

Overtreder. Pandeigenaar als exploitant vanwege overeenkomst met curator verantwoordelijk voor naleven regelgeving horecabedrijf.

ABRvS 03-04-2019, ECLI:NL:RVS:2019:1032, m.nt. C.M.M. van Mil

Instantie

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Datum

3 april 2019

Magistraten

Mrs. J.A.W. Scholten-Hinloopen, E.J. Daalder, R.W.L. Koopmans

Zaaknummer

201804308/1/A3

Noot

C.M.M. van Mil

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS68117:1

Vakgebied(en)

Bestuursrecht algemeen / Handhaving algemeen

Horecarecht / Horeca-inrichting

Brondocumenten

ECLI:NL:RVS:2019:1032, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 03-04-2019

Wetingang

Art. 5:21 Awb; art. 3 lid 1, art. 20 lid 1, art. 44a Dhw; art. 1:6, 2:27 lid 1 APV Groningen

Essentie

Geen voortzetting exploitatie cafés door curator. Exploitatie bij overeenkomst door curator aan appellante overgedragen. Appellante wordt op grond hiervan als overtreder aangemerkt.

Samenvatting

Niet in geschil is dat persoon exploitant was van beide cafés en in dat kader aan hem Drank- en Horecawet- en exploitatievergunningen zijn verleend, dat hij op 20 juli 2016 failliet is verklaard en dat de curator vanaf dat moment de boedel is gaan beheren. Niet is gebleken dat de tenaamstelling van de vergunningen vanaf het faillissement is gewijzigd. In de overeenkomst die appellante op 28 juli 2016 met de curator heeft gesloten is opgenomen dat appellante zorg zal dragen voor de feitelijke exploitatie van de cafés zoals het inhuren van personeel, het verrichten van loonbetalingen, de inkoop en verkoop alsmede betaling van de huur, alles wat nodig is om de onderneming draaiende te houden. Voorts is in de overeenkomst opgenomen dat de exploitatie van de cafés voor risico van appellante komt. Daarnaast is in de overeenkomst opgenomen dat aan appellante kleingeld ter beschikking wordt gesteld om de cafés te kunnen exploiteren. Ter zitting van de Afdeling heeft appellante bevestigd dat rekeningen voor de inkoop van goederen ten behoeve van de exploitatie op naam van appellante waren gesteld. Zij heeft voorts ter zitting verklaard dat het financiële risico van de exploitatie bij appellante lag, maar dat de feitelijke handelingen door persoon namens de curator werden verricht.

Gelet op de bewoordingen in de overeenkomst alsook de wijze waarop appellante ter zitting heeft verklaard in de praktijk invulling te hebben gegeven aan deze overeenkomst, is haar rol, anders dan zij stelt, niet slechts beperkt tot die van financier. De Afdeling is dan ook van oordeel dat vanaf het faillissement van persoon geen voortzetting van de exploitatie van de cafés door de curator heeft plaatsgevonden, maar dat de curator de exploitatie aan appellante heeft overgedragen. Uit de e-mail van de curator van 27 oktober 2016 kan, anders dan appellante stelt, niet worden afgeleid dat persoon feitelijke handelingen namens de curator heeft verricht. In de e-mail is slechts vermeld dat persoon feitelijke handelingen heeft verricht, maar hierin is niet vermeld namens wie hij dat deed.

Het vorenstaande betekent dat de horeca-inrichtingen door appellante werden geëxploiteerd zonder vereiste vergunningen,

zodat sprake is geweest van een overtreding van art. 3 lid 1 Dhw en art. 2:27 APV. De burgemeester mocht appellante dan ook twee lasten onder bestuursdwang opleggen.

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van appellante, te Groningen, tegen de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland in 17/1703 en 17/2558 in het geding tussen:

Appellante,

en

De burgemeester van Groningen.

Uitspraak

Procesverloop

Bij besluit van 26 augustus 2016 heeft de burgemeester onder aanzegging van bestuursdwang appellante gelast om de horeca-inrichting café aan de locatie 1 te Groningen te sluiten, zodat geen horecabedrijf meer kan worden geëxploiteerd. Bij besluit van 2 september 2016 heeft de burgemeester onder aanzegging van bestuursdwang appellante gelast om de horeca-inrichting feestcafé aan de locatie 2 te Groningen te sluiten, zodat geen horecabedrijf meer kan worden geëxploiteerd.

Bij besluit van 4 november 2016 heeft de burgemeester appellante een bestuurlijke boete opgelegd van € 1.360 wegens overtreding van artikel 20, eerste lid, van de Drank- en Horecawet.

Bij besluit van 27 maart 2017 heeft de burgemeester het door appellante tegen de besluiten van 26 augustus 2016 en 2 september 2016 gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij besluit van 9 juni 2017 heeft de burgemeester het door appellante tegen het besluit van 4 november 2016 gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 5 april 2018 heeft de rechtbank de door appellante tegen de besluiten van 27 maart 2017 en 9 juni 2017 ingestelde beroepen ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appellante hoger beroep ingesteld.

De burgemeester heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 19 februari 2019, waar appellante, vertegenwoordigd gemachtigden, bijgestaan door mr. W.R. van der Velde, advocaat te Groningen, en de burgemeester, vertegenwoordigd door mr. H.

Blokzijl, bijgestaan door H.A. Hollander en B.P. Koster, zijn verschenen.

Overwegingen

De lasten onder bestuursdwang

1.

De burgemeester heeft aan de lasten onder bestuursdwang ten grondslag gelegd dat een toezichthouder van de gemeente feestcafé heeft bezocht en daar heeft geconstateerd dat in beide horeca-inrichtingen een horecabedrijf werd geëxploiteerd zonder de vereiste Drank- en Horecawetvergunning en exploitatievergunning. Dit levert een overtreding op van artikel 3, eerste lid, van de Drank- en Horecawet en artikel 2:27, eerste lid, van de Algemene Plaatselijke Verordening Groningen 2009 (hierna: APV). Volgens de burgemeester moet appellante als exploitant van beide cafés, en derhalve als overtreder, worden aangemerkt. Hij heeft aan dit standpunt ten grondslag gelegd dat appellante eigenaar is van de panden waarin de cafés worden geëxploiteerd. Persoon is de voormalige exploitant van beide cafés. Hij beschikte over de vereiste vergunningen voor beide cafés. Na zijn faillissement op 20 juli 2016 heeft appellante op 28 juli 2016 een overeenkomst met de curator gesloten over de feitelijke exploitatie van de cafés. Hieruit blijkt dat de cafés vanaf die datum voor rekening en risico van appellante werden geëxploiteerd. In de tussen de curator en appellante gesloten overeenkomst is geen rol aan persoon toebedeeld. Het enkele feit dat persoon nog aanwezig was in de cafés en daar wellicht dezelfde werkzaamheden verrichtte als voor zijn faillissement maakt dit niet anders, nu hij niet langer de beschikkingsmacht had over de cafés, aldus de burgemeester.

De bestuurlijke boete

2.

De burgemeester heeft aan de bestuurlijke boete ten grondslag gelegd dat een inspecteur van de gemeente op 14 augustus

2016 een controle heeft uitgevoerd op naleving van de Drank- en Horecawet. Daarbij heeft hij een bezoek gebracht aan café. De inspecteur heeft zijn bevindingen opgenomen in een boeterapport van 23 september 2016. De inspecteur heeft geconstateerd dat er ten tijde van dit bezoek bedrijfsmatig of anders dan om niet alcoholhoudende drank werd verstrekt aan personen van wie niet op de voorgeschreven wijze was vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar hadden bereikt. Dit levert een overtreding op van artikel 20, eerste lid, van de Drank- en Horecawet en is op grond van artikel 44a een beboetbaar feit. De burgemeester heeft appellante als overtreder aangemerkt, omdat zij volgens de burgemeester de exploitant van café is.

Hogerberoepsgronden lasten onder bestuursdwang

3.

Appellante betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat sprake is van een overtreding van artikel 3, eerste lid, van de Drank- en Horecawet en artikel 2:27 van de APV. Zij voert ter onderbouwing aan dat vaststaat dat de burgemeester aan persoon Drank- en Horecawet- en exploitatievergunningen heeft verleend voor de exploitatie van beide cafés. Die vergunningen zijn niet ingetrokken en waren dan ook nog van kracht ten tijde van de beweerdelijke overtreding. Het faillissement heeft daar volgens appellante geen verandering in gebracht, omdat vanaf dat moment de exploitatie werd voortgezet door de curator die daarbij persoon heeft ingezet. Hoewel persoon failliet was, heeft hij alle beheershandelingen verricht, zoals de planning van het personeel en het voeren van sollicitatiegesprekken. Dat persoon feitelijk alle beheershandelingen die behoren bij de exploitatie van een horeca-inrichting verrichtte, wordt, gelet op een e-mail van de curator van 27 oktober 2016, bevestigd door de curator, aldus appellante.

Appellante betoogt voorts dat, voor zover wel sprake is van een overtreding, de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de burgemeester aan haar twee lasten onder bestuursdwang mocht opleggen. Zij voert hiertoe aan dat de burgemeester haar ten onrechte als overtreder heeft aangemerkt, omdat zij nooit beide cafés heeft geëxploiteerd. De burgemeester heeft dat ten onrechte afgeleid uit de overeenkomst van 28 juli 2016 die appellante met de curator heeft gesloten. Volgens appellante is teveel waarde gehecht aan de letterlijke tekst van de overeenkomst en is te weinig gekeken naar de feitelijke gang van zaken. In dat verband wijst zij erop dat de rechtbank de werking van de faillissementspraktijk onvoldoende heeft onderkend. Zo is niet onderkend dat zij deze overeenkomst heeft gesloten wegens het gemeenschappelijk belang van Centavos Investment B.V., die eigenaar is van de panden waarin de cafés werden geëxploiteerd, van de curator en van haarzelf, als financier van Centavos Investment B.V., bij het voortzetten van de exploitatie van de cafés. Haar rol is dan ook beperkt tot die van financier en tot op zekere hoogte is haar rol te vergelijken met de rol van een bank. Zij wijst er daarbij ook op dat de curator in eerdergenoemde e-mail heeft verklaard dat persoon alle voor de exploitatie noodzakelijke beheershandelingen verrichtte en zij slechts de rekeningen betaalde en zich niet bemoeide met de exploitatie van de cafés.

Wettelijk kader

3.1.

Artikel 5:21, van de Algemene wet bestuursrecht luidt:

“Onder last onder bestuursdwang wordt 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.”

Artikel 3, eerste lid, van de Drank- en Horecawet luidt:

“Het is verboden zonder daartoe strekkende vergunning van de burgemeester het horecabedrijf of slijtersbedrijf uit te oefenen.”

Artikel 1:6 van de APV luidt:

“De vergunning of ontheffing is persoonsgebonden, tenzij bij of krachtens deze verordening anders is bepaald of de aard van de vergunning zich daartegen verzet.”

Artikel 2:27, eerste lid, luidt:

“Het is verboden een horecabedrijf te exploiteren zonder vergunning van de burgemeester.”

Beoordeling Afdeling lasten onder bestuursdwang

3.2.

Niet in geschil is dat persoon exploitant was van beide cafés en in dat kader aan hem Drank- en Horecawet- en exploitatievergunningen zijn verleend, dat hij op 20 juli 2016 failliet is verklaard en dat de curator vanaf dat moment de boedel is gaan beheren. Niet is gebleken dat de tenaamstelling van de vergunningen vanaf het faillissement is gewijzigd. In de overeenkomst die appellante op 28 juli 2016 met de curator heeft gesloten is opgenomen dat appellante zorg zal dragen voor de feitelijke exploitatie van de cafés zoals het inhuren van personeel, het verrichten van loonbetalingen, de inkoop en verkoop alsmede betaling van de huur, alles wat nodig is om de onderneming draaiende te houden. Voorts is in

de overeenkomst opgenomen dat de exploitatie van de cafés voor risico van appellante komt. Daarnaast is in de overeenkomst opgenomen dat aan appellante kleingeld ter beschikking wordt gesteld om de cafés te kunnen exploiteren. Ter zitting van de Afdeling heeft appellante bevestigd dat rekeningen voor de inkoop van goederen ten behoeve van de exploitatie op naam van appellante waren gesteld. Zij heeft voorts ter zitting verklaard dat het financiële risico van de exploitatie bij appellante lag, maar dat de feitelijke handelingen door persoon namens de curator werden verricht. Gelet op de bewoordingen in de overeenkomst alsook de wijze waarop appellante ter zitting heeft verklaard in de praktijk invulling te hebben gegeven aan deze overeenkomst, is haar rol, anders dan zij stelt, niet slechts beperkt tot die van financier. De Afdeling is dan ook van oordeel dat vanaf het faillissement van persoon geen voortzetting van de exploitatie van de cafés door de curator heeft plaatsgevonden, maar dat de curator de exploitatie aan appellante heeft overgedragen. Uit de e-mail van de curator van 27 oktober 2016 kan, anders dan appellante stelt, niet worden afgeleid dat persoon feitelijke handelingen namens de curator heeft verricht. In de e-mail is slechts vermeld dat persoon feitelijke handelingen heeft verricht, maar hierin is niet vermeld namens wie hij dat deed. Het vorenstaande betekent dat de horeca-inrichtingen door appellante werden geëxploiteerd zonder vereiste vergunningen, zodat sprake is geweest van een overtreding van artikel 3, eerste lid, van de Drank- en Horecawet en artikel 2:27 van de APV. De burgemeester mocht appellante dan ook twee lasten onder bestuursdwang opleggen. De rechtbank is terecht tot dezelfde conclusie gekomen. Het betoog faalt.

Hogerberoepsgronden bestuurlijke boete

4.

Appellante betoogt dat de rechtbank ten onrechte de burgemeester in zijn standpunt is gevolgd dat zij als overtreder van artikel 20, eerste lid, van de Drank- en Horecawet moet worden aangemerkt. Zij voert daartoe aan dat volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling vanaf het moment van faillietverklaring van een onderneming de curator uit hoofde van zijn bijzondere gezagsverhouding verantwoordelijk is voor de naleving van de voor een inrichting geldende wetgeving. Hoewel die jurisprudentie vooral ziet op milieuregelgeving valt volgens appellante niet in te zien waarom de door de Afdeling geformuleerde rechtsregels niet op andere terreinen van het bestuursrecht zouden gelden. Het voorgaande betekent dat de curator verantwoordelijk is voor de naleving van alle voor café geldende voorschriften en niet appellante, die als externe financier ook geen aanwijzingen of opdrachten kon geven aan persoon en het personeel.

Beoordeling Afdeling bestuurlijk boete

4.1.

Ingevolge artikel 20, eerste lid, van de Drank- en Horecawet is het verboden bedrijfsmatig of anders dan om niet alcoholhoudende drank te verstrekken aan een persoon van wie niet is vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Onder verstrekken als bedoeld in de eerste volzin wordt eveneens begrepen het verstrekken van alcoholhoudende drank aan een persoon van wie is vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, welke drank echter kennelijk bestemd is voor een persoon van wie niet is vastgesteld dat deze de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Tussen partijen is niet in geschil dat er een overtreding van artikel 20, eerste lid, van de Drank- en Horecawet heeft plaatsgevonden. Nu, zoals in 3.2 is overwogen, appellante als exploitant van beide cafés, waaronder dus café, moet worden aangemerkt, heeft de burgemeester appellante terecht als overtreder aangemerkt en terecht de boete aan haar opgelegd. De rechtbank is terecht tot dezelfde conclusie gekomen. Het betoog faalt.

Conclusie

5.

Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

6.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:
bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot

1.

In een aantal uitspraken de afgelopen jaren (ABRvS 13 februari 2013, *AB* 2013/95; ABRvS 23 juli 2014, *AB* 2014/370; ABRvS 23 juli 2014, *AB* 2014/371; ABRvS 9 mei 2007, *AB* 2008/132) heeft de Afdeling steeds geoordeeld dat de curator vanwege zijn bijzondere gezagsverhouding verantwoordelijk is voor de naleving van de voor de inrichting geldende (milieu)voorschriften. Onlangs oordeelde ook het CBb in gelijke zin onder verwijzing naar de Afdelingsjurisprudentie dat de curator als beheerder van de boedel verantwoordelijk is voor de naleving van de meststoffenwetgeving (CBb 7 augustus 2018, *AB* 2019/150).

2.

In de hierboven opgenomen uitspraak oordeelt de Afdeling dat niet de curator, maar appellante, de eigenaar van de panden waarin de betreffende cafés werden geëxploiteerd, als overtreder moest worden aangemerkt voor het zonder de vereiste vergunningen exploiteren van een horecabedrijf. Aan dit oordeel ligt ten grondslag dat appellante met de curator een overeenkomst heeft gesloten. Aan appellante worden lasten onder bestuursdwang en een bestuurlijke boete opgelegd. Appellante wijst er nog op dat de failliet als voormalige exploitant van beide cafés nog aanwezig was in de cafés en daar mogelijk dezelfde werkzaamheden verrichtte als voor zijn faillissement. Volgens de burgemeester doet dit aan het voorgaande niet af, nu de voormalige exploitant niet langer de beschikkingsmacht had over de cafés. Bovendien is nergens uit gebleken dat de voormalige exploitant namens de curator optrad.

3.

Appellante was niet alleen eigenaar van de cafépanden, maar had na de datum van faillissement ook een overeenkomst gesloten met de curator over de (feitelijke) exploitatie van de cafés. Op grond van deze overeenkomst werden de cafés voor rekening en risico van appellante geëxploiteerd en zou zij zorgdragen voor de feitelijke exploitatie van de cafés zoals het inhuren van personeel, loonbetalingen, de inkoop en verkoop en de betaling van de huur, en daarmee alles wat nodig is om de onderneming draaiende te houden. Volgens appellante had de burgemeester echter de curator als overtreder moeten aanmerken, omdat de curator verantwoordelijk is voor de naleving van de geldende voorschriften. Op grond van art. 98 Fw is een curator inderdaad bevoegd het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten. In dit geval was dat echter niet aan de orde. De curator had de exploitatie aan appellante overgedragen (r.o. 3.2.). Vanwege de overeenkomst, alsmede gelet op hetgeen appellante zelf ter zitting heeft verklaard over de feitelijke invulling van deze overeenkomst, was appellante exploitant en daarmee overtreder.

4.

Curatoren dienen zich er dus rekenschap van te geven dat zij als beheerder van de boedel vanwege hun bijzondere gezagsverhouding weliswaar verantwoordelijk zijn voor de naleving van de voor een inrichting geldende (milieu)voorschriften, maar dat het kennelijk wel mogelijk is om deze verantwoordelijkheid door middel van een privaatrechtelijke overeenkomst te verschuiven. In ieder geval waar het een horecabedrijf betreft. Overigens schijnt het in de insolventiepraktijk niet gebruikelijk te zijn dat er op deze manier een afspraak wordt gemaakt over het voortzetten van een onderneming tijdens faillissement, maar dat terzijde. Omdat de failliet een natuurlijk persoon is, kan het faillissementsverslag hierover verder ook geen duidelijkheid verschaffen.

5.

Hoewel in deze uitspraak de eigenaar van de panden en tevens exploitant verantwoordelijk wordt gehouden voor de overtreding, is hieruit niet in algemene zin af te leiden dat een curator niet verantwoordelijk gehouden kan worden voor de naleving van voorschriften met betrekking tot horecabedrijven. Wel is duidelijk dat deze verantwoordelijkheid alleen geldt als de curator c.q. beheerder van de boedel de onderneming voortzet. Een curator kan immers alleen als overtreder worden aangemerkt als hij in die hoedanigheid daadwerkelijk het gezag uitoefent bij voortzetting van de onderneming. Gebeurt dit niet omdat er (privaatrechtelijk) anders is afgesproken en omdat de curator ook in de praktijk niet als exploitant optreedt, dan is de curator niet als overtreder aan te merken. Het bevoegd gezag dient zich dan bij eventuele handhavingsacties bij de (feitelijke) exploitant te melden.