



MR. RAOUL MEESTER VAN HET AMSTERDAMSE ADVOCATENKANTOOR MEESTER IS GESPECIALISEERD IN HORECARECHT. IN DEZE RUBRIEK VERTELT HIJ OVER JURIDISCHE PROBLEMEN WAARMEE HORECA-ONDERNEMERS TE MAKEN HEBBEN. HIJ BASEERT ZICH ONDER MEER OP ZAKEN DIE HIJ TEGENKOMT IN ZIJN EIGEN PRAKTIJK. TEL. (020) 409 55 55. WWW.MEESTERMEESTER.NL

HANDHAVING HORECABELEID

Het rookverbod, terrassenbeleid, gevelbeleid... Op tal van vlakken moet de overheid horecabeleid handhaven. Dat dient echter wel te gebeuren volgens strikte regels.

Zorgvuldige handhaving begint met zorgvuldig constateren. Vragen die daarbij spelen, zijn hoe je een overtreding constateert, wanneer een overtreding zorgvuldig wordt geconstateerd en hoe het bewijs van een overtreding wordt vastgelegd. Aan dergelijke vraagstukken wordt in de rechtspraak en jurisprudentie relatief weinig aandacht besteed, wellicht ook omdat advocaten dat (ten onrechte) minder interessant vinden en gemeenten er liever niet op attenderen. Het komt regelmatig voor dat interessante jurisprudentie die in het voordeel van de horecaondernemers uitpakt, niet eens in de vakliteratuur wordt gepubliceerd.

EERST WAARSCHUWEN?

Het doel van handhaven is te zorgen dat afwijkingen van de norm worden hersteld. Het gaat er niet om de overtreder te straffen of te beboeten, maar om ervoor te zorgen dat alles netjes volgens de regels verloopt en er geen inbreuken worden gemaakt op de (openbare en maatschappelijke) orde.

Wanneer het doel van de handhaving in acht wordt genomen, ligt het veel meer voor de hand een ondernemer die van de regel afwijkt, eerst te waarschuwen en de gelegenheid te geven zelf de overtreding te herstellen. Zeker wanneer het gaat om makkelijk herstelbare situaties zoals terrasuitwaaiing of roken in de zaak, verdient het aanbeveling om eerst met de ondernemer in gesprek te raken en hem of haar te wijzen op de overtreding.

Helaas is een dergelijk 'recht' om te worden gewaarschuwd voorafgaande aan daadwerkelijke handhaving over het algemeen niet vastgelegd, tenzij de gemeente dit zelf in haar beleid heeft neergelegd. Denk bijvoorbeeld aan een stappenplan ten aanzien van de handhaving van

verschillende overtredingen waarbij de eerste stap een waarschuwingsbrief is. Ook dit is al een tamelijk formele manier van doen, waarbij het opleggen van de eerste stap (waarschuwing) de deur openzet naar verdergaande stappen (dwangsommen, sluiting).

Wel kan het onzorgvuldig zijn als de gemeente direct handhavend optreedt, zonder waarschuwing vooraf. Het handhaven is dan niet zorgvuldig of disproportioneel. Er bestaan op verschillende rechtsgebieden rechterlijke uitspraken waarbij is uitgemaakt dat handhaven proportioneel moet zijn; de overheid mag niet zomaar het zwaarste middel inzetten, maar dient gebruik te maken van het lichtst mogelijke middel om haar doel te bereiken. Zo mag bij staand drinken op een terras niet direct de zaak worden gesloten, maar moet worden volstaan met een eerste aanzegging.

SCHRIFTELIJK RAPPORTEREN

De rapportage die de aanleiding vormt voor de overheid om handhavend op te treden richting een ondernemer, moet objectief kunnen worden beoordeeld. Anderen, waaronder de ondernemer maar ook de gemeente en de rechter, moeten de constatering kunnen toetsen op zorgvuldigheid en betrouwbaarheid.

Als de constatering van een overtreding niet in een rapportage is neergelegd, kan eerder sprake zijn van onzorgvuldige besluitvorming. Achteraf is dan immers niet meer vast te stellen waaruit de overtreding heeft bestaan en of zorgvuldig is waargenomen. Het is dan ook gebruikelijk dat een rapportage wordt opgemaakt. Deze dient ook aan de ondernemer ter beschikking te worden gesteld als deze daarom vraagt.

Het is (helaas) nog niet gebruikelijk dat de achterliggende rapportage altijd wordt meegestuurd

bij het opleggen van een handhavingmaatregel, zoals een last onder dwangsom. De achterliggende rapportages zijn echter vrij op te vragen bij de gemeente.

EISEN AAN RAPPORTAGE

Als een proces-verbaal of constateringsrapport wordt opgemaakt, dan moet dat in ieder geval voldoen aan de volgende eisen:

- Het moet zijn opgemaakt door een daartoe bevoegde ambtenaar.
- Het rapport dient door de betreffende ambtenaar te worden ondertekend.
- Het rapport moet duidelijk het tijdstip en de locatie vermelden waarop de overtreding is waargenomen.
- De rapportage mag geen meningen of eigen opvattingen van de rapporteur bevatten. Het moet gaan om constateringen van feiten, niet om conclusies, gevolgtrekkingen of meningen van degene die het rapport/proces-verbaal opmaakt.
- Bij voorkeur wordt een rapportage vergezeld van een foto van de geconstateerde overtreding of een schets van de aangetroffen situatie.
- Bij voorkeur en indien mogelijk wordt in de rapportage ook de toelichting van de horecaondernemer op hetgeen is geconstateerd, meegenomen.
- Als het constateringsrapport de vorm heeft van een formulier met vaststaande en in te vullen vragen, moeten alle vragen ook daadwerkelijk worden ingevuld.

Als een constateringsrapport onzorgvuldig is ingevuld of opgesteld, als niet duidelijk uit het rapport is op te maken waaruit de overtreding bestaat of wat precies is waargenomen of als het constateringsrapport door een daartoe niet bevoegde ambtenaar is opgesteld of niet is ondertekend, dan kan dit aanleiding zijn te concluderen dat de constatering onzorgvuldig is en van handhaving moet worden afgezien.

Gaat het bovendien om situaties die bewerkelijk zijn en snel kunnen veranderen, zoals de manier waarop een terras is uitgezet of drinkende mensen op straat, dan kan over het algemeen niet worden volstaan met een enkele momentopname. Het kan immers best zo zijn dat op moment X een aantal mensen zich op straat bevindt, maar dat twee minuten later de horecaondernemer deze mensen weer naar binnen heeft gedirigeerd en de straat leeg is. Een momentopname geeft dan onvoldoende beeld van de overtreding.

NIET ZOMAAR OVERNEMEN

De gemeente mag niet klakkeloos en zonder nader onderzoek een constateringsrapport of proces-verbaal overnemen. Als er twijfel is over de



juistheid van het constateringsrapport, is het aan de gemeente om voldoende overtuigend bewijs te leveren dat sprake is van een overtreding. De feiten die ten grondslag worden gelegd aan het handhaven, moeten dan ook in redelijkheid buiten twijfel staan. Dit criterium is in de rechtspraak meerdere malen naar voren gekomen. Met andere woorden: als de feiten die de gemeente gebruikt om tot handhaving over te gaan discutabel zijn of voor meerdere uitleg vatbaar, dan kan dit betekenen dat de gemeente niet zomaar kan gaan handhaven.

TIPS

- Als door de gemeente handhavend wordt opgetreden, vraag dan altijd de achterliggende rapportages (voor zover aanwezig) op en bekijk deze zorgvuldig om te zien of ze wel voldoen aan bovenstaande criteria.
- Wordt opgetreden tegen bijvoorbeeld gevelreclame, ga dan altijd in de eigen archieven of die van de gemeente na in hoeverre ten behoeve van dergelijke reclame of andere aanduidingen

in het verleden een bouwvergunning is verleend. Als dit het geval is, dan is het voor de gemeente heel moeilijk om nog op te treden tegen de aanwezigheid van dergelijke reclame. Dit geldt overigens ook voor andere gevallen wanneer wordt opgetreden tegen bouwwerken waarvoor in het verleden wel eens een bouwvergunning kan zijn afgegeven. Bij iedere gemeente zijn de bouwvergunningen van het verleden in te zien.

- Ga na wie het handhavingrapport heeft gemaakt. De persoon die dit doet, moet van tevoren wel door de gemeente daartoe zijn aangewezen en gemandateerd. Het kan lonen om na te zoeken of dit ook is gebeurd.
- Heeft de gemeente eerst een waarschuwing gegeven of wordt nauwelijks opgetreden? Zeker bij minder ernstige overtredingen is het aanmerkelijk dat de gemeente niet zomaar mag gaan handhaven, maar de ondernemer eerst in de gelegenheid dient te stellen de situatie zelf op te lossen en weer in overeenstemming met de regels te brengen. ■