

Burgemeestersadvies



Gemeente Elburg

Portefeuillehouder	J.N. Rozendaal	Domeinmanager
Domein	Bedrijfsvoering	
Advies van	J.D. Post	Gemeentesecretaris
Datum advies	12 januari 2018	
Advies O.R.	Nee	Burgemeester
I.o.m.	A. Bosman	
I.o.m. wijkcontactambtenaar	Nee	
Beslissing d.d.	22-01-2018	Nummer
Conform voorstel.		
Besluit	Openbaar	
Persbericht	Nee	

Onderwerp

Bezwaarschrift tegen de besluiten van de burgemeester van 21 juli 2017 tot verlening van een exploitatievergunning horecabedrijf en een terrasvergunning voor Café De Haven, Havenkade 31 in Elburg.

Voorstel

1. Het advies van de commissie voor de bezwaarschriften van 5 december 2017 overnemen.
2. Het bezwaarschrift gegrond verklaren.
3. De op 21 juli 2017 verleende exploitatievergunning horecabedrijf en terrasvergunning herroepen.
4. Aan de op 6 juli 2017 van rechtswege verleende exploitatievergunning horecabedrijf voorschriften verbinden, zoals gebruikelijk bij exploitatievergunningen horecabedrijf.
5. Aan de op 6 juli 2017 van rechtswege verleende terrasvergunning eveneens voorschriften verbinden, zoals gebruikelijk bij terrasvergunningen, en een gewaarmerkte situatietekening waarop de exacte situering en omvang van het terras zijn aangegeven.
6. De op 6 juli 2017 van rechtswege verleende exploitatievergunning horecabedrijf en terrasvergunning voor het overige in stand houden.
7. De op 6 juli 2017 van rechtswege verleende exploitatievergunning horecabedrijf en terrasvergunning als zodanig bekendmaken (aan vergunninghouder en bezwaarde) en publiceren in Huis aan Huis.

Toelichting

De volgende stukken zijn als bijlage bij dit advies gevoegd:

1. het verslag van de hoorzitting van de commissie voor de bezwaarschriften van 7 november 2017;
2. het advies van de commissie voor de bezwaarschriften van 5 december 2017;
3. de concept-beslissing op bezwaar voor bezwaarde;
4. de concept-beslissing op bezwaar voor vergunninghouder;
5. de concept-brief waarin de op 6 juli 2017 van rechtswege verleende exploitatievergunning horecabedrijf, inclusief daaraan te verbinden voorschriften, is verwoord;
6. de concept-brief waarin de op 6 juli 2017 van rechtswege verleende terrasvergunning, inclusief daaraan te verbinden voorschriften, is verwoord en de daarbij behorende gewaarmerkte situatietekening van het vergunde terras, en
7. de tekst voor de publicatie van de vergunningen van rechtswege in Huis aan Huis.

Inleiding

Op 10 mei 2017 heeft u van de nieuwe uitbater van Café De Haven (voorheen Café De Baars geheten), gevestigd op het adres Havenkade 31 in Elburg, 3 aanvragen om vergunning ontvangen, te weten:

- a. een aanvraag om een vergunning op basis van artikel 3 van de Drank- en Horecawet voor het uitoefenen van een horecabedrijf met de naam Café De Haven in het pand Havenkade 31 in Elburg;
- b. een aanvraag om een vergunning als bedoeld in artikel 2:28 van de Algemene plaatselijke verordening (Apv) voor het exploiteren van een horecabedrijf met de naam Café De Haven in het pand Havenkade 31 in Elburg, en
- c. een aanvraag om een vergunning als bedoeld in artikel 2:28 van de Apv voor het aanwezig hebben van een terras op gemeentegrond, op de openbare weg/openbaar verblijfsgebied, aan de voorzijde van genoemd horecabedrijf Café De Haven. Blijkens de bij deze aanvraag behorende situatieschets beslaat het aangevraagde terras niet de gehele lengte van de voorgevel (de serre) van het horecapand, maar begint het terras op enige afstand van de perceelsgrens met de beide aangrenzende woonpercelen.

Op 21 juli 2017 heeft u aan de nieuwe uitbater van Café De Haven de drie aangevraagde vergunningen verleend. Aan de exploitatievergunning en aan de terrasvergunning hebt u diverse voorschriften verbonden. Aan de verleende terrasvergunning hebt u nog geen situatietekening met de exacte situering en omvang van het terras verbonden. De exacte omvang en situering van het terras wilde u in overleg met de vergunninghouder en de naaste burens bepalen en aansluitend vastleggen in een op te maken situatietekening. Dit omdat de nieuwe uitbater op 15 juni 2017 aan u kenbaar heeft gemaakt of het mogelijk was om vergunning te krijgen voor een terras over de gehele lengte van de voorgevel (de serre) van het horecapand. U heeft toen aangegeven dat dit alleen mogelijk was, indien de beide burens hiertegen geen bezwaren hadden.

Bezwaar

Bij brief van 11 augustus 2017 heeft een bewoner van één van de aangrenzende woningen bezwaar gemaakt tegen de exploitatievergunning en de terrasvergunning (de hiervoor onder b en c genoemde vergunningen).

De bezwaren zijn met name gericht tegen de terrasvergunning:

1. Volgens bezwaarde komt de verkeersveiligheid op de Havenkade in gevaar. Het terras zorgt ervoor dat er onvoldoende ruimte is voor automobilisten en fietsers om elkaar te passeren.
2. Het vorige terras is groter gemaakt dan was toegestaan. Er werd niet gehandhaafd. Ook de huidige uitbater van het café heeft het (proef)terras zo groot gemaakt dat gebruikers van het terras bij bezwaarde in huis kunnen kijken. Dit leidt tot een aantasting van de privacy van bezwaarde.
3. De 'ingang' van het terras is gesitueerd nabij de voorzijde van de woning van bezwaarde. Daardoor lopen er constant mensen voor het raam van de woning van bezwaarde. Dit zorgt voor overlast (praten) en inkijk in de woning van bezwaarde.
4. Vanuit zijn woning kijkt bezwaarde de hele dag tegen een grote parasol aan, waardoor zijn uitzicht op het havenkanaal belemmerd wordt. Bezwaarde verkeert in de veronderstelling dat parasols juist niet zijn toegestaan bij terrassen.
5. Er worden volgens bezwaarde te pas en te onpas fietsen en motoren van bezoekers van Café De Haven voor het raam van bezwaarde gestald. Het personeel van het café sommeert bezoekers

weliswaar om hun fietsen en motoren elders langs de haven te parkeren, maar dat leidt weer tot een belemmering van de havenkom. Verder helpt het sommeren niet. Er worden evengoed fietsen en motoren geparkeerd daar waar het niet moet.

6. Doordat er vaak fietsen en motoren staan, kan bezwaarde geen goederen laden en lossen bij zijn woning.
7. De huidige uitbater van het café heeft de achtertuin in laten straten. Bezwaarde vreest dat ook de achtertuin zal worden gebruikt ten behoeve van een terras.

Bezwaarde heeft daarnaast nog enige bezwaren tegen de exploitatievergunning voor het horecabedrijf zelf:

8. In het café zelf mag niet gerookt worden. Bezoekers gaan daardoor roken aan de achterzijde van het café (in de achtertuin). Dit leidt tot diverse vormen van overlast voor bezwaarde (rook in de slaapkamer, gepraat, gelach, gevloek, etc.). Dit gaat tot in de vroege uurtjes door.
9. Bezwaarde ervaart geluidsoverlast vanuit het café. Hij heeft hiervoor al een klacht ingediend bij de gemeente. De klacht over geluidsoverlast is in behandeling bij de Omgevingsdienst Noord Veluwe.

Daarnaast heeft bezwaarde nog enige bezwaren tegen door de vorige en door de huidige uitbater van het café uitgevoerde bouwactiviteiten aan de achterzijde/de achtertuin van het café. Bezwaarde vraagt zich af of dit zonder vergunning kon worden uitgevoerd.

Beoordeling door de commissie

Het bezwaarschrift met de op de zaak betrekking hebbende stukken is in handen gesteld van de commissie voor de bezwaarschriften. Op 7 november 2017 heeft de commissie een hoorzitting georganiseerd over het bezwaarschrift. Zowel bezwaarde als vergunninghouder waren op de hoorzitting aanwezig. Op 5 december 2017 heeft de commissie aan u advies uitgebracht over de te nemen beslissing op bezwaar.

De commissie heeft allereerst het geschil afgebakend:

1. Er is geen bezwaar gemaakt tegen de vergunning op grond van de Drank- en Horecawet, waardoor deze thans onherroepelijk is. Het bezwaarschrift richt zich uitsluitend tegen de exploitatievergunning horecabedrijf en tegen de terrasvergunning.
2. De gronden van bezwaar, die betrekking hebben op de bouwactiviteiten aan de achterzijde van het café, vallen buiten de reikwijdte van het geschil. In casu gaat het over de toepassing van artikel 2:28 van de Apv, een bevoegdheid die aan u toekomt. Handhaving van de bouwregels valt onder de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en het bestemmingsplan en is bovendien een bevoegdheid van het college van b en w.
3. De bezwaargrond, die betrekking heeft op het mogelijk aanwenden van de tuin aan de achterzijde van het café ten behoeve van een terras, is ook buiten beschouwing gelaten. De aanvraag om een terrasvergunning (en uw besluit van 21 juli 2017) ziet (zien) alleen op een terras aan de voorzijde van het café. Bovendien is deze bezwaargrond gebaseerd op vrees voor een (louter) toekomstige gebeurtenis. In het bestuursrecht moet er echter sprake zijn van een actueel belang. De enkele vrees dat iets zal gaan gebeuren in de toekomst, maakt niet dat er sprake is van een actueel belang.

De commissie heeft vervolgens geconstateerd dat de vergunning voor het exploiteren van een horecabedrijf en de vergunning voor het aanwezig hebben van een terras bij dit horecabedrijf al op 6 juli 2017 van rechtswege zijn verleend. De door u op 21 juli 2017 verleende vergunningen zijn gebaseerd op aanvragen, die door u op 10 mei 2017 zijn ontvangen. Volgens de Apv geldt een beslistermijn van 8 weken na ontvangst van deze aanvragen om vergunning. In de Apv is ook vastgelegd dat voor dit type vergunningen de zogenaamde 'lex silencio positivo' van toepassing is. Dat houdt in dat de vergunningen van rechtswege zijn verleend, indien niet tijdig op de aanvragen is beslist. De commissie heeft vastgesteld dat in casu geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid tot verlenging van de beslistermijn. Dat betekent dat vóór 6 juli 2017 een beslissing diende te worden genomen op de aanvragen van 10 mei 2017. Dat is niet gebeurd. In casu heeft u eerst op 21 juli 2017 – en dus te laat – beslist op de aanvragen om vergunning. Dat betekent dat beide vergunningen al op 6 juli 2017 van rechtswege waren verleend, één en ander overeenkomstig de aanvragen om vergunning van 10 mei 2017. Een andere consequentie is dat u op 21 juli 2017 niet meer bevoegd was om (alsnog) op de aanvragen om vergunning te beslissen: die vergunningen waren al (van rechtswege) verleend. In de jurisprudentie is dan ook bepaald dat in deze situatie de nadien genomen reële besluiten moeten

worden herroepen bij de beslissing op bezwaar. In casu betekent dit dat de door u genomen besluiten van 21 juli 2017 bij de beslissing op bezwaar moeten worden herroepen.

Het is niet zo dat een van rechtswege verleende vergunning onaantastbaar is. Een van rechtswege verleende vergunning kan 'vol' (inhoudelijk) worden getoetst in bezwaar. De commissie heeft dan ook getoetst of de van rechtswege verleende exploitatievergunning horecabedrijf en de van rechtswege verleende terrasvergunning in stand kunnen blijven of alsnog bij de beslissing op bezwaar moeten worden herroepen. De commissie heeft de van rechtswege verleende vergunningen getoetst aan de weigeringsgronden, die zijn genoemd in artikel 2:28 van de Apv. Ook heeft de commissie de door bezwaarde naar voren gebrachte gronden van bezwaar betrokken bij de beantwoording van de vraag of de van rechtswege verleende vergunningen in stand kunnen blijven. Op grond van de jurisprudentie worden namelijk de tegen de reële besluiten naar voren gebrachte gronden van bezwaar geacht gericht te zijn tegen de van rechtswege verleende besluiten.

Voor de exploitatievergunning horecabedrijf en voor de terrasvergunning zijn er 2 belangrijke weigeringsgronden:

1. het bestemmingsplan (een dwingendrechtelijke weigeringsgrond), en
2. de situatie dat het horecabedrijf/het terras de woon- en leefsituatie in de omgeving van de inrichting en/of de openbare orde op ontoelaatbare wijze nadelig beïnvloedt (dit is een 'kan'-bepaling, waarbij in de jurisprudentie ook is bepaald dat aan u in deze beoordelingsvrijheid toekomt).

Voor de terrasvergunning gelden daarnaast nog aanvullende weigeringsgronden, die betrekking hebben op het doelmatig en veilig gebruik van de weg en het doelmatig beheer en onderhoud van de weg.

De commissie heeft geconstateerd dat de dwingendrechtelijke weigeringsgrond van het bestemmingsplan niet van toepassing is. Het pand Havenkade 31 is gesitueerd op grond met een horecabestemming. Het terras is gesitueerd op grond met de bestemming 'Verkeer - Verblijfsgebied'. In de doeleindenomschrijving van deze bestemming is aangegeven dat deze gronden mede gebruikt mogen worden ten behoeve van een terras.

De commissie is om meerdere redenen van oordeel dat zich in casu de situatie dat het horecabedrijf en het bijbehorende terras de woon- of leefsituatie ter plaatse of de openbare orde op ontoelaatbare wijze nadelig beïnvloedt niet voordoet:

1. Een horecagelegenheid brengt per definitie enige mate van overlast met zich mee. Niet elke vorm/mate van overlast is dan ook een reden om een aanvraag om vergunning voor het exploiteren van een horecabedrijf en een daarbij behorend terras af te wijzen. Er moet sprake zijn van het op ontoelaatbare wijze nadelig beïnvloeden, waarbij aan de burgemeester ook nog eens beoordelingsvrijheid toekomt.
2. Het bestemmingsplan staat - ruimtelijk-planologisch gezien - bij recht een horecabedrijf met bijbehorend terras toe op het perceel Havenkade 31 en het aan de voorzijde van het café aangrenzende openbaar gebied. Gelet op dit planologisch regime is de commissie van oordeel dat bezwaarde rekening moet houden met de aanwezigheid van een horecabedrijf en zelfs met een bijbehorend terras.
3. De Havenkade in Elburg is met name in het voorjaar, zomer en het eerste deel van het najaar erg in trek bij toeristen/recreanten. Aan de Havenkade zijn dan ook meerdere horecagelegenheden met terrassen gevestigd. Op het adres Havenkade 31 is ook al decennialang een horecagelegenheid gevestigd. Het betreffende gebied trekt dus de nodige bezoekers.
4. Op 28 mei 2015 en 2 juni 2016 heeft u aan de vorige uitbater van de horecagelegenheid een terrasvergunning verleend met dezelfde situering en omvang als het terras waarvoor de huidige uitbater heeft beoogd vergunning aan te vragen met zijn aanvraag van 10 mei 2017. Juist met het oog op de woon- en leefsituatie in de omgeving en de veiligheid (bruikbaarheid) van de weg heeft u toen beperkingen aangebracht in de omvang en situering van het terras. Dit heeft u gedaan met het oog op aan u uitgebrachte adviezen van deskundigen (waaronder uw verkeerskundige) en om tegemoet te komen aan de zienswijze van bezwaarde.
5. De te dulden overlast kan tot een aanvaardbaar niveau worden teruggebracht door middel van het verbinden van voorschriften aan de exploitatie- en terrasvergunning. De Algemene wet bestuursrecht biedt u de mogelijkheid om ook aan van rechtswege verleende vergunningen voorwaarden te verbinden. De commissie adviseert u om bij de beslissing op bezwaar alsnog de gebruikelijke voorwaarden te verbinden aan de beide van rechtswege verleende vergunningen.

6. Het is de commissie gebleken dat er tussen bezwaarde en de uitbater van Café De Haven (en diens voorganger) afspraken zijn gemaakt over het terugdringen van overlast als gevolg van het stallen van fietsen en motoren. Tijdens een bemiddelingsgesprek heeft de huidige uitbater zich ook bereid verklaard om er op toe te zien dat bezoekers niet meer aan de achterzijde van zijn café gaan roken. Met dit soort afspraken kan de te dulden overlast ook worden voorkomen c.q. tot een aanvaardbaar niveau worden teruggebracht.
7. De beoordeling of een horeca-inrichting voldoet aan de gestelde milieunormen (waaronder geluid) kan uitsluitend in het kader van de Wet milieubeheer en de daarop gebaseerde wettelijke regelingen, zoals het Activiteitenbesluit milieubeheer, aan de orde komen. Thans loopt een onderzoek door de Omgevingsdienst Noord Veluwe naar geluidsoverlast door het café.
8. Op grond van het terrassenbeleid en de daaraan verbonden 'Toolbox Uitvoeringsvoorschriften' is het gebruik van parasols toegestaan.

Op grond van deze overwegingen is de commissie van oordeel dat de weigeringsgronden niet van toepassing zijn op de van rechtswege verleende vergunningen voor het exploiteren van een horecabedrijf en het aanwezig hebben van een terras bij dit horecabedrijf. Wel adviseert de commissie u nog om bij de beslissing op bezwaar aan de van rechtswege verleende terrasvergunning (naast voorschriften/voorwaarden) ook nog een duidelijke situatietekening van het vergunde terras te verbinden. Bij de aanvraag van 10 mei 2017 zit een vage situatietekening. Het is wel duidelijk dat het om het 'beperkte' terras gaat, maar die vage situatietekening roept wel vragen op over de exacte situering en omvang van het terras. Bij de toe te voegen duidelijke situatietekening gaat het overigens om dezelfde situatietekening, die u eerder hebt verbonden aan de terrasvergunningen van 28 mei 2015 en 2 juni 2016.

Ambtelijk advies

Het niet verlengen van de beslistermijn is niet bewust gebeurd. Dit is over het hoofd gezien. Het streven was om in goed overleg met alle betrokkenen (aanvrager en burens) tot voor iedereen aanvaardbare vergunningen te komen. Dat is helaas niet gelukt. Daarbij is de duur van de beslistermijn en de consequenties van het overschrijden daarvan over het hoofd gezien.

Ambtelijk zijn wij van mening dat het advies van de commissie voor de bezwaarschriften deugdelijk is gemotiveerd en op zorgvuldige wijze tot stand gekomen. U wordt dan ook geadviseerd om het advies van de commissie over te nemen en dienovereenkomstig te beslissen op het bezwaarschrift.

De bezwarencommissie heeft u – met het oog op een verbetering en versterking van de motivering van toekomstige vergunningen op basis van artikel 2:28 van de Apv – 'ten overvloede' nog in overweging gegeven om in toekomstige vergunningen een expliciete verwijzing op te nemen naar de in artikel 2:28 van de Apv genoemde weigeringsgronden. Deze overweging ten overvloede is (ambtelijk) inmiddels overgenomen en doorgevoerd.

Communicatieparagraaf

N.v.t.

NEO paragraaf

N.v.t.

Risicoparagraaf

N.v.t.

Financieel advies

N.v.t.

Duurzaamheidsparagraaf

N.v.t.

