namens cliënte, de besloten vennootschap Megabar Amsterdam BV, hierna te noemen: ABE, de gronden bij het pro forma bezwaarschrift toekomen tegen het besluit d.d. 28 december 2017, strekkende tot het opleggen van stap 1, inhoudende het opleggen van een last onder dwangsom, waarbij een dwangsom van €5.000,- wordt verbeurd, indien na de datum verzending van de last geconstateerd wordt dat ABE een voorschrift van haar exploitatievergunning overtreedt.

Voorts houdt het besluit de intrekking van de bonus verruimde openingstijden in. In verband hiermee heeft verweerder op 11 januari 2018 een besluit genomen strekkende tot wijziging van

de exploitatievergunning. Tegen dit besluit is eveneens pro forma bezwaar ingesteld. Onderhavige gronden strekken tevens ter aanvulling van de bezwaargronden tegen de gewijzigde exploitatievergunning d.d. 11 januari 2018.

ABE kan zich met voornoemde besluiten d.d. 28 december 2017 en 11 januari 2018 in het geheel niet verenigen en licht dat als volgt toe.

INLEIDING

De grondslag voor het besluit 18 december 2017, is primair gelegen in de handelwijze van ABE bij de incidenten op 9 juli 2017, waarbij ABE niet volgens haar veiligheidsplan en aldus in strijd met de vergunningvoorschriften, zou hebben gehandeld.

Bij het besluit speelt voorts een rol dat aan ABE op 15 juli 2016 een bestuurlijke waarschuwing (stap 0) is opgelegd in verband met de constatering van 14 mei 2016 dat ABE niet conform haar veiligheidsplan zou hebben gehandeld doordat ABE niet de hele tijd twee beveiligers bij de toegangsdeur zou hebben staan, en niet alle bezoekers van de Club bij binnenkomst zouden worden gevisiteerd.

In het bestreden besluit wordt erkend dat een opgelegde stap conform de Handhavingstrategie verjaart 1 jaar nadat de betreffende constatering heeft plaatsgevonden.

Ondanks het feit dat de constatering van 14 mei 2016 meer dan een jaar geleden is, en dus is verjaard, zodat verweerder voor de handelwijze van ABE op 9 juli 2017 hooguit opnieuw een stap 0, bestuurlijke waarschuwing kan opleggen, meent verweerder dat er in dit geval voldoende redenen zijn om maatwerk toe te passen en de bestuurlijke waarschuwing over te slaan en direct een last onder dwangsom op te leggen. Daartoe wordt – kort gezegd – het volgende overwogen:

- Gebleken is dat ABE vanaf 13 februari 2017 weer reguliere clubavonden, voor een ieder toegankelijk, organiseert, hetgeen in strijd zou zijn met het veiligheidsplan en de daarmee met de vergunningvoorschriften.
  Voor deze de kwestie, de invulling van de maandagavond, is op 26 april 2017 een voornemen tot het opleggen van stap 1/een last onder dwangsom is verstuurd.

- Daarnaast zouden zich een aantal incidenten in dan wel voor Club ABE hebben afgespeeld waaruit het vermoeden dat er Satudarahleden en ander Outlaw Motorcycle Gangleden (OMG), dan wel mensen met een criminele achtergrond in Club ABE komen, zou worden bevestigd.
  Het zou hierbij gaan om:
  - een incident op 28 maart 2017 waarbij buiten Club ABE een incident zou hebben plaatsgevonden tussen bezoekers die Club ABE verlieten en personen op straat. Uit politieonderzoek zou zijn gebleken dat de betreffende bezoekers voorkomen in meerdere recente liquidatieonderzoeken.
  - voornoemd incident van 9 juli 2017 waarbij leden van een OMG uit Utrecht in Club ABE aanwezig zouden zijn geweest, die na het incident in de Club ABE verderop in de straat in conflict zijn geraakt met vermoedelijke Satudarahleden.
  - in de nacht van maandag op dinsdag 11 juli 2017 heeft de politie een aantal personen uit Club ABE zien komen, die later in twee auto's zijn gestapt, waarvan 1 auto betrokken zou zijn geweest bij een eerder incident op de Rijkweg A10 en/of incidenten waarbij Satudarahleden in voorkomen.

Op basis van bovenstaande incidenten is op 18 augustus 2017 een voornemen om een last onder dwangsom op te leggen, alsmede om de bonus verruimde openingstijden in te trekken verstuurd.

Tegen dit voornemen is een op 14 september 2017 een zienswijze ingediend. Deze zienswijze wordt thans overgelegd als **productie 2.**

De zienswijze heeft er niet toe geleid dat van het voornemen d.d. 18 augustus 2017 is afgezien.

Bij bestreden besluit van 28 december 2018 is stap 1 opgelegd alsmede is de bonus verruimde openingstijden ingetrokken. Voorts is in verband hiermee op 11 januari 2018 het besluit tot wijziging van de exploitatievergunning genomen.

GRONDEN

De gronden gericht tegen het opleggen van stap 1/de last onder dwangsom gelden derhalve

eveneens als gericht tegen de gewijzigde exploitatievergunning, voor zover hierin de bonus verruimde openingstijden is komen te vervallen.

Onderdeel van de gewijzigde exploitatievergunning is een Veiligheidsplan waarin het aanbieden van VIP-tafels (voorlopig) noodgedwongen is geschrapt, nu dit 1 van de voorwaarden voor heropening was, nadat ABE 3 maanden gesloten is geweest nadat een handgranaat is geplaatst buiten voor de deur van ABE. Tegen deze heropeningsvoorwaarde is bezwaar ingesteld. ABE handhaaft het gestelde in dit bezwaarschrift onverkort als bezwaar tegen de gewijzigde exploitatievergunning, voor zover hieraan een verbod tot het aanbieden van VIP-tafels is verbonden. Dit bezwaarschrift is gehecht aan onderhavige gronden.

ABE heeft niet gehandeld in strijd met enig vergunningvoorschrift

ABE meent primair dat zij met de handelwijze rondom het incident op 9 juli 2017, noch op enig ander moment, heeft gehandeld in strijd met haar veiligheidsplan en/of vergunningvoorschriften, zodat reeds om die reden geen stap kan worden opgelegd, noch een grondslag bestaat voor intrekking voor de bonus verruimde openingstijden. Voor een uitvoerige motivering van deze stelling verwijst ABE naar het gestelde in de zienswijze d.d. 14 september 2017, waarvan ABE verzoekt de inhoud als hier herhaald en ingelast te beschouwen.

Geen vrees voor herhaling

Voor zover als sprake is van enige overtreding van het Veiligheidsplan, is de overtreding uitsluitend gelegen in een verschil in interpretatie van het Veiligheidsplan. De betreffende bepalingen zijn in de thans geldende versie van het Veiligheidsplan nader uitgewerkt, zodat vrees voor herhaling niet aan de orde.

Koppeling maatregelen in veiligheidsplan als voorschriften verbonden aan de exploitatievergunning, levert strijd op met de Dienstenrichtlijn

De bestreden besluiten zijn beide gebaseerd op de stelling van verweerder dat ABE zich niet heeft gehouden aan haar Veiligheidsplan, en hiermee de voorschriften verbonden aan de exploitatievergunning heeft geschonden.

ABE stelt zich op het standpunt dat de koppeling van Veiligheidsplan aan de

exploitatievergunning, in strijd is met de Dienstenrichtlijn, althans dat diverse voorschriften die verweerder verbindt aan de exploitatievergunning door middel van het stellen van eisen aan het Veiligheidsplan, in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn.

In onderhavige zaak gaat het concreet om:

- de exacte positionering van beveiligingsmedewerkers
- het visitatie- en fouilleringsbeleid;
- de programmering/de invulling van de maandagavond;
- de wijze waarop wordt samengewerkt met de politie.
- het verlenen van VIP=tafeldiensten.

Verweerder stelt als voorwaarde voor het verlenen van de exploitatievergunning dat de exploitant beschikt over een goedgekeurd Veiligheidsplan. Het Veiligheidsplan is een ondernemingsplan waarin tot uitdrukking komt hoe de exploitant de veiligheid waarborgt. In de praktijk komt dit erop dat het Veiligheidsplan niet wordt goedgekeurd indien de exploitant zijn bedrijfsvoering niet invult op de door verweerder gewenste wijze. Hiermee bemoeit verweerder zich op ongeoorloofde wijze met de bedrijfsvoering van de exploitant.

Bovendien houdt verweerder onvoldoende rekening met het feit dat een Veiligheidsplan geen statisch document is maar een organisch verhaal en dynamisch hoort te zijn, waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat een onderneming continu in ontwikkeling is.

Uit de bestreden besluiten blijkt dat verweerder meent zich op microniveau te kunnen mengen in de wijze waarop de exploitant zijn horecabedrijf exploiteert en als het niet gehandeld wordt conform de letter van het Veiligheidsplan, handhavend kan worden opgetreden.

Zo legt verweerder een waarschuwing aan ABE op omdat 1 portier voor de deur staat en 1 portier achter de deur, terwijl in het Veiligheidsplan staat dat er 2 porties voor de deur staan.

En wenst verweerder de exploitatie vergunning te kunnen weigeren indien ABE haar programmering aanpast, zonder voorafgaande goedkeuring van verweerder. Het is dan niet voldoende dat ABE een wijziging in haar programmering meldt bij verweerder en vervolgens

redelijke adviezen hierover van de politie of verweerder opvolgt.

Ook meent verweerder dat tot in detail aan een exploitant kan worden opgelegd op welke wijze de exploitant samenwerkt met politie, en in het bijzonder door wie en aan wie melding wordt gemaakt van incidenten en/of binnen welke termijn aangifte bij de politie wordt gedaan.

Daarnaast is verweerder van oordeel dat via het Veiligheidsplan - per ondernemer - beperkingen kunnen worden opgelegd in het aanbod van de horecadiensten van de ondernemer, zoals het aanbieden van VIP-tafels (maar ook bijvoorbeeld of al dan niet contant geld mag worden geaccepteerd, flessen open of dicht worden geserveerd, bezoekers worden gescreend etc).

Indien de koppeling van het Veiligheidsplan aan de exploitatievergunning, met zich mee brengt dat verweerder dergelijk verstrekkende voorschriften aan de vergunning kan verbinden, is het vergunningvoorschrift inhoudende dat de horecaondernemer dient te beschikken over een goedgekeurd Veiligheidsplan en zich dient te houden aan het Veiligheidsplan, in strijd met het evenredigheidsvereiste van artikel 10 lid 2 onder c Dienstenrichtlijn.

Dit vereiste bestaat uit een geschiktheidstoets (zijn de maatregelen geschikt om de verwezenlijking van het nagestreefde doel van algemeen belang te waarborgen) en een noodzakelijkheidstoets (gaat de maatregel niet verder dan noodzakelijk om dat doel te bereiken/zijn er alternatieve minder beperkende maatregelen denkbaar), zie bijvoorbeeld Harmsen-arrest HvJ EU (C-341/14).

Indien onderdelen van het verplichte Veiligheidsplan zo moeten worden opgevat dat verweerder een wijziging van een horeca/ondernemers-concept dient goed te keuren, komt dit de facto neer op het niet langer overlaten van ondernemerskeuzes aan de ondernemer, maar aan de gemeente. Dit gaat verder dan noodzakelijk is om openbare orde en veiligheid te waarborgen en druist bovendien in tegen de ratio van de Dienstenrichtlijn welke juist beoogd een concurrerende dienstenmarkt te bevorderen waarbij de vrijheid van vestiging van de dienstenverrichter gewaarborgd is. Dit is blijkens considerans 2 van de Dienstenrichtlijn, van vitaal belang voor de bevordering van de economische groei en werkgelegenheid in de Europese Unie.

Voor zowel de (vermeende) beperking van de invulling van de maandagavond, als voor het verbod op VIP-tafels geldt dat deze vergunningsvoorwaarden zijn opgelegd zonder dat een direct verband is aangetoond tussen de VIP-tafels en de bescherming van de openbare orde/veiligheid (dit gaven wij al aan tijdens die vovo-zitting). Daarmee is al niet voldaan aan het geschiktheidsvereiste (als onderdeel van het evenredigheidsvereiste). Als er namelijk geen verband tussen beide is, hoe kan de maatregel dan geschikt zijn om de openbare orde/veiligheid te beschermen? Met het beperken van de invulling voor de maandagavond en het verbieden van VIP-tafels, is namelijk niet uitgesloten, noch staat vast dat de kans wordt beperkt, dat iemand weer een granaat in het portiek zal leggen. Daarnaast speelt dit ook mee bij de vraag of de maatregel niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Ten aanzien van alle voorschriften uit het Veiligheidsplan die ABE zou hebben geschonden, doordat ABE deze op een andere wijze heeft geïnterpreteerd, geldt dat met de voorschriften zoals door ABE geïnterpreteerd en uitgevoerd, hetzelfde doel wordt bereikt,

ABE meent hierbij dat beperkingen die uitsluitend aan ABE worden opgelegd, zoals de (vermeende) beperking bij de invulling van de maandagavond en het verbod op VIP-tafels, ook in strijd is met artikel 10 lid 2 onder e (objectief), f (vooraf openbaar bekendgemaakt) en g (transparant en toegankelijk). In de zaak Trijber van het HvJ EU (C-340/14) werd een vergunning voor exploitatie passagiersvervoer over water (rondvaarten) buiten de afgifterondes (beperkt in aantal) nog wel eens verleend als sprake was van een “bijzonder initiatief”. Doordat dit in praktijk op inconsistente wijze en niet-inzichtelijk was, was er strijd met artikel 10 lid 2 onder d en g van de Dienstenrichtlijn. Ook de vermeende (voormalige) beperking bij de invulling van de maandagavond en verbod op VIP-tafels wordt op een niet consistente wijze uitgevoerd nu alleen ABE van alle horecabedrijven dergelijke beperkingen krijgt opgelegd. Daarnaast is de wijze van oplegging niet inzichtelijk en niet openbaar bekendgemaakt.

Indien als sprake is van een overtreding van enig vergunningvoorschrift, geldt dat het betreffende vergunningvoorschrift niet had mogen worden opgelegd, althans niet zo beperkt dient te worden opgelegd als verweerder doet.

Hooguit stap 0.

Voor het geval dat een overtreding van de vergunningvoorschriften wordt aangenomen, en

geoordeeld wordt dat deze vergunningvoorschriften hadden mogen worden opgelegd door verweerder, en geoordeeld wordt dat de last niet te ruim is geformuleerd, geldt dat hooguit stap 0 kan worden opgelegd nu in het jaar voorafgaand aan 9 juli 2017, geen soortgelijke overtreding heeft plaatsgevonden.
Verweerder is gehouden aan haar geschreven beleid zoals neergelegd in de Handhavingsstrategie.
Er is geen grondslag voor afwijking van dit beleid ten nadele van ABE, althans verweerder heeft niet voldaan aan de (strenge) motiveringseisen die gelden voor afwijking van geschreven beleid. Hierbij speelt een rol dat de bestuurlijke waarschuwing d.d. 15 juli 2017 ten onrechte is opgelegd, alsmede dat ten onrechte is geoordeeld dat ABE met de invulling van de maandagavond per 13 februari 2017 in strijd heeft gehandeld met haar veiligheidsplan en/of vergunningvoorschriften.
Tot slot wordt ABE ten onrechte aangerekend dat er in heel 2017 1 bezoeker van ABE of hooguit enkele bezoekers, op de duizenden bezoekers die ABE dat jaar heeft ontvangen, mogelijk verbonden zijn aan een OMG dan wel met politie in aanraking zijn geweest. Verweerder doet het voorkomen alsof ABE (meer dan andere horecagelegenheden) fout publiek aantrekt. Doch deze veronderstelling wordt niet gedragen door de feiten. Voor een uitvoerige motivering van deze stellingen verwijst ABE wederom naar de overgelegde zienswijzen.

Last is niet voldoende concreet c.q. te ruim geformuleerd

Uit artikel 5:32a van de Awb volgt dat de last onder dwangsom de te nemen herstelmaatregelen omschrijft. In deze verplichting ligt besloten dat de last voldoende concreet moet zijn. Anders is de last in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel (vgl. Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRvS), 9 maart 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP7132).

Aan ABE is last onder dwangsom opgelegd, waarbij een dwangsom van €5.000,- wordt verbeurd, indien na de datum verzending van de last geconstateerd wordt dat ABE een voorschrift van haar exploitatievergunning overtreedt.

De last is (veel) te ruim geformuleerd en bovendien onduidelijk, gezien de omvang van de voorschriften verbonden aan de exploitatievergunning, zeker indien verweerder gevolg moet worden in de omvatting dat iedere maatregel uit het Veiligheidsplan als voorschrift verbonden aan de exploitatievergunning dient te worden opgevat.

Wat er ook zij van de voorgeschiedenis van ABE, onderhavige last onder dwangsom is opgelegd vanwege enkele overtredingen van het Veiligheidsplan, terwijl de last niet is toegespitst op het beëindigen dan wel herstellen van deze specifieke overtredingen. Het gevolg van de door verweerder gekozen formulering van de last is dat wanneer een bepaling wordt overtreden uit het Veiligheidsplan of zelfs van een geheel ander vergunningvoorschrift, die van een geheel andere aard en orde, is dan de (vermeende) overtredingen die aan de last ten grondslag zijn gelegd, ook de opgelegde dwangsom wordt verbeurd. Een last als de onderhavige past bij een situatie waarin verweerder constateert dat er op ruime schaal over de gehele breedte van de vergunningvoorschriften overtredingen plaatsvinden, maar niet bij een situatie waarin tot op heden geen enkele overtreding rechtens is geconstateerd en het uiteindelijk hooguit kan gaan om enkele overtredingen, terwijl deze overtredingen in die zin achterhaald zijn doordat het Veiligheidsplan op die onderdelen is gewijzigd zodat er in de toekomst geen misverstand kan bestaand over de interpretatie van de betreffende maatregelen.

Gezien het voorgaande is de last onder dwangsom te ruim geformuleerd. Het had in de rede gelegen dat verweerder de last onder dwangsom nader had ingevuld en hierbij de concrete van ABE te verlangen herstelmaatregelen had benoemd om de verbeurte van een dwangsom te voorkomen.

Conclusie

ABE heeft geen overtreding begaan die kan leiden tot het opleggen van een stap. Voor zover er al sprake was van een overtreding, is dit uitsluitend gelegen in een verschil van mening over de interpretatie van het Veiligheidsplan. De betreffende bepalingen uit het Veiligheidsplan zijn in de thans geldende versie verduidelijkt, zodat niet gevreesd hoeft te worden voor herhalen.

Hierbij dient te worden benadrukt dat het verweerder is die dient aan te tonen dat sprake is van een voortdurende overtreding van een voorschrift en/of dat sprake is van vrees voor herhaling. De bewijslast van de overtreding ligt bij verweerder. De relevante feiten en omstandigheden waarop verweerder de last baseert, dienen deugdelijk vastgesteld en controleerbaar te zijn. In dit bewijs kan verweerder niet slagen - kort gezegd - omdat ABE op haar Club op deugdelijke wijze exploiteert, waardoor het aantal incidenten, jaarlijks op 1 hand zijn te tellen.

Indien de vermeend overtreden vergunningvoorschriften (uit het Veiligheidsplan) moeten worden opgevat zoals verweerder doet, geldt dat verweerder door het opleggen van deze vergunningvoorschriften handelt in strijd met de Dienstenrichtlijn.

Van strijdigheid met de Dienstenrichtlijn is in ieder geval sprake ten aanzien van het verbod VIP-tafeldiensten aan te bieden.

Het verbod van willekeur en/of het gelijkheidsbeginsel en evenredigheidsbeginsel, maar ook zorgvuldigheid- en motiveringsbeginsel staan eraan in de weg dat (alleen) voor ABE beperkingen in de programmering en/of het aanbieden van VIP-tafeldiensten gelden.

Er dient geen stap op te worden gelegd, laat staan en extra stap. De afwijking van het sluitingsbeleid, in negatieve zin, is volstrekt onvoldoende gemotiveerd. Hetzelfde geldt voor de intrekking van het beleid bonus verruimde openingstijden.

Voor het geval geoordeeld wordt dat terecht een last onder dwangsom is opgelegd, geldt dat de bestreden last onvoldoende concreet c.q. te ruim geformuleerd is.

Gezien al het voorgaande kunnen de bestreden besluiten niet in stand blijven..

Gemachtigde,

[redacted]