

8. Is er, afgezien van het feit dat de Afdeling uiteindelijk tot een besluit komt en dat daarmee de poort van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming voor de erven openstaat, ook nog iets goed gegaan? Jawel. Er wordt een beroep gedaan op het vertrouwensbeginsel. Hieraan geeft de Afdeling conform het in ABRvS 29 mei 2019, AB 2019/302, m.nt. L.J.A. Damen, JB 2019/124, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*Amsterdams dakterras*) uiteengezette spoorboekje uitwerking (zie meer uitvoerig C.L.G.F.H. Albers, 'Een frisse blik op het vertrouwensbeginsel', *Gst.* 2019/153). Opgemerkt moet dan worden dat het hier geen omgevingsrechtelijke zaak betreft, terwijl in genoemde uitspraak het beoordelingskader nog uitdrukkelijk werd toegepast in het omgevingsrecht. Overigens niet verrassend als men beziet dat de Centrale Raad van Beroep sinds CRvB 31 december 2019, AB 2020/217, m.nt. C.N.J. Kortmann en S.F.A. van Ravels, USZ 2020/66, m.nt. M.W. Venderbos, RSV 2020/34, m.nt. R. Stijnen het stappenplan soepel weet toe te passen. Zie ook recent CBB 15 november 2020, ECLI:NL:CBB:2020:852. Nadat de stappen één en twee zijn doorstaan en dus sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen, wordt in r.o. 50-51 beoordeeld of contra-indicaties zich verzetten tegen het honoreren van de gerechtvaardigde verwachtingen afgewogen tegen de belangen van de erven. Deze toets leidt ertoe dat contrair moet worden gegaan aan de Schaderegeling.

L.J.M. Timmermans

Gst. 2021/7

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 14 oktober 2020, nr. 201905722/1/R1 (Mrs. J.A. Hagen, H.C.P. Venema en J.M.L. Niederer) m.nt. Y. Schönfeld¹

(Art. 2.1 lid 1 onder c Wabo; art. 5:21, 5:24 Awb)

ECLI:NL:RVS:2020:2430

Verkoop etenswaren om ter plaatse te nuttigen 'horeca' dan wel 'detailhandel'? Strekking last onder bestuursdwang te verstrekking. (Amsterdam)

1. *Gelet op de inrichting van de Seafood Shop en de wijze waarop de ter plaatse bereide producten worden gepresenteerd, heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat de inrichting van het pand ten tijde van het besluit van 18 mei 2018 gericht was op het verstrekken van ter plaatse bereide etenswaren en het ter plaatse consumeren daarvan. In de ruimte staan tafels en stoelen en wandtafels met losse krukken. Met deze zitgelegenheid wordt uitgenodigd om de verstrekte etenswaren ter plaatse te consumeren. Dat Seafood Bar, onder verwijzing*

¹ Yuval Schönfeld is senior adviseur omgevingsrecht bij Pouderoyen Tonnaer.

naar omzetgegevens van de maanden januari 2019 tot mei 2019, stelt slechts 35% van haar inkomen te genereren uit producten die bestemd zijn voor consumptie direct ter plaatse doet niet aan de geconstateerde aard, uitstraling en inrichting van de Seafood Shop af.

2. *De last strekt verder dan nodig is om de overtreding te beëindigen. Het college heeft meerdere malen te kennen gegeven dat geen sprake is van strijd met het bestemmingsplan als in beperkte mate voedsel wordt verkocht voor directe consumptie. De last bepaalt echter dat het in strijd met het bestemmingsplan gebruiken van het pand voor horeca-1 alleen kan worden beëindigd, indien de totale verkoop voor directe consumptie wordt gestaakt. Hierdoor strekt de last verder dan noodzakelijk is om de overtreding te beëindigen. Hierbij acht de Afdeling van belang dat het college ter zitting heeft gesteld dat verkoop van een broodje vis of een haring aanvaardbaar moet worden geacht voor consumptie ter plekke.*

Uitspraak op het hoger beroep van:

Seafood Bar Group B.V., gevestigd te Amsterdam, appellante, tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam (hierna: de rechtbank) van 3 juli 2019 in zaken nrs. 19/2898 en 19/2915 in het geding tussen: Seafood Bar en het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam.

Procesverloop

Bij besluit van 18 mei 2018 heeft het college Seafood Bar onder aanzegging van bestuursdwang gelast het gebruik van de detailhandel als horecabedrijf op de Leidsestraat 61 te (laten) staken en gestaakt te houden.

Bij besluit van 16 april 2019 heeft het college het door Seafood Bar daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 3 juli 2019 heeft de rechtbank het door Seafood Bar daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft Seafood Bar hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 26 augustus 2020, waar Seafood Bar, vertegenwoordigd door [gemachtigden], en het college, vertegenwoordigd door mr. C.M. Delstra en J.E. Kenter, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. Vanaf eind 2017 exploiteert Seafood Bar de Seafood Shop op de begane grond van een hoekpand aan de Leidsestraat 61 in Amsterdam. Ter plaatse werden ten tijde van het besluit van 18 mei 2018 onder meer diverse soorten vis, waaronder haring en kibbeling, verkocht. Aan de

raamgevels van het pand waren wandtafels geplaatst met krukken waar klanten etenswaren kunnen nuttigen. Op het perceel rust volgens het daar geldende bestemmingsplan 'Zuidelijke Binnenstad' de bestemming 'Centrum-1' op grond waarvan detailhandel is toegestaan.

In het besluit van 18 mei 2018 heeft het college Seafood Bar een last onder bestuursdwang opgelegd om de exploitatie van de Seafood Shop op het perceel te (laten) staken en gestaakt te houden, omdat het gebruik van het pand volgens het college in strijd is met de detailhandelsbestemming. Volgens het college valt het gebruik van het perceel van Seafood Bar onder horeca-1, hetgeen ter plekke niet is toegestaan.

In het besluit van 16 april 2019 heeft het college de formulering van de last en de daarbij opgenomen herstelmaatregelen aangepast. Seafood Bar is gelast, wegens gebruik van het pand ten behoeve van horeca 1, om de overtreding van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: de Wabo) gelezen in samenhang met artikel 3.1 van de planregels te beëindigen en beëindigd te houden. De herstelmaatregelen luiden als volgt:

“Wij zijn van mening dat wordt geëxploiteerd in strijd met het bestemmingsplan Zuidelijke Binnenstad. U kunt bestuursdwang voorkomen door de exploitatie, inrichting en uitstraling van het pand zo aan te passen dat geen sprake meer is van horeca-1 en aan de regels van het bestemmingsplan en het voorbereidingsbesluit wordt voldaan. Concreet dient u daartoe zowel de (raam-/wand-) tafels en de zitgelegenheid te verwijderen en verwijderd te houden, als de verkoop van etenswaren voor directe consumptie te staken en gestaakt te houden. U kunt, als alternatief voor de genoemde maatregelen, ook het gebruik van het pand staken.”

De rechtbank heeft geoordeeld dat het college zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat Seafood Bar ten tijde van het besluit van 18 mei 2018 op het perceel in strijd met de bestemming 'horeca-1' activiteiten uitoefende en dat het college daarom bevoegd was handhavend op te treden. Zij heeft daartoe overwogen dat de hoofdactiviteit van Seafood Bar het verkopen van als fastfood aan te merken etenswaren voor directe consumptie ter plaatse is, waarop de inrichting van het pand is afgestemd. Gelet op de aard en de omvang van deze activiteit is de rechtbank van oordeel dat het pand een uitstraling heeft die maakt dat het gaat om een bedrijf in categorie horeca-1 en daarom niet om detailhandel.

Hoger beroepsgronden

Zienswijze

2. Seafood Bar betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat zij ten onrechte niet voorafgaand aan het besluit tot het opleggen van de last onder bestuursdwang in de gelegenheid is gesteld om een zienswijze in te dienen.

2.1. Artikel 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) luidt:

- “1. Voordat een bestuursorgaan een beschikking geeft waartegen een belanghebbende die de beschikking niet heeft aangevraagd naar verwachting bedenkingen zal hebben, stelt het die belanghebbende in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen indien:
 - a. de beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreft, en
 - b. die gegevens niet door de belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt.
2. Het eerste lid geldt niet indien de belanghebbende niet heeft voldaan aan een wettelijke verplichting gegevens te verstrekken.”

Artikel 4:11 van de Awb luidt:

“Het bestuursorgaan kan toepassing van de artikelen 4:7 en 4:8 achterwege laten voor zover:

- a. de vereiste spoed zich daartegen verzet;
 - b. de belanghebbende reeds eerder in de gelegenheid is gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen en zich sindsdien geen nieuwe feiten of omstandigheden hebben voorgedaan, of
- [...].”

2.2. De Afdeling stelt vast dat Seafood Bar niet in de gelegenheid is gesteld voorafgaand aan het besluit van 18 mei 2018 haar zienswijze naar voren te brengen. Het telefonisch gesprek dat een toezichthouder van de gemeente op 1 mei 2018 met een medewerker van de Seafood Shop heeft gehad, waarin door de toezichthouder werd medegedeeld dat de Seafood Shop als horecabedrijf wordt geëxploiteerd en dat naar aanleiding daarvan een besluit zal worden genomen tot sluiting van het bedrijf, valt niet aan te merken als een mogelijkheid tot het indienen van een zienswijze als bedoeld in artikel 4:8 van de Awb. Seafood Bar heeft met dit enkele telefoongesprek onvoldoende gelegenheid gehad om te reageren op het voornemen van het college om de Seafood Shop te sluiten. Omstandigheden als bedoeld in artikel 4:11 van de Awb op grond waarvan het indienen van een zienswijze achterwege kan blijven, waren niet aan de orde. Omdat het college Seafood Bar in bezwaar alsnog de gelegenheid heeft geboden haar standpunt uiteen te zetten, is dit gebrek in het besluit op bezwaar hersteld en leidt het gebrek aan het besluit van 18 mei 2018 niet tot vernietiging van het besluit van 16 april 2019.

Het betoog faalt.

Overtreding

3. Seafood Bar betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat zij voorafgaand aan het opleggen van de last maatregelen heeft getroffen, waardoor er ten tijde van het besluit van 18 mei 2018 geen sprake meer was van een overtreding. Seafood Bar stelt in dit verband dat het college de controlerapporten van 30 januari 2018 en 5 februari 2018 niet aan de last ten grondslag kon leggen, omdat deze 3,5 maand oud zijn en niet de feitelijke situatie weergeven.

Seafood Bar betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de activiteiten in haar pand moeten worden aangemerkt als horeca-1 en het gebruik van het perceel om die reden in strijd is met de detailhandelsbestemming. Volgens Seafood Bar moet de Seafood Shop worden aangemerkt als een viswinkel/traiteur, waarbij zij een deel van haar inkomsten mag vergaren door de verkoop van etenswaren die direct kunnen worden geconsumeerd, maar valt dit niet aan te merken als haar hoofddoel. Zij stelt in dit verband dat haar activiteiten in hoofdzaak bestaan uit de verkoop van vis die niet bestemd is voor directe consumptie ter plaatse, en ook uit de verkoop van broodjes vis, haring, kibbeling en enkele gerechten, zoals pasta met vis, die bedoeld zijn om mee te nemen naar huis. Seafood Bar stelt dat de verkoop van haring of een broodje vis voor directe consumptie daaraan ondergeschikt is. Dit is volgens Seafood Bar ook gebruikelijk in viswinkels in Nederland en niet in strijd met de ter plaatse geldende detailhandelsbestemming. Seafood Bar stelt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat zij kan worden aangemerkt als een fastfoodrestaurant. De aard en de uitstraling van het pand maken volgens Seafood Bar niet dat sprake is van een dergelijk restaurant. Seafood Bar heeft er hierbij op gewezen dat haar omzet voor slechts 35% wordt gegenereerd uit producten die bedoeld zijn voor consumptie ter plaatse. De rechtbank heeft volgens Seafood Bar verder ten onrechte overwogen dat de ruimte die is ingericht om vis te bakken vrij groot en duidelijk in de zaak aanwezig is. Ook de inrichting van de winkel, zoals een raamtafel met krukken, maakt volgens Seafood Bar nog niet dat het gaat om een fastfoodrestaurant. Het is daarbij in elke viswinkel in Nederland gebruikelijk dat er haring wordt verkocht voor consumptie ter plaatse, aldus Seafood Bar.

3.1. Artikel 3.1, aanhef en onder f, van de planregels luidt:

“De voor ‘Centrum - 1’ aangewezen gronden zijn bestemd voor:

- detailhandel, met inbegrip van een mengformule, met uitzondering van smartshops, sekswinkels, minisupermarkten en souvenirwinkels tenzij op de verbeelding aangeduid, met inachtneming van artikel 40 [...].”

Artikel 1.25, van de planregels bevat de definitie van ‘detailhandel’ en luidt:

“het bedrijfsmatig te koop aanbieden, waaronder begrepen de uitstalling ten verkoop, het verkopen en/of leveren van goederen aan personen die goederen kopen voor gebruik, verbruik of aanwending anders dan in de uitoefening van een beroeps- of bedrijfsactiviteit waaronder grootschalige detailhandel, volumineuze detailhandel, tuincentrum en supermarkt”.

Artikel 1.34, van de planregels bevat de definitie van ‘horeca 1’ en luidt:

“fastfoodbedrijven, zijnde horecabedrijven die tot hoofddoel hebben het in hoofdzaak voor consumptie ter plaatse verstrekken van vooral op gemaksvoeding gerichte, eenvoudige en snel bereide etenswaren, met als nevenactiviteit het voor consumptie ter plaatse verstrekken van zwak- en niet-alcoholische dranken. Onder fastfoodbedrijven worden in elk geval begrepen automatieken, snackbars en fastfoodrestaurants.”

3.2. Op grond van het op 6 oktober 2017 in werking getreden voorbereidingsbesluit centrum (hierna: het voorbereidingsbesluit) is het verboden om het gebruik van gronden te wijzigen naar vormen van detailhandel die zich richten op de verkoop van etenswaren en/of drankjes die in hoofdzaak worden meegegeven om direct te consumeren. Ook is het verboden om een mengformule aan een detailhandelsvestiging met een voedselwarenessortiment toe te voegen. Deze beperkingen gelden ook voor de Seafood Shop.

3.3. Aan het besluit van 18 mei 2018 liggen de controles en de daarvan opgemaakte rapporten door toezichthouders van de gemeente Amsterdam van 30 januari 2018 en 5 februari 2018 ten grondslag. Van de daarbij op de begane grond van het perceel aangetroffen situatie zijn foto's gemaakt. Het college heeft zich op het standpunt gesteld dat uit de foto's blijkt dat de activiteiten van Seafood Bar in hoofdzaak de verstrekking van op gemaksvoeding gerichte en ter plaatse bereide etenswaren betreft, bedoeld voor consumptie ter plaatse. Foto 5 uit het rapport van 5 februari 2018 laat volgens het college een (luxe) snackbar uitstraling zien. Uit foto 7 blijkt volgens het college dat slechts een klein deel van het aanbod uit verse vis bestaat.

3.4. De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat het college bij het nemen van het besluit van 18 mei 2018 niet mocht uitgaan van de constatering die de toezichthouders hebben gedaan op 30 januari 2018 en 5 februari 2018. Weliswaar zit enige tijd tussen de constatering en het opleggen van de last, maar noch tijdens het telefonisch gesprek van 1 mei 2018, noch daarna heeft Seafood Bar er melding van gemaakt dat de situatie in het pand inmiddels was gewijzigd en dat geen sprake meer was van horeca-1. Omdat het wel op de weg van Seafood Bar had gelegen om haar standpunt te onderbouwen dat er maatregelen waren getroffen, waardoor de feitelijke situatie in mei 2018 niet meer overeenkwam met de feitelijke situatie in het pand ten tijde van de controles, mocht het college ervan uitgaan dat de situatie op 18 mei 2018 nog steeds dezelfde was als tijdens de controles. Het ter zitting door Seafood Bar ingenomen standpunt dat de Seafood Shop haar assortiment heeft gewijzigd, een buiten geplaatst bord heeft weggehaald en de krukken heeft verwijderd, maakt deze conclusie niet anders, omdat dit enkel wordt gesteld, maar niet aannemelijk is gemaakt.

3.5. In de constateringsrapporten van 30 januari 2018 en 5 februari 2018, waarvan op 7 maart 2018 een op ambts-eed opgemaakt proces-verbaal van constatering is gemaakt, staat dat de winkelruimte een hoekpand betreft. Aan de Leidsestraat bevindt zich een raam en aan de Kerkstraat bevinden zich twee ramen. Er wordt onder meer een

reclamebord waargenomen met daarop de tekst: 'Seafood takeaway' en een houten plank, die als tafel wordt gebruikt, met daaronder vier krukken. Op deze krukken worden door klanten consumpties genuttigd. Het personeel van het horecabedrijf staat vis te frituren in twee frituurbakken en verkoopt de gebakken vis aan klanten. Slechts een klein deel van de vitrine is gevuld met verse vis, die kan worden meegenomen om thuis klaar te maken. Verderop links tegen de wand is een plek waar vis gebakken wordt. Hierboven hangen twee zwarte menuborden, één in het Nederlands en één in het Engels. Daarop staan teksten zoals kibbeling, garnalen, herring sandwich en homemade salad sandwich. In het midden van de zaak staat een vitrine met enkele visproducten, salades en belegde panini broodjes. Aan de wand hierachter bevinden zich vier wandrekken met onder andere sardine blikjes, flessen olijfolie en wijn. Aan dezelfde wand hangt een zwart menubord met 'Bestsellers to go' zoals broodjes haring/herring sandwich, kibbeling en battered fishpieces. Op de raamtafel staat een bakje met visitekaartjes van de toeristenorganisatie Tripadvisor. In de zaak hoort de inspecteur een personeelslid Engels spreken met Engels sprekende klanten. Buiten op de gevel staan teksten als 'Catchyou later' en 'The Seafood Shop' en op de ramen Engelse teksten zoals 'Fish & chips', 'Herring' en 'Oysters and more'.

3.6. Gelet op de inrichting van de Seafood Shop en de wijze waarop de ter plaatse bereide producten worden gepresenteerd, heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat de inrichting van het pand ten tijde van het besluit van 18 mei 2018 gericht was op het verstrekken van ter plaatse bereide etenswaren en het ter plaatse consumeren daarvan. In de ruimte staan tafels en stoelen en wandtafels met losse krukken. Met deze zitgelegenheid wordt uitgenodigd om de verstrekte etenswaren ter plaatse te consumeren. Dat Seafood Bar, onder verwijzing naar omzetgegevens van de maanden januari 2019 tot mei 2019, stelt slechts 35% van haar inkomen te genereren uit producten die bestemd zijn voor consumptie direct ter plaatse doet niet aan de geconstateerde aard, uitstraling en inrichting van de Seafood Shop af. Nu dit stuk daarnaast niet ziet op de periode voorafgaand aan het besluit van 18 mei 2018, komt daaraan niet de betekenis toe die zij daaraan gehecht zou willen zien.

3.7. Gelet op deze omstandigheden is de Afdeling van oordeel dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat het gebruik van de Seafood Shop ten tijde van het besluit van 18 mei 2018 was aan te merken als horeca-1 en niet als detailhandel, waardoor er strijd met artikel 3.1, aanhef en onder f, van het bestemmingsplan is.

Het college was gelet daarop bevoegd om een last onder bestuursdwang op te leggen.

Voor zover Seafood Bar stelt dat de rechtbank, door te overwegen dat in deze zaak niet de vraag voorligt wat er precies wel of niet is toegestaan op het perceel in het kader van detailhandel, niet heeft onderkend dat dit gelet op de overlap tussen het gebruik als detailhandel en het gebruik als horeca, wel relevant is, wordt overwogen dat de rechtbank terecht niet aan die vraag is toegekomen. Ter beoordeling van de rechtbank stond de vraag of het college bevoegd was de

last, die inhoudt om het gebruik van het pand als horeca-1 te beëindigen en beëindigd te houden vanwege strijd met de detailhandelsbestemming, op te leggen. Hiervan maakt geen deel uit de vraag welk gebruik is toegestaan onder de bestemming detailhandel.

Het betoog faalt.

Bijzondere omstandigheden

4. 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 dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisering bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.

5. Seafood Bar betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat geen concreet zicht op legalisering bestond. Artikel 4 van het voorbereidingsbesluit biedt volgens Seafood Bar de mogelijkheid om een omgevingsvergunning voor 'horeca-1' te verlenen.

5.1. Het college heeft zich op het standpunt gesteld dat het niet bereid is mee te werken aan de legalisering van het gebruik van het pand door Seafood Bar. Het college heeft als geldend beleid dat het college het winkel- en voorzieningenaanbod wil beschermen. Verdere groei van op toeristen gerichte winkels en voorzieningen, alsmede eetwinkels en mengformules in winkels met een voedselwarenessortiment wordt hiermee tegengegaan, aldus het college.

5.2. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling (bijvoorbeeld de uitspraak van 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2568) volstaat in beginsel het enkele feit dat het college niet bereid is een omgevingsvergunning te verlenen voor afwijking van het bestemmingsplan voor het oordeel dat geen concreet zicht op legalisering aanwezig is. In hetgeen Seafood Bar heeft aangevoerd, ziet de Afdeling geen aanknopingspunten voor het oordeel dat op voorhand moet worden geconcludeerd dat het door het college ingenomen standpunt rechtens onjuist is en de vereiste vergunning, indien een daartoe strekkende aanvraag wordt ingediend, niet zal kunnen worden geweigerd.

Het betoog faalt.

6. Seafood Bar betoogt verder dat de rechtbank heeft miskend dat het college van handhavend optreden had moeten afzien, omdat er sprake is van strijd met het vertrouwensbeginsel. Volgens Seafood Bar is door een medewerker van de gemeente in onder meer de e-mail van 6 oktober 2017 aangegeven dat de verkoop van etenswaren voor directe consumptie is toegestaan.

6.1. Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is vereist dat de betrokkene aannemelijk maakt dat van de zijde van de overheid toezeggingen of andere uitlatingen zijn gedaan of gedragingen zijn verricht, waaruit de betrokkene in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs

kon en mocht afleiden of en zo ja, hoe het bestuursorgaan in een concreet geval een bevoegdheid zou uitoefenen.

6.2. In de e-mail van 6 oktober 2017 aan Seafood Bar staat het volgende:

“Verkoop van een broodje haring of broodje kibbeling mag nog steeds net zoals een bakker naast brood ook een broodje gezond verkoopt. Het hangt van de verhouding af. De verkoop van deze producten moet duidelijk onderscheidbaar zijn aan de hoofdactiviteit (namelijk de verkoop van vis om thuis te verwerken of te consumeren). Wanneer dat niet het geval is, dan is in overwegende mate sprake (= de hoofdactiviteit) van de verkoop van eten dat wordt meegegeven om direct te consumeren. Dergelijke nieuwe eetwinkels zijn met het voorbereidingsbesluit niet langer toegestaan. Het bakken van kibbeling en de verkoop daarvan om direct te consumeren is eveneens niet toegestaan. Dat wordt als fastfood beoordeeld en is alleen mogelijk op een adres met een horeca aanduiding.”

6.3. De rechtbank heeft terecht overwogen dat Seafood Bar niet aannemelijk heeft gemaakt dat van de zijde van het college toezeggingen zijn gedaan waaruit Seafood Bar redelijkerwijs kon en mocht afleiden dat het exploiteren van de Seafood Shop als horeca-1 is toegestaan. In de e-mail van 6 oktober 2017 staat duidelijk aangegeven dat het afhangt van de verhoudingen tot de hoofdactiviteit of de verkoop van etenswaren voor directe consumptie is toegestaan. Ook staat er dat het bakken van kibbeling en de verkoop daarvan om direct te consumeren niet is toegestaan.

Het betoog faalt.

7. Seafood Bar betoogt verder dat de rechtbank heeft miskend dat het college in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld. In dit kader wijst Seafood Bar erop dat er zich soortgelijke viswinkels in Amsterdam bevinden waartegen desondanks niet handhavend is opgetreden.

7.1. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat niet is gebleken dat het college in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld. Er is geen sprake van gelijke gevallen, aangezien het college onweersproken heeft gesteld dat de door Seafood Bar genoemde bedrijven zich op een locatie bevinden waar ofwel een mengformule, ofwel ondergeschikte horeca bij de detailhandelsbestemming is toegestaan. Gelet op de inhoud van het voorbereidingsbesluit en het ten tijde van het besluit op bezwaar ter plaatse geldende bestemmingsplan is dit op het perceel van de Seafood Shop niet toegestaan. Van gelijke gevallen is dan ook geen sprake. Het betoog faalt.

8. Seafood Bar betoogt daarnaast dat de rechtbank heeft miskend dat handhavend optreden onevenredig is, omdat zij in juli 2017 al een huurcontract voor het pand heeft afgesloten met een niet opzegbare looptijd van 10 jaar en investeringen heeft gedaan. Zij stelt te zijn overvallen door het voorbereidingsbesluit, waardoor zij de door haar gewenste winkelformule niet meer kan uitoefenen. Het met handhavend optreden te dienen belang is volgens Seafood

Bar gering, omdat hiermee alleen wordt voorkomen dat enkele klanten hun gekochte haring niet ter plaatse opeten.

8.1. Het gebruik van het pand als horeca-1 is in strijd met de ingevolge artikel 3.1, aanhef en onder f, van de planregels geldende detailhandelsbestemming. Met de naleving van deze planregel zijn ruimtelijke belangen gediend, namelijk een goed woon- en leefklimaat. Overtreding van de planregel is niet van geringe ernst. In het door Seafood Bar gestelde wordt dan ook geen aanleiding gezien dat handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat het college had moeten afzien van handhavend optreden.

Het betoog faalt.

9. Concluderend is de Afdeling van oordeel dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat er geen bijzondere omstandigheden aanwezig zijn die aanleiding geven voor het oordeel dat het college van handhavend optreden af had moeten zien.

De last

10. Seafood Bar betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat de last onduidelijk is en verder strekt dan nodig is om de overtrekking te beëindigen. Zij stelt in dit verband dat het niet duidelijk is op welke manier zij aan de last kan voldoen, omdat het college niet heeft gespecificeerd welke uitstraling de Seafood Shop zou moeten hebben om in de ogen van het college niet meer als horeca-1 te worden gekwalificeerd. Ook heeft het college volgens Seafood Bar meerdere malen gesteld dat zij bijvoorbeeld haring of een portie kibbeling voor consumptie ter plaatse mag verkopen en dat de herstelmaatregelen dit nu verbieden.

10.1. Artikel 5:21 van de Awb luidt:

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

- a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtrekking, en [...]”

Artikel 5:24, eerste lid, luidt:

“De last onder bestuursdwang omschrijft de te nemen herstelmaatregelen.”

10.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, bijvoorbeeld in haar uitspraak van 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2671, vereist het rechtszekerheidsbeginsel dat een last zodanig duidelijk en concreet geformuleerd dient te worden dat degene tot wie de last is gericht niet in het duister hoeft te tasten over wat gedaan of nagelaten moet worden om de overtrekking te beëindigen.

10.3. De Afdeling stelt vast dat in de last, zoals die is geformuleerd in het besluit op bezwaar, is opgenomen dat bestuursdwang kan worden voorkomen door de exploitatie, inrichting en uitstraling van het pand zo aan te passen dat geen sprake meer is van horeca-1 en aan de regels van het bestemmingsplan wordt voldaan. Concreet dienen daartoe zowel de (raam -/wand-)tafels en de zitgelegenheid te worden verwijderd en verwijderd gehouden, als de

verkoop van etenswaren voor directe consumptie gestaakt te worden en gestaakt te houden. Ook kan het gebruik van het pand worden gestaakt.

De Afdeling is van oordeel dat de in de last omschreven maatregelen om de overtreding te herstellen duidelijk zijn. Er wordt concreet aangegeven wat uit het pand moet worden verwijderd en welk gebruik moet worden gestaakt.

10.4. De Afdeling volgt de rechtbank echter niet in haar overweging dat de last niet verder strekt dan nodig is om de overtreding te beëindigen. Het college heeft meerdere malen te kennen gegeven dat geen sprake is van strijd met het bestemmingsplan als in beperkte mate voedsel wordt verkocht voor directe consumptie. De last bepaalt echter dat het in strijd met het bestemmingsplan gebruiken van het pand voor horeca-1 alleen kan worden beëindigd, indien de totale verkoop voor directe consumptie wordt gestaakt. Hierdoor strekt de last verder dan noodzakelijk is om de overtreding te beëindigen. Hierbij acht de Afdeling van belang dat het college ter zitting heeft gesteld dat verkoop van een broodje vis of een haring aanvaardbaar moet worden geacht voor consumptie ter plekke.

Voor zover het college tijdens de zitting op de uitspraak van de Afdeling van 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:680, onder 5.2, heeft gewezen, overweegt de Afdeling als volgt. In die zaak, waarbij het horecagebruik in strijd met de detailhandelsbestemming was, heeft de Afdeling overwogen dat de last, die inhield dat het met het bestemmingsplan strijdige gebruik voor een horecabedrijf gestaakt moest worden, niet te verstrekkend was. In de voorliggende zaak is het gebruik als horeca-1 weliswaar ook in strijd met de detailhandelsbestemming, maar heeft het college onder meer gelast dat de totale verkoop voor directe consumptie moet worden gestaakt. Hiermee is het college voorbijgegaan aan zijn eigen standpunt dat er ook producten voor directe consumptie kunnen worden verkocht die onder detailhandel vallen en niet onder horeca-1, zoals een broodje vis en een haring. Gelet hierop is de zaak van 4 maart 2020 niet vergelijkbaar met de voorliggende zaak.

Het betoog slaagt.

Vorbereidingsbesluit

11. Seafood Bar betoogt tot slot dat de rechtbank heeft miskend dat het voorbereidingsbesluit in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en het transparantiebeginsel is genomen. Ook heeft de rechtbank volgens Seafood Bar miskend dat het voorbereidingsbesluit in strijd met de Dienstenrichtlijn is genomen, aangezien er geen sprake is van een evenredige maatregel.

11.1. De Afdeling oordeelt dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat aan dit betoog van Seafood Bar niet kan worden toegekomen, aangezien het voorbereidingsbesluit niet de grondslag vormt voor het handhavend optreden van het college.

Het betoog faalt.

Conclusie

12. Gelet op hetgeen onder 10.4 is overwogen, is het hoger beroep gegrond. De aangevallen uitspraak dient te

worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het bij de rechtbank ingestelde beroep alsnog gegrond verklaren en het besluit van 16 april 2019 vernietigen. De Afdeling ziet daarbij ook aanleiding om het besluit van 18 mei 2018 te herroepen. Hiertoe wordt overwogen dat het college in dat besluit als herstelmaatregel onder meer heeft opgenomen dat sluiting van de winkel kan worden voorkomen door de verkoop van etenswaren (fastfood) voor directe consumptie te staken en gestaakt te houden, het bereiden van etenswaren (fastfood) in de winkel te staken en gestaakt te houden en de apparatuur voor het bereiden van fastfood te verwijderen en verwijderd te houden. Ter zitting is door het college echter toegelicht dat het bereiden van etenswaren en het in beperkte mate verkopen van voedsel, zoals een broodje vis of een haring, ten behoeve van directe consumptie, niet in strijd met de detailhandelsbestemming is. Deze last strekt derhalve ook verder dan nodig is om de overtreding te beëindigen.

Het voorgaande betekent dat het college wel bevoegd was om een bestuursdwangbesluit te nemen en dat er geen bijzondere omstandigheden waren op grond waarvan het college van handhavend optreden had moeten afzien, maar dat de last die het college heeft opgelegd verder gaat dan nodig om de overtreding te beëindigen. Het vernietigen van de uitspraak van de rechtbank en het besluit van 16 april 2019 en het herroepen van het besluit van 18 mei 2018 brengt met zich dat er op Seafood Bar geen last meer rust om het gebruik van de detailhandel als horecabedrijf te staken.

13. Het college dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 3 juli 2019 in zaak nrs. 19/2989 en 19/2915;
- III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam van 16 april 2019, kenmerk: JB.18.003491.001;
- V. herroept het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam van 18 mei 2018, kenmerk: BWT 35-18-3004;
- VI. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam tot vergoeding van bij Seafood Bar in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 2.625,00 (zegge: tweeduizendzeshonderdvijfentwintig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VII. gelast dat het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam aan Seafood Bar het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 864,00 (zegge:

achthonderdvierenzestig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Naschrift

Inleiding

1. De Amerikaanse zangeres Dolly Parton zei ooit: "I'm on a *seafood* diet. I see food. I eat it." Dit is precies wat het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam (verder: college) wilde voorkomen in de Seafood Shop aan de Leidsestraat. Het verkopen voor consumptie ter plekke van diverse soorten vis is volgens het college aan te merken als horeca en daardoor strijdig met het bestemmingsplan (dat ter plaatse alleen detailhandel toelaat). Aan de Seafood Shop werd daarom een last onder bestuursdwang opgelegd. Dit fenomeen waarin de grenzen tussen horeca en detailhandel minder scherp worden (ook wel 'blurring' genoemd) houdt de gemoederen in de wereld van de ruimtelijke ordening bezig. Zo is in het rapport *Blurring, over de vervagende grenzen in de food retail en de beperkingen in de ruimtelijke ordening* van Lexence Advocaten & Notarissen en Bureau Stedelijke planning, p. 24 en 31, beschreven dat er veelal een krimpfolie over het ruimtelijke landschap is gelegd en traditionele begrippen worden gebruikt voor detailhandel en horeca die stammen uit vroegere tijden (zie hierover ook: A. Kamphuis, 'Blurring in bestemmingsplannen', *VF&C* 2016, afl. 3). In het kader van onder andere de Drink- en Horecawet, is een wetsvoorstel in de maak om de mogelijkheden van 'blurring' te verruimen (zie: *Kamerstukken II*, 34961, de zogenoemde 'Wet regulering mengformules'). Een ander interessant aspect van de uitspraak is of het bestuursdwangbesluit verder strekt dan noodzakelijk om de overtreding te beëindigen. Op deze twee aspecten wordt in onderhavig naschrift nader ingegaan.

Beschrijving van de casus

2. Bij een handhavingskwestie inzake overtreding van bestemmingsplanvoorschriften is natuurlijk van belang hoe de begrippen 'horeca' en 'detailhandel' hierin zijn omschreven. In casu is het bestemmingsplan 'Zuidelijke Binnenstad' van toepassing, met de bestemming 'Centrum-1' op grond waarvan detailhandel is toegelaten. 'Detailhandel' wordt daarin als volgt gedefinieerd: "het bedrijfsmatig te koop aanbieden, waaronder begrepen de uitstalling ten verkoop, het verkopen en/of leveren van goederen aan personen die goederen kopen voor gebruik, verbruik of aanwending anders dan in de uitoefening van een beroeps- of bedrijfsactiviteit waaronder grootschalige detailhandel, volumineuze detailhandel, tuincentrum en supermarkt". Het college neemt het standpunt in dat het gebruik ter plaatse van de Seafood Shop is te kwalificeren als 'horeca-1' (wat op die locatie niet is toegestaan), dat als volgt luidt: "fast-foodbedrijven, zijnde horecabedrijven die tot hoofddoel hebben het in hoofdzaak voor consumptie ter plaatse verstrekken van vooral op gemakvoeding gerichte, eenvoudige en snel bereide etenswaren, met als nevenactiviteit het voor consumptie ter plaatse verstrekken van zwak-

niet-alcoholische dranken. Onder fastfoodbedrijven worden in elk geval begrepen automatieken, snackbars en fastfood-restaurants."

Volgens Seafood Bar (die de Seafood Shop exploiteert) moet de locatie worden aangemerkt als een viswinkel/traiteur, waarbij zij een deel van haar inkomsten mag vergaren door de verkoop van etenswaren die direct kunnen worden geconsumeerd, maar dit valt niet aan te merken als haar hoofddoel. Zij stelt dat haar activiteiten in hoofdzaak bestaan uit de verkoop van vis die niet bestemd is voor directe consumptie ter plaatse en dat de verkoop van haring of een broodje vis voor directe consumptie ter plekke daaraan ondergeschikt is (voor een nadere uiteenzetting over wanneer gesproken kan worden van ondergeschikte horeca wordt verwezen naar *Gst.* 2017/23, m.nt. Y. Schönfeld). De omzet wordt voor slechts 35% gegenereerd uit producten die bedoeld zijn voor consumptie ter plaatse. Ook de inrichting van de winkel, zoals een raamtafel met krukken, maakt nog niet dat het gaat om een fastfoodrestaurant. Het college stelt daarentegen dat de activiteiten van Seafood Shop in hoofdzaak de verstrekking van op gemakvoeding gerichte en ter plaatse bereide etenswaren betreft, bedoeld voor consumptie ter plaatse. Slechts een klein deel van het aanbod bestaat uit verse vis.

Horeca of detailhandel?

3. Bij de Afdeling ging de discussie dus voornamelijk over de vraag of in dit geval gesproken moet worden van detailhandel die is toegestaan volgens het bestemmingsplan, dan wel horeca-1. De Afdeling oordeelde dat de inrichting van het pand was gericht op het verstrekken van ter plaatse bereide etenswaren en het op die locatie consumeren daarvan. In de ruimte staan tafels en stoelen en wandtafels met losse krukken. Met deze zitgelegenheid wordt uitgenodigd om de verstrekte etenswaren ter plaatse te consumeren. Dat Seafood Bar stelt slechts 35% van haar inkomen te genereren uit producten die bestemd zijn voor consumptie direct ter plaatse doet niet af aan de geconstateerde aard, uitstraling en inrichting van de Seafood Shop. Voor de Afdeling is het duidelijk: er is sprake van horeca en dus een strijdigheid met het bestemmingsplan. Het college was bevoegd om te handhaven middels een last onder bestuursdwang (de last was wel te verstrekkend, dit wordt behandeld onder nr. 4 van dit naschrift).

Dit is niet de eerste keer dat de vervagende grens tussen detailhandel en horeca aan de Kneuterdijk in Den Haag aan de orde komt. In ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7606 was aan een AH to Go-supermarkt aan de Oudegracht te Utrecht een last onder dwangsom opgelegd om het ter plaatse nuttigen van etenswaren te voorkomen en te staken. In de casus van de Seafood Shop zijn er in het bestemmingsplan begripsomschrijvingen van 'detailhandel' en 'horeca' voorhanden. Over het verschil hiertussen, als deze begrippen niet in het bestemmingsplan zijn gedefinieerd, is een heldere uiteenzetting opgenomen in de uitspraak ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:376, inzake New York Pizza aan de Ferdinand Bolstraat in Amsterdam. New York Pizza betoogde dat het bestemmingsplan de verkoop

van kleine etenswaren ter plaatse toestaat, omdat dit gekarakteriseerd dient te worden als 'detailhandel'. Volgens vaste rechtspraak (onder meer ABRvS 30 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9944) is een wezenlijk kenmerk van een horecabedrijf dat daar bedrijfsmatig dranken en etenswaren worden verstrekt teneinde deze ter plaatse te nuttigen. Verder onderscheidt een horecabedrijf zich daarin van winkels waar dranken en etenswaren uitsluitend worden verkocht en waar niet door middel van bijvoorbeeld de aanwezigheid van zitplaatsen de gelegenheid wordt geboden het gekochte onmiddellijk te nuttigen. Omdat er zitplaatsen waren, was dus geen sprake van detailhandel. Twee soortgelijke casussen deden zich ook eerder voor in (wederom) Amsterdam. In de uitspraak ABRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4427 was een aan Sweet Bakery opgelegde last onder dwangsom aan de orde. Opnieuw was volgens het bestemmingsplan horeca niet toegestaan (alleen detailhandel). Volgens de last moesten de apparaten die dienen voor de bereiding van fastfood worden verwijderd. Ook hier toetste de Afdeling of de inrichting van de ruimte gericht was op het al dan niet verstrekken van snel bereide etenswaren en het ter plaatse consumeren hiervan. De uitspraak ABRvS 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:680, AB 2020/331, m.nt. C.M.M. van Mil ten slotte past ook in deze lijn: de inrichting van de verkoopruimte en de presentatiewijze van de ter plaatse bereide stroopwafels geeft de doorslag. Interessant in de 'stroopwafels-uitspraak' was ook dat de Afdeling in de omstandigheid dat de verse stroopwafels veelal niet in het pand, maar *daarbuiten* worden genuttigd, geen aanleiding ziet om er niet van uit te mogen gaan dat het hoofddoel het verstrekken van etenswaren voor consumptie ter plaatse is. De Afdeling kijkt dus vooral naar de aard, inrichting, uitstraling en presentatiewijze van de ruimte voor het oordeel of het gebruik is te kwalificeren als detailhandel dan wel horeca (gericht op consumptie ter plaatse).

Opgelegde last te verstrekkend?

4. In de casus van de Seafood Shop was dus terecht overgegaan tot handhaving. Het liep echter alsnog mis op de formulering van de last onder bestuursdwang. Deze was te verstrekkend (verder dan noodzakelijk is om de overtreding te beëindigen). Volgens vaste jurisprudentie is een last die ziet op het beëindigen van de overtreding in beginsel niet te verstrekkend (zie bijvoorbeeld ABRvS 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1996, ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3486 en ABRvS 7 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3620). Om te bepalen of een last al dan niet te verstrekkend is, moet worden bekeken wat *het doel* is van wat met de opgelegde last wordt nagestreefd (ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:970, ABRvS 7 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3620, ABRvS 19 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1952 en ABRvS 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:92, AB 2017/99, m.nt. T.N. Sanders, BR 2017/31, m.nt. T.J.J. Slegers). De last moet gericht zijn op ongedaanmaking van de overtreding, maar mag niet verdergaande zaken vereisen. Het college heeft in de casus van de Seafood Shop meerdere malen te kennen gegeven dat niet

in strijd met het bestemmingsplan wordt gehandeld *als in beperkte mate* voedsel wordt verkocht voor directe consumptie. De last bepaalde echter dat het in strijd met het bestemmingsplan gebruiken van het pand alleen kan worden beëindigd als de totale verkoop voor directe consumptie wordt gestaakt. Hierdoor strekt de last verder dan noodzakelijk is om de overtreding te beëindigen. Hierbij acht de Afdeling van belang dat het college ter zitting heeft gesteld dat verkoop van een broodje vis of een haring aanvaardbaar moet worden geacht voor consumptie ter plekke. Het college is dus voorbijgegaan aan zijn eigen standpunt dat er ook producten voor directe consumptie kunnen worden verkocht die onder detailhandel vallen en niet onder horeca-1 (zoals een broodje vis en een haring).

Y. Schönfeld

Gst. 2021/8

Centrale Raad van Beroep 28 juli 2020, nr. 19/2442 PW (Mrs. O.L.H.W.I. Korte, P.W. van Straalen en E.C.G. Okhuizen) m.nt. M.I.T. Albers & J.C. de Wit¹

(Art. 54 lid 3, 58 lid 2 sub a Participatiewet)

ABkort 2020/341
JWWB 2020/229
NJB 2020/2029
ECLI:NL:CRVB:2020:1664

Door het gebruikte risicoprofiel en de wijze waarop het onderzoek naar vermogen in het buitenland is ingericht, is het discriminatieverbod geschonden. (Helmond)

Het college is er niet in geslaagd, ook niet nadat de Raad het hiertoe uitdrukkelijk in de gelegenheid heeft gesteld, aannemelijk te maken dat in het geval van appellanten feitelijk is gehandeld conform de opzet van de pilot zoals onder 4.2 is weergegeven. Zo heeft het college, wegens het ontbreken van gegevens daarover, niet kunnen uitleggen hoe de dossiers van de bijstandsgerechtigden met als geboorteland Turkije of Polen zijn geselecteerd en hebben geleid tot de twintig dossiers die naar [X.] zijn gestuurd. Evenmin heeft het college meer duidelijkheid kunnen geven over selectie criterium 3: 'risicoprofiel: C of D'. Deze risicoprofielen zouden te maken hebben met de kansen op het verkrijgen van werk, het hebben van schulden en eerder gepleegde fraude door de bijstandsgerechtigde. Een schriftelijk stuk dat een concretere invulling van deze criteria bevat, zou volgens het college niet voorhanden zijn. Tot slot heeft het college tegenstrijdige informatie gegeven over selectie criterium 5: 'overige aanwijzingen'. Eerder heeft het college aangegeven dat

¹ Max Albers is juridisch adviseur bij de gemeente Rotterdam. Joke de Wit is universitair hoofddocent bij de sectie Bestuursrecht van de Erasmus School of Law. Zij is tevens rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Noord-Holland en voorzitter van de algemene bezwaarschriftencommissie van de gemeente Rotterdam.