

LJN: BV6353, Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Hertogenbosch , AWB 12/285 en 12/502

Datum uitspraak: 21-02-2012

Datum publicatie: 21-02-2012

Rechtsgebied: Bestuursrecht overig

Soort procedure: Voorlopige voorziening

Inhoudsindicatie: Bij twee afzonderlijke besluiten heeft verweerder verzoekster eerst een last onder dwangsom en vervolgens een last onder bestuursdwang opgelegd wegens het exploiteren van een horecabedrijf (coffeeshop) zonder de daartoe vereiste exploitatievergunning.

Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is niet gebleken van een concreet zicht op legalisatie, reeds omdat verweerder de vereiste vergunning heeft geweigerd naar aanleiding van een BIBOB-advies. Ook anderszins bestaat geen grond voor het oordeel dat in dit geval handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat verweerder van dat optreden behoort af te zien. De omstandigheden dat verweerder bekend is met de overtreding, maar gedurende geruime tijd daartegen niet handhavend heeft opgetreden en dat verweerder de beslistermijn van de aanvraag om een exploitatievergunning heeft overschreden, zijn onvoldoende om tot het oordeel te komen dat verweerder daardoor bij verzoekster het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat tegen die overtreding niet meer handhavend zou worden opgetreden.

Anders dan verzoekster heeft betoogd is de voorzieningenrechter er niet van overtuigd dat in onderhavige zaak sprake is van een overtreding met een continu karakter. Van een voortgezette handeling is niet zonder meer sprake, omdat verzoekster het horecabedrijf iedere dag sluit en vervolgens beslist of zij de dag erna weer opengaat. Naar voorlopig oordeel bestaat dan ook geen grond voor de conclusie dat verweerder in onderhavige zaak de dwangsom niet per constatering van de overtreding van de last heeft kunnen opleggen. Hierbij acht de voorzieningenrechter van belang dat verweerder de overtredingen van de last op verschillende dagen en niet op dezelfde dag heeft geconstateerd.

Ten aanzien van de ter zake gegeven begunstigingstermijnen van twee dagen heeft te gelden dat deze is vastgesteld overeenkomstig het Horecastappenplan 2010 en dat geen aanknopingspunt bestaat voor de conclusie dat verzoekster die last niet binnen de gestelde termijn kan uitvoeren.

Uitspraak

RECHTBANK 's-HERTOGENBOSCH

Sector bestuursrecht

Zaaknummer: AWB 12/285 en 12/502

Uitspraak van de voorzieningenrechter van 21 februari 2012 in de zaken tussen

Coffeeshop "[naam coffeeshop]",
te [plaats],
verzoekster,
gemachtigden mr. F.A. Pommer en prof. mr. E. Steyger,

en

de burgemeester van de gemeente Eindhoven,
verweerder,
gemachtigden mr. H.A.C. Maas en F.M. van der Burgt.
Procesverloop

Bij besluit van 18 januari 2012 heeft verweerder verzoekster gelast binnen twee dagen na verzenddatum van het besluit de overtreding van artikel 2.3.1.2, eerste lid, van de Algemene Plaatselijke Verordening (APV) te beëindigen en beëindigd te houden, onder oplegging van een dwangsom van € 5.000,00 per keer dat de overtreding wordt geconstateerd, met een maximum van € 10.000,00. Verzoekster kan dit doen door de exploitatie van het horecabedrijf (coffeeshop) "[naam coffeeshop]" (hierna: horecabedrijf) zonder vergunning te staken.

Tegen dit besluit heeft verzoekster een bezwaarschrift ingediend.

Bij brief van 20 januari 2012 heeft verzoekster de voorzieningenrechter van de rechtbank verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende dat de last onder dwangsom wordt geschorst. Dit verzoek is geregistreerd onder nummer AWB 12/285.

Bij besluit van 7 februari 2012 heeft verweerder verzoekster onder bestuursdwang gelast binnen twee dagen na verzenddatum van het besluit de overtreding van artikel 2.3.1.2, eerste lid, van de APV te beëindigen en beëindigd te houden.

Tegen dit besluit heeft verzoekster een bezwaarschrift ingediend.

Bij brief van 9 februari 2012 heeft verzoekster de voorzieningenrechter van de rechtbank verzocht een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende dat de last onder bestuursdwang wordt geschorst. Dit verzoek is geregistreerd onder nummer AWB 12/502.

Het onderzoek ter zitting in beide zaken heeft plaatsgevonden op 14 februari 2012. Verzoekster en verweerder hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Voorts waren aanwezig de vennoten van verzoekster [naam vennoot A] en [naam vennoot B].

Overwegingen

1. De voorzieningenrechter gaat uit van de volgende feiten en omstandigheden.
2. Verzoekster exploiteert het horecabedrijf in het pand aan de [adres] te [plaats]. Voor de exploitatie is een exploitatievergunning vereist op grond van artikel 2.3.1.2 van de APV.
3. Verzoekster heeft geen exploitatievergunning.

4. Bij besluit van 20 december 2011 heeft verweerder de door verzoekster op 30 juli 2008 aangevraagde exploitatievergunning geweigerd en verzoekster meegedeeld dat zij het horecabedrijf per direct dient te sluiten. Aan die weigering ligt ten grondslag het advies van het landelijk bureau BIBOB. Volgens verweerder is de conclusie van dit advies dat er sprake is van:

- een ernstig gevaar dat de gevraagde beschikking mede zal worden gebruikt om uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten;
- een ernstig gevaar dat de gevraagde beschikking mede zal worden gebruikt om strafbare feiten te plegen.

5. Tegen de weigering van de vergunning heeft verzoekster op 12 januari 2012 beroep ingesteld bij de rechtbank. Dit beroep is geregistreerd onder nummer AWB 12/181 en zal op 13 april 2012 ter zitting van de rechtbank worden behandeld.

6. Op 9 januari 2012 heeft verweerder bij een controle geconstateerd dat verzoekster het horecabedrijf exploiteert zonder de daarvoor benodigde vergunning. Bij brief van 11 januari 2012 heeft verweerder dit aan verzoekster kenbaar gemaakt en verzoekster bericht dat verweerder voornemens is ter handhaving van artikel 2.3.1.2, eerste lid, van de APV bij herhaalde constatering van overtreding van dat artikel, een last onder dwangsom op te leggen. Tijdens een hercontrole op 16 januari 2012 heeft verweerder vastgesteld dat verzoekster geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid het horecabedrijf zelf te sluiten en geconstateerd dat de exploitatie van het horecabedrijf zonder vergunning voortduurt.

7. Bij besluit van 18 januari 2012 heeft verweerder verzoekster gelast binnen twee dagen na verzenddatum van het besluit de overtreding van artikel 2.3.1.2, eerste lid, van de APV te beëindigen en beëindigd te houden, onder oplegging van een dwangsom van € 5.000,00 per keer dat de overtreding wordt geconstateerd, met een maximum van € 10.000,00. Verzoekster kan dit doen door de exploitatie van het horecabedrijf te staken.

8. Bij fax van 20 januari 2012 heeft verweerder toegezegd de begunstigingstermijn op te schorten tot 2 februari 2012

9. Op 3, 4 en 5 februari 2012 hebben medewerkers van verweerders gemeente en medewerkers van de Politie Brabant Zuid-Oost controles uitgevoerd bij het horecabedrijf. Op deze data hebben zij geconstateerd dat het horecabedrijf in strijd met artikel 2.3.1.2, eerste lid, van de APV werd geëxploiteerd zonder vergunning. Met de constateringen op 3 en 4 februari 2012 heeft verzoekster twee maal een dwangsom van € 5.000,00 en daarmee het maximale dwangsombedrag van € 10.000,00 verbeurd.

10. Verweerder heeft naar aanleiding van de op 5 februari 2012 geconstateerde overtreding conform hoofdstuk 11 van het Horecastappenplan 2010 een last onder bestuursdwang opgelegd. Verweerder heeft verzoekster gelast om binnen twee dagen na verzenddatum van het besluit de overtreding van artikel 2.3.1.2, eerste lid, van de APV te beëindigen en beëindigd te houden.

11. Bij fax van 9 februari 2012 heeft verweerder toegezegd te zullen wachten met de uitoefening van de last onder bestuursdwang totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan op het verzoek om voorlopige voorziening.

Standpunten van partijen

12. Verweerder stelt zich op het standpunt dat de verzoeken om een voorlopige voorziening moeten worden afgewezen. De last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang heeft verweerder terecht opgelegd. Volgens verweerder wegen het maatschappelijk belang bij handhaving en het belang van derdebelanghebbenden zwaarder dan verzoeksters belangen bij het kunnen blijven exploiteren van het horecabedrijf. Er is geen concreet zicht op legalisatie van de overtreding en verweerder is niet gebleken van bijzondere omstandigheden.

13. Verzoekster stelt, kort weergegeven, dat de verzoeken om een voorlopige voorziening dienen te worden toegewezen. Zij heeft een spoedeisend belang bij de gevraagde voorzieningen, omdat – kort gezegd – onderhavige besluiten haar bedrijfsvoering acuut in gevaar brengen. Het is niet zeker dat de weigering van de exploitatievergunning in beroep in stand blijft, zodat de grondslag van onderhavige lastgevingen niet vaststaat. Volgens verzoekster zijn haar belangen niet juist meegewogen. Gelet op de lange beslistermijn van verweerder in de vergunningprocedure en de omstandigheid dat de exploitatie van het horecabedrijf al die tijd is gedoogd, acht verzoekster het handhavend optreden onevenredig. De opgelegde dwangsom acht verzoekster onredelijk hoog. Daarnaast had verweerder, nu de overtreding bestaat uit een handeling met een voortdurend karakter, moeten kiezen voor een verbeurte per tijdseenheid of een bedrag ineens. De begunstigingstermijnen in beide zaken acht verzoekster onredelijk kort.

Wettelijk kader

14. Ingevolge artikel 5:21 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt onder last onder bestuursdwang 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.

15. Ingevolge artikel 5:24, tweede lid, van de Awb vermeldt de last onder bestuursdwang de termijn waarbinnen zij moet worden uitgevoerd.

16. Ingevolge artikel 5:31d van de Awb wordt onder last onder dwangsom verstaan: de herstelsanctie, inhoudende:

- a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en
- b. de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.

17. Ingevolge artikel 5:32a, eerste lid, van de Awb omschrijft de last onder dwangsom de te nemen herstelmaatregelen. Ingevolge het tweede lid wordt bij een last onder dwangsom die strekt tot het ongedaan maken van een overtreding of het voorkomen van verdere overtreding, een termijn gesteld gedurende welke de overtreder de last kan uitvoeren zonder dat een dwangsom wordt verbeurd.

18. Ingevolge artikel 5:32b, eerste lid, van de Awb stelt het bestuursorgaan de dwangsom vast hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid waarin de last niet is uitgevoerd, dan wel per overtreding van de last. Ingevolge het tweede lid stelt het bestuursorgaan tevens een bedrag vast waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd. Ingevolge het derde lid staan de

bedragen in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom.

19. Ingevolge artikel 2.3.1.2, eerste lid, van de APV, is het verboden een horecabedrijf te exploiteren zonder vergunning van de burgemeester.

20. Ingevolge paragraaf 3.1, gelezen in samenhang met hoofdstuk 11, van het Horecastappenplan 2010 wordt bij exploitatie van een coffeeshop zonder exploitatievergunning een dwangsom opgelegd van minimaal € 5.000,00 per constatering tot een maximum van € 10.000,00, met een begunstigingstermijn van twee dagen.

21. Ingevolge paragraaf 3.1, gelezen in samenhang met hoofdstuk 11, van het Horecastappenplan 2010 legt het daartoe bevoegde bestuursorgaan bij een derde geconstateerde overtreding (dat wil zeggen nadat het volledige bedrag van stap 2 na 2 constateringen is verbeurd) een last onder bestuursdwang op om het horecabedrijf te sluiten, met een begunstigingstermijn van twee dagen.
Beoordeling

22. Ingevolge artikel 8:81, eerste lid, van de Awb kan, indien tegen een besluit bezwaar is gemaakt, de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

23. De voorzieningenrechter acht het belang van verzoekster bij het treffen van de gevraagde voorzieningen onder de gegeven omstandigheden voldoende spoedeisend. Het belang van verzoekster bij het treffen van die voorzieningen dient in het kader van deze voorlopige voorzieningenprocedure te worden afgewogen tegen het belang van verweerder. Dit vereist een meer inhoudelijke beoordeling van de bestreden besluiten op basis van een voorlopige rechtmatigheidstoets. Het oordeel van de voorzieningenrechter heeft een voorlopig karakter en bindt de rechtbank op geen enkele wijze in een eventuele bodemprocedure.

24. Hoewel verzoekster reeds het maximale bedrag aan dwangsommen heeft verbeurd, heeft zij naar het oordeel van de voorzieningenrechter wel procesbelang bij een beoordeling van haar verzoek ten aanzien van de last onder dwangsom, nu de uitkomst daarvan, gelet op het hiervoor weergegeven Horecastappenplan 2010, van belang is bij de beoordeling van het verzoek ten aanzien van de last onder bestuursdwang.

25. Vast staat dat verzoekster het horecabedrijf exploiteert zonder de daartoe vereiste vergunning, zodat sprake is van overtreding van artikel 2.3.1.2, eerste lid, van de APV. Verweerder is dus bevoegd om handhavend op te treden.

26. 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. In gevallen waarin het bestuursorgaan in dat kader redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt en gelegenheid biedt tot herstel voordat het een handhavingsbesluit voorbereidt, dient het zich echter in beginsel aan dit beleid te houden. Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan

slechts onder bijzondere omstandigheden van het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom mag afzien. Dergelijke omstandigheden kunnen zich voordoen als concreet zicht op legalisatie bestaat, of als het opleggen van een dergelijke last zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat in die concrete situatie van het opleggen van die last behoort te worden afgezien.

27. De voorzieningenrechter stelt vast dat beide besluiten zijn genomen overeenkomstig paragraaf 3.1 en hoofdstuk 11 van het Horecastappenplan 2010. Naar voorlopig oordeel is niet gebleken van een concreet zicht op legalisatie, reeds omdat verweerder de vereiste vergunning op 20 december 2011 heeft geweigerd. Ook anderszins bestaat geen grond voor het oordeel dat in dit geval handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat verweerder van dat optreden behoort af te zien. De omstandigheden dat verzoekster door de sluiting inkomsten misloopt, haar personeel niet meer kan werken en zij mogelijk klanten verliest, is hiertoe onvoldoende. Een en ander is inherent aan sluiting van een horeca-inrichting en is aldus verdisconteerd in het ter zake door verweerder gevoerde beleid. Bovendien exploiteerde verzoekster het horecabedrijf zonder vergunning en moest zij er dus rekening mee houden dat verweerder handhavend kon optreden. De omstandigheden dat verweerder bekend is met de overtreding, maar gedurende geruime tijd daartegen niet handhavend heeft opgetreden en dat verweerder de beslistermijn van de aanvraag om een exploitatievergunning heeft overschreden, zijn onvoldoende om tot het oordeel te komen dat verweerder daardoor bij verzoekster het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat tegen die overtreding niet meer handhavend zou worden opgetreden (vergelijk wat betreft het geruime tijd niet handhavend optreden de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 4 maart 2009, LJN: BH4646).

28. Met betrekking tot hetgeen verzoekster heeft aangevoerd over de last onder dwangsom overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

29. Anders dan verzoekster heeft betoogd is de voorzieningenrechter er niet van overtuigd dat in onderhavige zaak sprake is van een overtreding met een continu karakter. Van een voortgezette handeling is niet zonder meer sprake, omdat verzoekster het horecabedrijf iedere dag sluit en vervolgens beslist of zij de dag erna weer opengaat. In zoverre verschilt onderhavige zaak ook met de door verzoekster aangehaalde zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de president van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 1 maart 2001 (LJN: AB2047). In die zaak strekte de last tot verwijdering van objecten en werd het niet voldoen aan die last aangemerkt als één voortdurende overtreding van die last. Naar voorlopig oordeel bestaat dan ook geen grond voor de conclusie dat verweerder in onderhavige zaak de dwangsom niet per constatering van de overtreding van de last heeft kunnen opleggen.

Hierbij acht de voorzieningenrechter van belang dat verweerder de overtredingen van de last op verschillende dagen en niet op dezelfde dag heeft geconstateerd.

30. Naar voorlopig oordeel bestaat voorts geen grond voor de conclusie dat de hoogte van de opgelegde dwangsom niet in redelijke verhouding staat tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom dan wel dat de bij de last onder dwangsom gestelde begunstigingstermijn onredelijk kort is. De hoogte van de dwangsom en de begunstigingstermijn zijn vastgesteld overeenkomstig het Horecastappenplan 2010. Meer in het bijzonder overweegt de voorzieningenrechter ten aanzien van de gestelde begunstigingstermijn dat deze weliswaar kort is,

maar dat geen aanknopingspunt bestaat voor de conclusie dat verzoekster die last niet binnen de gestelde termijn kan uitvoeren. Overigens had het voor verzoekster, gezien het besluit tot weigering van de exploitatievergunning van 20 december 2011, waarbij haar tevens is meegedeeld dat zij het horecabedrijf per direct dient te sluiten, duidelijk moeten zijn dat het verweerder in ieder geval vanaf dat moment al menens was dat verdere exploitatie van het horecabedrijf zonder exploitatievergunning niet langer zou worden toegestaan.

31. De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat verweerder in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van zijn bevoegdheid tot het opleggen van de last onder dwangsom.

32. Met betrekking tot hetgeen verzoekster heeft aangevoerd over de last onder bestuursdwang overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

33. Gezien het voorgaande en in aanmerking genomen dat op 5 februari 2012 wederom een overtreding is geconstateerd, was verweerder, overeenkomstig stap 3 van het Horecastappenplan 2010 vervolgens bevoegd om over te gaan tot het opleggen van een last onder bestuursdwang.

34. De voorzieningenrechter is van oordeel dat verweerder eveneens in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van zijn bevoegdheid tot het opleggen van de last onder bestuursdwang. Ook ten aanzien van de ter zake gegeven begunstigingstermijn van twee dagen heeft te gelden dat deze is vastgesteld overeenkomstig het Horecastappenplan 2010 en dat geen aanknopingspunt bestaat voor de conclusie dat verzoekster die last niet binnen de gestelde termijn kan uitvoeren.

35. De verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening zullen dus worden afgewezen.

36. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling of om te bepalen dat aan verzoekster het door haar betaalde griffierecht moet worden vergoed.

Beslissing

De voorzieningenrechter,

wijst de verzoeken tot het treffen van een voorlopige voorziening in de zaken 12/285 en 12/502 af.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A. Venekamp, voorzieningenrechter, in tegenwoordigheid van mr. F.A.M.C. Habraken-Hermans, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 21 februari 2012.