KOPIE

GEMEENTE WEERT

Beslissing op bezwaar inzake de opgelegde last onder dwangsom aan Anne en John V.O.F., gevestigd aan de Markt 9 in Weert.

Besluit
Het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) besluit, met verwijzing naar de hierna opgenomen motivering, om:

1. het bezwaarschrift ontvankelijk te verklaren;
2. het bezwaarschrift ongegrond te verklaren en het bestreden besluit met verbetering van de motivering in stand te laten.

Motivering
Bezwaarschrift
Bij besluit van 14 juli 2020 (verzonden op 16 juli 2020) is aan [redacted] exploitanten van Anne en John V.O.F. (De SooS), gevestigd aan de Markt 9 in Weert, een last onder dwangsom opgelegd. Deze last ziet op de naleving van de op 27 november 2019 onder de punten 1. en 2. opgelegde maatwerkvoorschriften onder een dwangsom van € 4.000,- per keer, voor iedere keer dat één en/of beide voorschriften wordt overtreden met een maximum van € 12.000,-. Hierbij is geen begunstigingstermijn opgenomen. Tegen dit besluit hebben exploitanten (hierna: reclamanten) een bezwaarschrift ingediend.

Het bezwaarschrift bevat (samengevat) de volgende gronden:

1. De maatwerkvoorschriften van 27 november 2019 zijn zonder overleg en wederhoor eenzijdig vastgesteld. Reclamanten hebben de voorschriften anders geïnterpreteerd. Reclamanten geven aan dat ook aan de zijde van de gemeente hierover verwarring was tijdens het gesprek van 18 februari 2020. Reclamanten zijn van mening dat zij op 12 januari 2020 dan ook niet in overtreding waren.
2. Reclamanten geven aan dat zij na het gesprek met de gemeente van 18 februari 2020 per e-mail hebben gereageerd op het concept verslag. De reactie hierop is pas maanden later gekomen bij de formalisering van de dwangsom.
3. Reclamanten geven aan dat klachten niet genegeerd kunnen worden, maar vinden dat de gemeente haar rol niet heeft gepakt als mediator tussen de klager en reclamanten. Reclamanten zijn van mening dat de irritatie en frustratie bij de klager dan misschien niet was ontstaan.
4. Pre-mediation was volgens reclamanten een passend initiatief geweest vanuit de gemeente. Dat de gemeente na de oplegging van de dwangsom dit aanbiedt, voelt als mosterd na de maaltijd, maar niet minder nodig.
5. Reclamanten zijn van mening dat zij op 12 januari 2020 om 18:30 uur niet in overtreding waren, omdat zij onvoldoende geïnformeerd waren. De onduidelijkheid over de interpretatie van de voorschriften rechtvaardigen volgens reclamanten deze overtreding.
6. Reclamanten zijn van mening dat de boete buitenproportioneel is. Daarbij zijn ze van mening dat het beleidsplan slechts een bedrag van € 1.000,- noemt. De opgelegde € 4.000,- is dus ongegrond hoog.
7. Reclamanten zijn van mening dat het verwerpelijk is dat alle vierkante meters worden meegenomen, ook die van het terras. Dit wordt in de winter niet gebruikt.
8. Reclamanten zijn van mening dat de genoemde overtredingen onder categorie 2 horen te vallen. Het open laten van een deur en muziek op straat levert naar hun mening geen acuut gevaar op.
9. Ten aanzien van de belangenafweging vragen reclamanten zich af hoe het kan dat het belang van één klager de doorslag geeft. Juist ook omdat deze klager, geen gesprek wil met reclamanten.

Ontvankelijkheid
Hierna beoordeelt het college of het bezwaarschrift voldoet aan de wettelijke vereisten die gelden voor de ontvankelijkheid van een bezwaarschrift.

Het bestreden besluit is op 16 juli 2020 aan John en Anne V.O.F. (De Soos) verzonden. Gelet op de verzenddatum van het bestreden besluit is de laatste dag van de bezwaartermijn verstreken op 27 augustus 2020.

Tegen bovengenoemd besluit hebben reclamanten bij brief van 2 augustus 2020 (ingekomen op 6 augustus 2020) een bezwaarschrift ingediend. Het bezwaarschrift is tijdig ingediend.

Het bezwaarschrift voldoet aan artikel 6:5 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De brief is voorzien van de naam en het adres van de bezwaarmakers, de dagtekening, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht en de gronden van het bezwaar.

Verder dient beoordeeld te worden of reclamanten aan te merken zijn als belanghebbende in zin van artikel 1:2 van de Awb. Als belanghebbende in de zin van de Awb kunnen personen worden aangemerkt als hun belangen rechtstreeks bij een besluit zijn betrokken. Reclamanten zijn adressanten van het bestreden besluit. Gelet hierop hebben reclamanten een rechtstreeks en persoonlijk belang bij de beslissing op het bezwaarschrift. Het college merkt reclamanten aan als belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 van de Awb.

Hoorzitting
Op 22 september 2020 heeft een hoorzitting plaats gevonden. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt (bijlage 1). Het verslag maakt deel uit van de overwegingen van dit besluit.

Inhoudelijke beoordeling
De relevante wet- en regelgeving luidt als volgt.

Het Alcohol Handhavingstappenplan en bijbehorende sanctietabel zijn als bijlage 2 en 3 bij dit besluit gevoegd.

De maatwerkvoorschriften bestaan uit de volgende na te leven gedragsregels:

1. Ramen in de buitengevel van de inrichting moeten tijdens het in werking zijn van de inrichting gesloten worden gehouden. De deuren en ramen mogen slechts worden geopend voor het onmiddellijk doorlaten van personen en/of goederen.
2. Van de sluisconstructie mogen de toegang aan de straatzijde en de toegang aan de binnenzijde nooit gelijktijdig geopend zijn.
3. De voorschriften onder 1 en 2 zijn niet van toepassing indien geen muziek of uitsluitend achtergrondmuziek ten gehore wordt gebracht die buiten niet waarneembaar zijn.

De overwegingen luiden als volgt.

Maatwerkvoorschriften
Bij brieven van 16 januari 2019 en 7 augustus 2019 zijn reclamanten op de hoogte gebracht van de constateringen van de toezichthouders van de gemeente dat er geluidsoverlast is als gevolg van het openstaan van deuren en ramen van de horeca-inrichting van reclamanten.

Vervolgens zijn reclamanten per brief van 31 oktober 2019 op de hoogte gesteld van het voornemen tot het opleggen van maatwerkvoorschriften. Hierbij zijn reclamanten in de gelegenheid gesteld om hierover hun zienswijzen naar voren te brengen. Van deze gelegenheid hebben reclamanten geen gebruik gemaakt.

Bij besluit van 27 november 2019 is besloten om over te gaan tot het opleggen van de maatwerkvoorschriften. Dit besluit is bij brief van 3 december 2019 aan reclamanten kenbaar gemaakt en tevens op 4 december 2019 gepubliceerd in het Gemeenteblad. Hierbij zijn reclamanten gewezen op de mogelijkheid tot het maken van bezwaar tegen dit besluit. Reclamanten hebben geen bezwaarschrift ingediend. Het besluit is daarmee onherroepelijk geworden en kan in onderhavige procedure niet ter discussie worden gesteld.

Voorts stelt het college vast dat in alle correspondentie een contactpersoon is opgenomen, waarmee reclamanten contact hadden kunnen opnemen indien de voorschriften voor hen niet duidelijk waren. Het risico op verkeerde interpretatie van de voorschriften komt voor rekening van reclamanten. Het college ziet dan ook geen reden om aan te nemen dat de overtreding van de maatwerkvoorschriften op 12 januari 2020 om 18:30 uur te rechtvaardigen is.

Het gesprek voor het indienen van de mondelinge zienswijze heeft plaats gevonden op 17 februari 2020 en niet op 18 februari 2020. Tijdens dit gesprek is uitgelegd dat de ramen en deuren open mogen staan indien er geen muziek naar buiten wordt gebracht. Dit staat ook duidelijk vermeld onder punt 3 van de maatwerkvoorschriften. Daarnaast is aangegeven dat dit de enige uitzondering is en dat het tijdstip niet leidend is. Van onduidelijkheid over de inhoud van de maatwerkvoorschriften was geen sprake.

Gelet op voorgaande verklaart het college bezwaargrond 1 ongegrond.

Procedure last onder dwangsom

Op 17 februari 2020 hebben reclamanten tijdens een gesprek bij de gemeente hun mondelinge zienswijzen kenbaar gemaakt over het voornemen tot het opleggen van de last onder dwangsom. Hiervan is een verslag gemaakt waarop reclamanten hebben kunnen reageren. Deze zienswijze en de reactie van reclamanten op het verslag zijn, volgens de gangbare procedure, opgenomen in het definitieve besluit tot het opleggen van de dwangsom. Het besluit was geagendeerd voor de collegevergadering van 17 maart 2020 ter besluitvorming. Op dat moment had de Rijksoverheid besloten dat de horeca-inrichtingen voor langere tijd gesloten moesten worden. Als gevolg daarvan heeft het college op dat moment besloten om het besluit aan te houden. Dit uit coulance naar reclamanten toe. Pas toen de coronamaatregelen voor horeca-exploitanten per 1 juli 2020 versoepeld waren, heeft het college op 14 juli 2020 het besluit genomen. Dit is vooraf mondeling aan reclamanten kenbaar gemaakt.

Gelet op voorgaande zijn wij van mening dat er ten aanzien van het opleggen van de last onder dwangsom een zorgvuldige voorbereiding heeft plaatsgevonden. Het college verklaart bezwaargrond 2 ongegrond.

Grondslag last onder dwangsom

Ten aanzien van de overtreding van 12 januari 2020 omstreeks 18:30 uur merken wij het volgende op. Door een toezichthouder van de regionale uitvoeringsdienst is geconstateerd dat de voordeur open stond en dat buiten piekgeluid te horen was. Deze toezichthouder heeft gedurende 15 minuten waargenomen dat de deur geopend bleef en heeft reclamanten direct aangesproken op de overtreding. De maatwerkvoorschriften bepalen onder punt 3 als uitzondering op maatwerkvoorschrift 1 en 2 dat de deur open mag staan als er geen muziek of uitsluitend achtergrond muziek ten gehore wordt gebracht die buiten niet waarneembaar is. Van deze uitzondering is geen sprake. Dat reclamanten de voorschriften anders geïnterpreteerd hebben, rechtvaardigt de geconstateerde overtreding niet.

Daarnaast is de stelling van reclamanten dat de last onder dwangsom enkel gebaseerd is op klachten vanuit één persoon onjuist. Ook door toezichthouders van de gemeente Weert is ambtshalve op 4 januari 2020, 19 januari 2020 en op 5 juli 2020 geconstateerd dat de deuren aan de zijkant van het pand geopend waren en er geluid buiten de inrichting te horen was. De deuren stonden niet open voor het doorlaten van personen en/of goederen.

Op 19 januari 2020 hebben toezichthouders van de gemeente Weert geconstateerd dat omstreeks 02:10 uur de deur aan de zijkant van het pand permanent geopend was en muziek buiten de inrichting te horen was. Bezoekers bleken deze deur als uitgang te gebruiken. De constatering van 5 juli 2020 houdt in dat toezichthouders om 01:00 uur hebben geconstateerd dat de zijdeur van De SooS geopend stond en daar harde muziek door naar buiten galmde. De deur was niet geopend ter onmiddellijke doorlating van bezoekers en/of goederen. De constateringen van 18 februari 2020 en 5 juli 2020 worden als nadere motivering toegevoegd aan het besluit.

Gelet op voorgaande zijn we van oordeel dat er overtredingen hebben plaats gevonden die het opleggen van de last onder dwangsom rechtvaardigen. Het college verklaart de bezwaargronden 1 en 5 ongegrond.

Mediation
Bij een constatering van een overtreding wordt het daarvoor geldende beleid gevolgd (waarschuwing, voornemen, besluit). Zoals hiervoor al is aangegeven zijn er ook ambtshalve overtredingen vastgesteld.

Daarnaast heeft één van de omwonenden van de horeca-inrichting aangegeven regelmatig overlast te hebben van de muziek als de deuren van deze horeca-inrichting open staan, maar ook als deze gesloten zijn. De gemeente probeert in elke procedure om partijen bij elkaar te brengen om gezamenlijk tot een oplossing te komen. Dit staat los van de juridische procedure die wordt gevolgd. De gemeente heeft hiertoe geen resultaat- en of inspanningsverplichting. Gedurende de periode na het gesprek met reclamanten van 17 februari 2020, heeft de gemeente de omwonende meerdere malen benaderd met de vraag of deze persoon in overleg wil treden met reclamanten. Bij het besluit van 14 juli 2020 was hierover nog geen uitsluitsel. De omwonende heeft aangegeven geen vertrouwen te hebben in een gesprek met reclamanten en aangegeven de formele juridische weg te willen bewandelen. Om mediation te kunnen toepassen, moeten beide partijen daartoe bereidt zijn. Nu de omwonende heeft aangegeven hiervoor niet open te staan, kan mediation niet worden toegepast. We betreuren dat, ondanks de inspanningen aan onze zijde, het niet gelukt is om partijen met elkaar in gesprek te krijgen.

De gemeente heeft na het besluit van 14 juli 2020 aangeboden om samen met reclamanten te kijken naar de mogelijkheden binnen de inrichting om vanuit daar geluidsoverlast in de toekomst te kunnen voorkomen. Dit staat los van het mediation traject dat de gemeente tussen reclamanten en omwonende heeft geprobeerd op te starten.

Gelet op het voorgaande is het college van oordeel dat er voldoende pogingen zijn gedaan om mediation op te starten. Helaas heeft dit niet tot het gewenste resultaat geleid. Zoals aangegeven kan mediation echter niet worden afgedwongen. Het college verklaart de bezwaargronden 3 en 4 ongegrond.

Hoogte dwangsom
Het Alcohol Handhavingsstappenplan bepaalt de hoogte van de op te leggen dwangsom en is door het college op 17 maart 2015 vastgesteld (zie bijlage 2). Deze beleidsregel geeft vooraf duidelijkheid over de hoogte van de dwangsom bij het overtreden van de regels. Voor elke ondernemer gelden dezelfde hoogtes en dit zorgt voor uniformiteit.

In de last onder dwangsom is opgenomen hoe de hoogte van de dwangsom bepaald is. De tabel bij het Alcohol Handhavingsstappenplan is voor het laatst aangepast op 8 december 2015 (zie bijlage 3). Op pagina 4 van de tabel is de overtreding van de maatwerkvoorschriften opgenomen en de bijbehorende dwangsom. Hierin is opgenomen dat de hoogte van de dwangsom € 2.000,- per overtreding is bij een bedrijf tot 250 m^2 en € 4.000,- per overtreding bij een bedrijf vanaf 250 m^2. Het door reclamanten gestelde bedrag van € 1.000,- komt geheel niet voor in de tabel.

Ten aanzien van het aantal gehanteerde vierkante meters stelt het college vast dat in de tabel is opgenomen dat de oppervlakte berekend dient te worden aan de hand van de

lokaliteiten van het horecabedrijf zoals opgenomen in de Drank- en Horecavergunning. Dit is gebeurd in het bestreden besluit. Vast staat dat de totaaloppervlakte van de lokaliteiten in de vergunning 417 m^2 bedraagt. Ook het terras is op de vergunning als lokaliteit opgenomen en er is geen reden om het terras niet mee te rekenen. Daarnaast bedraagt het terras volgens deze vergunning 113 m^2. Ook indien het terras niet meegerekend zou worden, komt men nog ruim boven de grens van 250 m^2.

Gelet op voorgaande zijn we van oordeel dat de hoogte van de dwangsom conform het geldende beleid is vastgesteld. Het college verklaart de bezwaargronden 6 en 7 ongegrond.

Categorie 2
In het Alcohol Handhavingsstappenplan zijn de categorieën 0, 1 en 2 opgenomen. Afhankelijk van de ernst van de overtreding zijn deze ingedeeld in een categorie. Het niet naleven van de maatwerkvoorschriften en het daarmee veroorzaken van geluidsoverlast valt onder categorie 1. Dit betekent, in tegenstelling tot hetgeen reclamanten stellen, dat het gaat om een ernstige overtreding maar dat er geen sprake is van een acute gevaarsituatie. Bij categorie-2 overtredingen gaat het om administratieve vereisten of signaleringen. Hieronder valt het veroorzaken van geluidsoverlast niet.

Het college verklaart bezwaargrond 8 ongegrond.

Belangenafweging
Bij de belangenafweging gaat het niet alleen om het belang van één persoon, maar ook om het algemeen belang. Het algemeen belang is gediend bij het naleven van de regels van de maatwerkvoorschriften en het voorkomen van precedentwerking. Handhaving dient om te voorkomen dat er overtredingen van regelgeving plaats vindt. Het bestuursorgaan heeft daarbij een plicht om te handhaven en kan slechts onder zeer bijzondere omstandigheden van handhaven afzien. Dit is als er concreet zicht is op legalisatie of als sprake is van onevenredig handhavend optreden.

Van zicht op legalisatie of onevenredig handhavend optreden is in onderhavige situatie geen sprake. Reclamanten zijn verplicht om de voorschriften na te leven. Deze maatwerkvoorschriften zijn opgelegd nadat er meerdere malen door toezichthouders was geconstateerd dat de geluidsvoorschriften werden overtreden (27, 28 juli, 11 oktober, 19 en 20 oktober 2019). Daarnaast zijn reclamanten op 9 januari 2020 gewezen op de naleving van de maatwerkvoorschriften. Desondanks zijn in de periode daarna drie overtredingen geconstateerd, ook nadat het voornemen tot het opleggen van de last onder dwangsom aan reclamanten kenbaar was gemaakt.

Gelet op voorgaande is het college van oordeel dat er een zorgvuldige belangenafweging is gemaakt en verklaart bezwaargrond 9 ongegrond.

Weert, 24 NOV. 2020

Burgemeester en wethouders van Weert,

b.a.

M.J.M. Meertens
gemeentesecretaris

C.C. Leppink – Schuitema
burgemeester