

Bestuursrechtelijke handhaving in faillissement

*Mr. drs. M. Moeliker**

1 Inleiding

Bij handhaving door een bestuursorgaan ten opzichte van een curator van een failliete onderneming vloeien het bestuursrecht en het civiele recht in elkaar over. Bestuursorganen acteren op basis van het staats- en bestuursrecht en maken bij het handhaven van wet- en regelgeving gebruik van bestuursrechtelijke bevoegdheden. Het faillissement wordt in beginsel beheerst door het civiele recht. De curator wordt door de rechtbank aangesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. In zijn hoedanigheid is de curator voor de duur van het faillissement belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.¹ Het is de vraag of onder deze taak ook valt de naleving van milieuwetgeving en van voorschriften verbonden aan op grond van milieuwetgeving aan de failliet verleende vergunningen. Een vervolgvraag is hoe de vordering die voortvloeit uit handhaving door het bestuursorgaan in het faillissement moet worden gekwalificeerd. Is dan sprake van een boedelschuld, een concurrente vordering of een niet-verifieerbare vordering?

In het licht van het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. van de Hoge Raad van 19 april 2013² en de Bavin-uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) van 23 juli 2014³ is het relevant na te gaan wat de stand van zaken is met betrekking tot de handhaving van bestuursrechtelijke verplichtingen door bestuursorganen ten opzichte van de curator en de status van daaruit voortvloeiende vorderingen in het faillissement, zowel in civielrechtelijk als in bestuursrechtelijk opzicht. In een in december 2014 gepubliceerd civielrechtelijk vonnis in een zaak met betrekking tot het faillissement van Thermphos gaat de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in op de status van deze vorderingen.⁴ Ook dit vonnis wordt besproken.

Voor wat betreft de bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen beperk ik mij tot de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst wordt ingegaan op de rol en de handhavingmogelijkheden

van bestuursorganen in faillissement. Vervolgens bespreek ik de lijn in de jurisprudentie van de Afdeling met betrekking tot de naleving van milieuwetgeving en vergunningvoorschriften door de curator. Met het oog op de kwalificatie van vorderingen in faillissement ga ik in op het arrest Koot Beheer/Tideman q.q., behandel ik enkele reacties op dit arrest en bespreek ik het vonnis in de Thermphos-zaak. Daarna zet ik uiteen hoe deze uitspraken zich tot elkaar verhouden en hoe dit in de praktijk uitpakt. Afgesloten wordt met een conclusie.

2 Het faillissement en het bestuursorgaan

In het faillissement spelen verschillende actoren een rol. De curator wordt aangesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers die uitkering van hun vorderingen op de failliet verlangen. De rechter-commissaris houdt toezicht op het handelen van de curator. Voorts zijn er doorgaans werknemers, (ver)huurders en leveranciers van de failliet met doorlopende overeenkomsten. Soms schakelt de curator zelf derden in, bijvoorbeeld in het kader van een onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid.

Een van de belanghebbenden in het faillissement kan zijn een bestuursorgaan dat aan de failliet vergunningen heeft verleend voor de activiteiten van de onderneming. Bij het verlenen van een vergunning worden doorgaans voorwaarden gesteld. De naleving hiervan wordt door het bestuursorgaan gecontroleerd. Verder kan de failliete onderneming vallen onder milieuwetgeving, waarvan de naleving door bestuursorganen wordt gehandhaafd, bijvoorbeeld door een ministerie of een provincie. Gelet op het algemeen belang dat met handhavend optreden is gediend, moet een bestuursorgaan in de regel handhavend optreden als het daartoe bevoegd is. In die zin oordeelde de Afdeling bijvoorbeeld recentelijk nog in een bestuursrechtelijke uitspraak met betrekking tot het faillissement van Thermphos.⁵ Uitzonderingen op de beginselplicht tot handhaven kunnen volgens de Afdeling gelegen zijn in concreet zicht op legalisatie of in de situatie waarin handhaving onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen

* Mr. drs. M. Moeliker is advocaat te Amsterdam.

1. Art. 68 lid 1 Fw.

2. HR 19 april 2013, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Koot Beheer/Tideman q.q.).

3. ABRvS 23 juli 2014, AB 2014/370 m.nt. C.M.M. van Mil (Bavin/Waterschap Hunze en Aa's).

4. Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, JOR 2015/18 m.nt. A.J. Tekstra bij JOR 2015/19.

5. ABRvS 23 juli 2014, AB 2014/371 m.nt. C.M.M. van Mil (Curatoren Thermphos/Minister van EZ), r.o. 10. Zonder compleet te willen zijn, noem ik ten aanzien van de standaardformulering van de Afdeling ABRvS 5 oktober 2011, AB 2011/307 m.nt. F.R. Vermeer, r.o. 2.3, ABRvS 8 oktober 2014, JOM 2014/1002, r.o. 2.1 en ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:355, r.o. 3.

belangen.⁶ Deze uitzonderingen laat ik verder buiten beschouwing.⁷

De bevoegdheid voor bestuursorganen om handhavend op te treden wordt niet beïnvloed door het faillissement.⁸ De enige verandering is dat het bestuursorgaan na faillietverklaring niet langer zal moeten handhaven ten opzichte van de failliet, maar ten opzichte van de curator in zijn hoedanigheid.

Twee handhavingsmiddelen die in geval van handhavend optreden ter beschikking van bestuursorganen staan, zijn de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom. De last onder bestuursdwang is een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding met de bevoegdheid voor het bestuursorgaan om de omschreven last door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen indien niet tijdig aan de aangezegde last wordt voldaan.⁹ Het gaat derhalve om de beëindiging van de overtreding door feitelijk optreden van het bestuursorgaan, waarbij het bestuursorgaan na beëindiging van de overtreding verhaal zoekt voor de daarmee gepaard gaande kosten.

Het bestuursorgaan kan daarnaast kiezen voor de last onder dwangsom. In dat geval wordt een last aangezegd om een illegale situatie te beëindigen, ongedaan te maken of te voorkomen op straffe van verbeurte van een dwangsom.¹⁰ Wanneer het bestuursorgaan bevoegd is de overtreder een last onder bestuursdwang aan te zeggen, dan is het ook bevoegd in plaats daarvan een last onder dwangsom aan te zeggen.¹¹ De last onder dwangsom kan worden ingezet wanneer bestuursdwang niet mogelijk is (bijvoorbeeld bij een last tot een nalaten) of een dwangsom meer proportioneel is. Bij het aanzeggen van een last onder dwangsom dient de overtreder aan de last te voldoen, bij gebreke waarvan hij dwangsommen verbeurt, die vervolgens door het bestuursorgaan kunnen worden geïnd.

De last onder bestuursdwang onderscheidt zich onder meer van de last onder dwangsom door het gegeven dat bij het opleggen van een last onder bestuursdwang niet hoeft te worden aangegeven wie de last moet uitvoeren.¹² De last onder bestuursdwang kan zich dus ook richten tot de rechthebbenden op het gebruik van een zaak, dus na faillietverklaring ook tot de curator. De last onder dwangsom kan alleen worden aangezegd aan de overtreder.

In beginsel moet een bestuursorgaan bij constatering van een overtreding dus handhavend optreden. Bij het afwegen van

handhavingsmaatregelen komt het bestuursorgaan beleids- en beoordelingsvrijheid toe. Deze afweging wordt door de bestuursrechter marginaal getoetst.¹³ Wel zijn er in mijn ogen situaties waarin het maar de vraag is of handhavend optreden door het bestuursorgaan wenselijk is. Het aanzeggen van een last onder dwangsom met het enkele doel een vordering te laten ontstaan kan in strijd zijn met het verbod van *détournement de pouvoir* van art. 3:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).¹⁴ De overtreder moet het beëindigen van de overtreding in zijn macht hebben. Wanneer de last onder dwangsom wordt aangezegd aan een overtreder die beëindiging van de overtreding niet in zijn macht heeft, bijvoorbeeld door een gebrek aan financiële middelen, dan komt de dwangsom feitelijk neer op een verkapte boete.¹⁵ Dit temeer omdat de financiële omstandigheden van diegene tot wie de last gericht is niet bepalend zijn voor de hoogte van de dwangsom.¹⁶ Relevant zijn in dit verband de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom. De Afdeling schuift het argument van curatoren, dat de financiële draagkracht van de boedel beperkt is, consequent terzijde. Op deze wijze wordt door de Afdeling ruimte geboden aan bestuursorganen om feitelijke preferentie te scheppen, ongeacht de kwalificatie van deze vorderingen. Op de vraag hoe vorderingen bij handhaving in het faillissement dienen te worden gekwalificeerd, kom ik nog terug.

Wel zou in geval van milieuverontreiniging, bij het blijven aanzeggen van lasten onder dwangsom door het bestuursorgaan, door de bestuursrechter kunnen worden ingegrepen omdat het milieubelang zich hiertegen verzet, zeker indien de curator niet beschikt over de (financiële) middelen om de overtreding te beëindigen.¹⁷ Het relevante verschil tussen bestuursdwang en een dwangsom is dat de overtreding door het toepassen van bestuursdwang feitelijk wordt beëindigd. Toepassing van bestuursdwang leidt dan wel tot het beoogde resultaat: de overtreding eindigt.

6. Opgenomen in de standaardformulering van de Afdeling, bijv. in ABRvS 5 oktober 2011, AB 2011/307 m.nt. F.R. Vermeer, r.o. 2.3.

7. Op dit punt verwijs ik naar E.M.N. Noordover, De curator als overtreder, TvI 2014/12.

8. Zie bijv. de annotatie van F.C.M.A. Michiels bij ABRvS 20 november 2001, AB 2002/98.

9. Art. 5:21 Awb.

10. Art. 5:31d Awb.

11. Art. 5:32 lid 1 Awb.

12. J.P. Heinrich, M.L. Bating & R.W. Veldhuis, Handhaving van bestuursrecht, NTB 2013/23, onder 3.1.

13. T. Barkhuysen & M. Claessens, Bestuursrecht en faillissementsrecht: een ongemakkelijke relatie, TvI 2012/18, onder 10. Zie voor de marginale toetsing bijv. ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI3690.

14. F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator tegenover milieurechtelijke normen, in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees & S.H. de Ranitz (red.), De curator, een octopus (Serie Onderneming en Recht, deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 283.

15. Zie o.m. P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom (3de druk), Deventer: Kluwer 2005, p. 45-46, F.C.M.A. Michiels in zijn annotatie bij ABRvS 20 november 2001, AB 2002/98 en R. Mellenbergh, De curator en de naleving van de milieuvergunning, NJB 2005/15, p. 789.

16. Vgl. voor de hoogte van de last onder dwangsom in relatie tot de financiële omstandigheden van diegene tot wie de last is gericht ABRvS 9 mei 2007, AB 2008/132 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Thielen/Maasdriel), r.o. 2.1.3, ABRvS 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ6786, r.o. 2.3.1 en ABRvS 13 februari 2013, RI 2013/45, AB 2013/95 m.nt. C.M.M. van Mill (Dutch Infra Tech B.V.), r.o. 12.2.

17. Zie bijv. ABRvS (vz.) 15 november 1994, AB 1995/235 m.nt. FM (Colver/B&W Leende).

3 De lijn van de afdeling

Bij het samenkomen van het bestuursrecht en het civiele recht rijst een bevoegdheidsvraag. Waar gaat de algemene bevoegdheid van de civiele rechter over in die van de bestuursrechter? Voor deze bijdrage moet onderscheid worden gemaakt tussen (1) de vraag of verplichtingen komen te rusten op de curator in zijn hoedanigheid en (2) de vraag welke status de vorderingen die voortvloeien uit handhaving hebben in het faillissement. De eerste vraag is bestuursrechtelijk van aard omdat de handhavingsmaatregelen voor bestuursorganen zijn neergelegd in de Awb.¹⁸ Het bestuursrecht bepaalt wie als overtreder kan worden aangemerkt en wie verantwoordelijk is voor naleving van milieuwetgeving en vergunningvoorschriften. Met betrekking hiertoe is de bestuursrechter dus bevoegd. Op de tweede vraag kom ik verderop terug.

Met enige regelmaat voeren curatoren procedures tegen bestuursorganen na handhaving van milieuverplichtingen ten opzichte van de boedel. De bezwaren van curatoren hebben in het bestuursrecht weinig gehoor gevonden, zoals volgt uit bijvoorbeeld de uitspraken van de Afdeling inzake Alvat en Thielen/Maasdriel.¹⁹ Enkele maanden voor de Alvat-uitspraak wees de voorzitter van de Afdeling in de uitspraak Langler q.q./B&W Hengelo in een verzoek om een voorlopige voorziening de verplichting voor de curator om een overtreding van de vergunningvoorschriften te beëindigen nog af, omdat de curator volgens de voorzitter het beëindigen van de overtreding niet in zijn macht had.²⁰ Uit de uitspraken Alvat en Thielen/Maasdriel volgt echter dat de Afdeling de curator uit hoofde van zijn bijzondere gezagsverhouding ten opzichte van de boedel verantwoordelijk houdt voor het naleven van (milieu)verplichtingen door de boedel.

In de DIT-uitspraak van 13 februari 2013 zet de Afdeling de lijn uit de uitspraken Alvat en Thielen/Maasdriel voort. In deze zaak zijn op het terrein van de failliet, Dutch Infra Tech B.V., grote hoeveelheden afvalstoffen aanwezig, waardoor op het terrein een inrichting aanwezig is waarvoor een vergunning vereist is. Het college van gedeputeerde staten van de provincie Zuid-Holland heeft lasten onder dwangsom aangezegd aan DIT en aan de curatoren, die vervolgens zijn verbeurd. Tegen deze dwangsommen komen de curatoren in de procedure op. De curatoren betogen dat voor de vraag of zij verantwoordelijk zijn voor deze inrichting, doorslaggevend is of zij handelingen hebben verricht met betrekking tot de inrichting. Ook is volgens hen relevant dat de boedel niet over de financiële middelen beschikt om de overtreding te beëindigen. In de DIT-uitspraak overweegt de Afdeling als volgt:

'4.2 Zoals uit de uitspraken van de Afdeling van 11 juli 1997 in zaak nr. E03.96.1463 (AB 1998, 268) en van 9 mei 2007 in zaak nr. 200604496/1 volgt, is de curator wanneer een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer onderdeel is van de boedel, uit hoofde van zijn bijzondere gezagsverhouding verantwoordelijk voor naleving van de voor die inrichting geldende milieuwetgeving. Dat brengt mee dat de curator vanaf het moment van faillietverklaring onder dwangsom kan worden gelast om in ieder geval de op dat moment bestaande overtredingen van de milieuwetgeving te beëindigen of herhaling ervan te voorkomen. (...) Uit hetgeen eerder is overwogen, volgt dat de curatoren vanaf het faillissement van DIT verantwoordelijk waren voor de naleving van de voor deze inrichting geldende milieuwetgeving, waartoe mede de verplichting behoort om de voor de inrichting geldende milieuvergunning na te leven. Het college was dan ook bevoegd om hen dat te gelasten. Het door de curatoren gestelde gebrek aan financiële middelen doet aan die bevoegdheid niet af.'²¹

De Afdeling overweegt kort gezegd dat de curator gedurende het faillissement verantwoordelijk is voor de naleving van milieuwetgeving en daarmee samenhangende vergunningvoorschriften. Door de curatoren is niet weersproken dat een opslag van afvalstoffen aanwezig is. Het enkele feit dat in de boedel een inrichting aanwezig is waarvoor een vergunningplicht geldt, brengt volgens de Afdeling met zich mee dat de curatoren verantwoordelijk zijn voor de naleving van hieruit voortkomende verplichtingen. Dit is overigens ook niet anders wanneer sprake is van een persoonsgebonden vergunning, bijvoorbeeld een vergunning verleend op basis van de Kernenergiewet.²²

Deze lijn bevestigt de Afdeling in de uitspraak in het faillissement van Bavin B.V. In de zaak die tot deze uitspraak leidt, is brand uitgebroken in een in aanbouw zijnde energiefabriek in Veendam. Na de bluswerkzaamheden wordt geconstateerd dat verontreinigd bluswater in het oppervlaktewater terecht is gekomen, waarna door het waterschap Hunze en Aa's spoedeisende bestuursdwang is toegepast om te voorkomen dat het verontreinigde water zich verder verspreidt. Vervolgens wordt de curator door het bestuursorgaan een last onder bestuursdwang aangezegd om het verontreinigde oppervlaktewater af te voeren. De curator verzet zich tegen de kosten van de spoedeisende bestuursdwang en het opleggen van de last onder bestuursdwang. De rechtbank komt op grond van onder meer de DIT-uitspraak van de Afdeling van 13 februari 2013 tot de conclusie dat de curator verantwoordelijk is voor de naleving van milieuvoorschriften door zijn curanda en dat aan de curator een dergelijke last kan worden opgelegd. Het oordeel van de rechtbank wordt in hoger beroep door de Afdeling bevestigd:

18. Meer specifiek in hoofdstuk 5 Awb.

19. ABRvS 11 juli 1997, AB 1998/268 m.nt. G.T.J.M. Jurgens, JOR 1997/105 m.nt. S.C.J.J.K. (Alvat) en ABRvS 9 mei 2007, AB 2008/132 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Thielen/Maasdriel), r.o. 2.1.3, en ook in de uitspraak ABRvS 6 juli 2005, 200406882/1.

20. ABRvS (vz.) 25 oktober 1996, JOR 1997/41 m.nt. A. van Hees (Langeler q.q./B&W Hengelo).

21. ABRvS 13 februari 2013, AB 2013/95 m.nt. C.M.M. van Mil (Dutch Infra Tech B.V.), r.o. 4.2.

22. Wat de Afdeling overweegt in ABRvS 23 juli 2014, AB 2014/371 m.nt. C.M.M. van Mil (Curatoren Thermphos/Minister van EZ), r.o. 3.1.

‘5.1 Verder volgt uit onder meer de uitspraken van de Afdeling van 9 mei 2007 in zaak nr. 200604496/1 en 13 februari 2013 in zaak nr. 201104925/1/A4, dat een curator als beheerder van de boedel vanaf het moment van faillietverklaring van een bedrijf verantwoordelijk is voor de uit de milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen van het bedrijf.

5.2 De rechtbank heeft, gelet op voornoemde jurisprudentie, terecht overwogen dat de bluswerkzaamheden van de brandweer die ertoe hebben geleid dat verontreinigd bluswater in de sloot is gestroomd, aan de curator kunnen worden toegerekend.²³

Uit de hierboven besproken jurisprudentie volgt ondubbelzinnig dat de Afdeling na het faillissement van de onderneming de curator als verantwoordelijke ziet voor de naleving van uit milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen. Op dit punt bestaat geen onzekerheid. De Afdeling maakt in de Bavinuitspraak, net als in eerdere uitspraken, geen onderscheid op grond van het ontstaansmoment van de verplichting. Het enkele feit dat de curator beheerder is van de boedel maakt hem verantwoordelijk voor de naleving van uit milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen. De naleving hiervan kan door het bestuursorgaan tegenover de curator worden gehandhaafd.

4 Kwalificatie van bestuursrechtelijke vorderingen

Ten gevolge van het faillissement komen (milieu)verplichtingen te rusten op de curator in zijn hoedanigheid. De logische vervolgvraag is hoe vorderingen die door een bestuursorgaan tegenover de curator worden verkregen, moeten worden gekwalificeerd in het faillissement. Zijn dit boedelschulden, concurrente vorderingen of niet-verifieerbare vorderingen? De bevoegdheid om hierover te oordelen is mijns inziens gelegen bij de civiele rechter. Bijvoorbeeld in geval van een verificatiegeschil is het ook de civiele rechter die moet worden aangezocht. Vanuit het systeem van de Faillissementswet (Fw) bezien is het dan ook niet juist om de bestuursrechter bevoegd te achten ten aanzien van de kwalificatie van bepaalde vorderingen. Met betrekking tot haar bevoegdheid om hierover te oordelen overweegt de rechtbank in het civielrechtelijke Thermphos-vonnis als volgt:

‘4.8 De vraag of de opruimkosten, die voortvloeien uit de opruimverplichtingen, en de handhavingskosten, die voortvloeien uit de handhavingsbesluiten, kwalificeren als boedelschuld, is echter een vraag die door de civiele rechter dient te worden beantwoord. Het betreft immers de vaststelling van de status van een schuld in faillissement, welke vaststelling tot de taak van de civiele rechter behoort.’²⁴

Na de constatering dat de civiele rechter hier waarschijnlijk bevoegd is, volgt de kwalificatie van de bestuursrechtelijke vorderingen in het faillissement zelf. In het civiele recht ontbreekt op dit punt richtinggevende jurisprudentie. Wel heeft de Hoge Raad in zijn arrest Koot Beheer/Tideman q.q. van 19 april 2013 in meer algemene zin de ontstaansmogelijkheden voor boedelschulden opnieuw vastgesteld. In de casus die ten grondslag ligt aan het arrest gaat het om een huurder van een bedrijfspand die faillieert, waarna de curator van de gefailleerde huurder de huur op grond van art. 39 Fw opzegt. Het pand heeft schade aan gevel en deuren, wat niet wordt betwist. De vraag die voorligt, is of de kosten van herstel een boedelschuld zijn in het faillissement van de huurder. De kantonrechter is in eerste aanleg van oordeel dat deze kosten al voor het faillissement voor rekening van de huurder zouden zijn gekomen, wat volgt uit de bepalingen van de huurovereenkomst. De vordering van de verhuurder wordt daarom afgewezen. In sprongcassatie betoogt de verhuurder onder verwijzing naar het arrest Van Galen q.q./Circle Vastgoed dat wel een boedelschuld ontstaat, omdat de vordering is ontstaan als gevolg van de opzegging van de huurovereenkomst door de curator.

De Hoge Raad verlaat in Koot Beheer/Tideman q.q. het toedoen criterium, dat tot stand is gekomen in de reeks arresten De Ranitz q.q./Ontvanger, Frima q.q./Blankers-van Gennip en Van Galen q.q./Circle Vastgoed.²⁵ Dit criterium hield kort gezegd in dat een vordering die ontstaat als gevolg van een handeling van de curator, een boedelschuld is. Dit gold ook wanneer het ontstaan van een boedelschuld slechts een onbedoeld neveneffect is van de handeling van de curator in de uitoefening van zijn taak, bijvoorbeeld het opzeggen van een huurovereenkomst.²⁶ Het door de Hoge Raad geformuleerde toedoen criterium had een forse uitbreiding van het aantal boedelschulden tot gevolg. Door terug te komen van dit criterium lijkt de Hoge Raad het aantal boedelschulden te willen inperken, zodat concurrente schuldeisers een groter boedelactief te verdelen hebben.²⁷

In het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. lijkt de Hoge Raad de gronden voor het ontstaan van een boedelschuld limitatief vast te stellen. De Hoge Raad overweegt op dit punt als volgt:

‘3.7.1 Deze uitkomst strookt ook met hetgeen volgt uit de Faillissementswet met betrekking tot boedelschulden. Op grond van die wet zijn boedelschulden slechts die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door

23. ABRvS 23 juli 2014, AB 2014/370 m.nt. C.M.M. van Mil (Bavin/Waterschap Hunze en Aa's), r.o. 5.1 en 5.2.

24. Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, JOR 2015/18 m.nt. A.J. Tekstra bij JOR 2015/19, r.o. 8.1.

25. HR 28 september 1990, NJ 1991/305 m.nt. PvS (De Ranitz q.q./Ontvanger), HR 12 november 1993, NJ 1994/229 m.nt. W.M. Kleijn (Frima q.q./Blankers-van Gennip) en HR 18 juni 2004, NJ 2004/617 m.nt. PvS (Van Galen q.q./Circle Vastgoed).

26. Zie bijv. A.I.M. van Mierlo, Boedelschulden. Mag het ietsje minder zijn?, *TvI* 2004/55.

27. Zie in deze zin o.m. A.J. Tekstra, Drie soorten boedelschulden in faillissement, *FIP* 2013/4, p. 132 en P.R.W. Schaink, De gevolgen van het arrest Koot/Tideman voor arbeidsrechtelijke casusposities, *TvI* 2014/2, p. 4.

de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. (...)’²⁸

Boedelschulden kunnen hun oorsprong hebben in (1) de wet, (2) het handelen van de curator in zijn hoedanigheid of (3) een door de curator in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Het handelen van de curator, waarbij wil en verklaring (art. 3:33 en 3:35 van het Burgerlijk Wetboek) zijn gericht op het laten ontstaan van de schuld, leidt onder het nieuwe criterium nog steeds tot een boedelschuld. Dit zal het geval zijn wanneer een curator een onderneming voortzet en in verband daarmee verplichtingen aangaat. Een vraag die nog onbeantwoord is, is of de Hoge Raad met verplichtingen van de derde categorie boedelschulden ook bestuursrechtelijke verplichtingen bedoelt.

In de reacties op het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. in de literatuur is van die onzekerheid weinig te merken. Van Andel en Van Zanten stellen dat er geen discrepantie is tussen het bestuursrecht en het civiele recht nu de Hoge Raad uitdrukkelijk spreekt van verplichtingen en daarmee de lijn van de Afdeling onderschrijft.²⁹ Eveneens onder verwijzing naar rechtspraak van de Afdeling komt ook Van Hees tot deze conclusie.³⁰ De curator is volgens Van Hees gehouden de relevante voorschriften na te leven en handelt bij het schenden hiervan onrechtmatig en maakt de boedel daarmee schadeplichtig. Verstijlen concludeert in zijn NJ-noot onder het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. in gelijke zin dat onder verplichtingen denkbaar ook milieuverplichtingen vallen, ook als die van voor het faillissement dateren, maar pas na faillietverklaring door het bestuursorgaan worden gehandhaafd.³¹

Deze opvatting wordt niet algemeen gedeeld. Tekstra komt tot een andere conclusie en merkt op dat de Hoge Raad juist niet heeft beslist op de voor de praktijk relevante vraag wie voor de kosten van handhaving dient op te draaien.³² In de aan het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. ten grondslag liggende casus was dit niet aan de orde. Op dit punt volg ik de conclusie van Tekstra. Het is onzeker of de Hoge Raad met de verplichtingen genoemd in de derde categorie boedelschulden ook bestuursrechtelijke verplichtingen heeft bedoeld.

De hoogste algemene bestuursrechter is daarentegen van oordeel dat op dit punt niet langer onzekerheid bestaat. In de uit-

spraken Alvat, Thielen/Maasdriel en DIT gaat de Afdeling nog niet in op de kwalificatie van de verkregen vordering. In de Bavin-uitspraak overweegt de Afdeling echter als volgt:

‘7.1 De Hoge Raad heeft in het arrest van 19 april 2013 [Koot Beheer/Tideman q.q.; MM] overwogen dat een boedelschuld kan ontstaan hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg is van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. In dit geval doet zich de laatstgenoemde situatie voor. De toepassing van bestuursdwang en een eventueel verhaal van de kosten daarvan zijn immers het gevolg van het handelen of nalaten van de curator in strijd met de uit hoofde van zijn hoedanigheid als curator in het faillissement van Bavin op hem rustende verplichting om de Waterwet na te leven, althans handelen of nalaten dat aan hem in zijn hoedanigheid van curator kan worden toegerekend.’³³

En in de bestuursrechtelijke Thermphos-uitspraak van dezelfde datum als volgt:

‘De kosten om aan de last te voldoen worden door de curatoren als beheerders van de boedel aangegaan en komen derhalve ten laste van de boedel.’³⁴

De Afdeling schaarde het niet naleven van verplichtingen door de curator onder de derde categorie boedelschulden uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. Een opmerkelijke overweging van de Afdeling. Zoals hierboven besproken, ligt het voor de hand dat de civiele rechter bevoegd is ten aanzien van de kwalificatie van vorderingen in faillissement. Het is dan ook de vraag of de lijn die de Afdeling volgt, strookt met de door de Hoge Raad in zijn arrest Koot Beheer/Tideman q.q. vastgestelde gronden voor het ontstaan van boedelschulden. De Hoge Raad lijkt het aantal boedelschulden, zoals reeds besproken, te willen beperken. Met Tekstra ben ik van mening dat de Afdeling hier voor haar beurt spreekt.³⁵ De Afdeling ontbeert de bevoegdheid om naast over de vraag of een verplichting op de curator komt te rusten ook over de kwalificatievraag te beslissen. Op dit punt lijkt de civiele rechter mij bevoegd te zijn.

5 De Thermphos-zaak

In de civielrechtelijke rechtspraak is mij één zaak bekend die betrekking heeft op de classificatie van vorderingen die ontstaan als gevolg van bestuursrechtelijke handhaving. Het gaat om een vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant van

28. HR 19 april 2013, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Koot Beheer/Tideman q.q.), r.o. 3.7.1.

29. W.J.M. van Andel & T.T. van Zanten, Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden. Beschouwingen naar aanleiding van HR 19 april 2013 inzake Koot Beheer/Tideman q.q., TvI 2013/26, onder 5 ‘Categorie (iii)’.

30. A. van Hees, Omzwervingen van de Hoge Raad omtrent boedelvorderingen, TvI 2014/28.

31. Zie annotatie F.M.J. Verstijlen bij HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (Koot Beheer/Tideman q.q.), onder 12.

32. Tekstra 2013, p. 131.

33. ABRvS 23 juli 2014, AB 2014/370 m.nt. C.M.M. van Mil (Bavin/Waterschap Hunze en Aa’s), r.o. 7.1.

34. ABRvS 23 juli 2014, AB 2014/371 m.nt. C.M.M. van Mil (Curatoren Thermphos/Minister van EZ), r.o. 3.1.

35. Zie annotatie A.J. Tekstra bij ABRvS 23 juli 2014, JOR 2015/19 (Bavin/Waterschap Hunze en Aa’s), onder 6.

19 maart 2014, eerst gepubliceerd op 16 december 2014.³⁶ In deze zaak gaat het om de afwikkeling van het faillissement van Thermphos, een fosforproducent gevestigd in Vlissingen. Aan Thermphos zijn verschillende (milieu)vergunningen verleend, onder meer op grond van de Kernenergiewet. De partijen zijn verdeeld over de vraag of de vorderingen die zijn ontstaan als gevolg van de door de betrokken bestuursorganen opgelegde lasten boedelschulden zijn.

De curatoren vorderen ten opzichte van de provincie en de Staat verklaringen voor recht dat, kort gezegd, de opruimkosten en vorderingen voortvloeiend uit handhaving door de betrokken bestuursorganen geen boedelschulden zijn in het faillissement van Thermphos en ook dat zij niet gehouden zijn verplichtingen aan te gaan om aan verplichtingen op basis van milieuwetgeving, de Kernenergiewet en de op die wetgeving gebaseerde vergunningen te voldoen. Te dien aanzien overweegt de rechtbank in haar vonnis als volgt:

‘4.9.1 Voor zover de opruimverplichting reeds bestond ten tijde van de faillietverklaring geldt dat het faillissement op zichzelf geen wijziging brengt in de verplichting die voortvloeit uit de milieuwetgeving. Indien de curator besluit om de reeds bestaande verplichting die voortvloeit uit de milieuwetgeving niet na te komen, leveren de daaruit voortvloeiende handhavingskosten een concurrente vordering op in het faillissement.

Dit is in overeenstemming met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers dat aan de Faillissementswet ten grondslag ligt.

4.9.2 De opruimkosten en daar op betrekking hebbende handhavingskosten die voortvloeien uit een handelen of nalaten van de curator in verband met het voortzetten van TI na het faillissement zijn geen boedelschulden ingevolge de wet. Een wettelijke bepaling op dat punt ontbreekt. Die kosten leveren echter wel een boedelschuld op nu zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, respectievelijk het gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting.’

Het voortzetten van Thermphos en het daarbij aangaan en vervolgens niet nakomen van verplichtingen is volgens de rechtbank de oorzaak voor het ontstaan van een boedelschuld. Dit geldt volgens de rechtbank overeenkomstig ten aanzien van het uitvoeren van verplichtingen op grond van de vigerende regelgeving en de daarop gebaseerde vergunningen. Pas als de curator zelf handelt en verplichtingen aanvaardt, kan een boedelschuld ontstaan. Opvallend is dat in het vonnis van de rechtbank de curator bestaande verplichtingen van de failliet

naast zich neer lijkt te kunnen leggen en dat handhaving vervolgens slechts een concurrente vordering oplevert. Deze redenering vertoont enige gelijkenissen met het niet gestand doen van een overeenkomst, waarna slechts een concurrente vordering kan ontstaan.³⁷ Het gestand doen van een overeenkomst noopt de curator tot het stellen van zekerheid. In dit geval is de geboden zekerheid van het verkrijgen van een boedelschuld echter betrekkelijk.

De rechtbank komt nog toe aan een derde categorie vorderingen die kan worden onderscheiden:

‘4.11 De derde categorie, dat wil zeggen de handhavingskosten die niet voortvloeien uit een tijdens de faillietverklaring reeds bestaande opruimverplichting en die evenmin betrekking hebben op een opruimverplichting die voortvloeit uit een handelen of nalaten van de curatoren in verband met het voortzetten van TI na het faillissement, kwalificeren als niet-verifieerbare vordering.’

Ontstaat een verplichting na faillietverklaring en zet de curator de onderneming niet voort, dan grijpt het bestuursorgaan volgens de rechtbank overal naast. Voor het bestuursorgaan resteert dan een niet-verifieerbare vordering.

Een conclusie die uit het vonnis van de rechtbank kan worden getrokken, is dat enkel wanneer de curator de onderneming voortzet, milieuverplichtingen een boedelschuld kunnen opleveren. Uit het voortzetten van de onderneming volgt een zekere aanvaarding van rechten en verplichtingen. Het handhaven van niet-aanvaarde verplichtingen die reeds bestaan ten tijde van de faillietverklaring en waar de curator part noch deel aan heeft, leidt volgens de rechtbank tot een concurrente vordering. Een kanttekening die hier past, is dat het hier een uitspraak van de rechtbank betreft.

6 Handhaving en het faillissement: de stand van zaken

Uitgangspunt voor het ontstaan van boedelschulden zijn de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. Voor bestuursrechtelijke vorderingen gaat het dan om verplichtingen die de curator door wil en verklaring aangaat of aanvaardt en verplichtingen die ten gevolge van het faillissement op de curator komen te rusten. Het is de vraag hoe de lijn in de jurisprudentie van de Afdeling en die in het Thermphos-vonnis van de rechtbank zich tot elkaar verhouden.

De voor faillietverklaring aangezegde en verbeurde dan wel ten uitvoer gelegde last levert in het faillissement een concurrente vordering op. Deze vorderingen vallen onder het bereik van de *paritas creditorum* en dienen ter verificatie te worden ingediend. Na faillietverklaring dient de aanzegging van een last door het bestuursorgaan te worden gericht aan de curator.

36. Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, JOR 2015/18 m.nt. A.J. Tekstra bij JOR 2015/19. NB Dit is een andere zaak dan de bestuursrechtelijke Thermphos-uitspraak die eerder in deze bijdrage is genoemd en die is aangeduid als de Thermphos-uitspraak. Dit vonnis wordt aangehaald als het Thermphos-vonnis.

37. Zoals het geval is na termijnstelling ex art. 36 Fw.

Klopt het bestuursorgaan toch aan bij de failliet, dan zijn de verbeurde dwangsommen of de kosten van bestuursdwang niet-verifieerbaar in het faillissement.³⁸ Tot zover weinig discussie.

Interessanter is de situatie waarin een last voor het faillissement aan de failliet wordt aangezegd en de curator vervolgens bij het uitblijven van uitvoering hiervan door de failliet dan wel handhaving door het bestuursorgaan wordt aangesproken op de naleving hiervan. Als de curator een redelijke termijn heeft om aan de last te voldoen, leveren de handhavingskosten volgens Smelt een boedelschuld op.³⁹ De curator heeft immers de kans te voldoen aan een op hem rustende verplichting. Deze opvatting strookt met de lijn die de Afdeling volgt. De Afdeling ziet de kosten van handhaving van op de curator rustende verplichtingen als een boedelschuld, wat volgt uit de Bavin-uitspraak. Volgens de Afdeling is het niet relevant of de curator handelingen heeft verricht, zoals uitdrukkelijk wordt overwogen in de DIT-uitspraak:

‘4.2 Anders dan de curatoren ter zitting hebben betoogd, is bepalend dat er een opslag van afvalstoffen aanwezig is – dat is hier het geval – en niet of er verdere handelingen met betrekking tot die opslag plaatsvinden.’⁴⁰

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant vereist in het Thermphos-vonnis juist wel het handelen van de curator, wat samenhangt met het voortzetten van de onderneming. Uit voortzetting van de onderneming voortvloeiende verplichtingen vallen waarschijnlijk binnen de tweede categorie uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. Door voortzetting van de onderneming ‘aanvaardt’ de curator in mijn ogen alle daarmee samenhangende rechten en verplichtingen. Zet de curator de onderneming die in de boedel zit niet voort, dan neemt de curator de ten tijde van de faillietverklaring bestaande verplichtingen volgens de rechtbank niet over. Het lijkt erop dat de curator kan ‘wanpresteren’ door een verplichting van de failliet gewoonweg niet na te komen. Aan de curator aangezegde en vervolgens verbeurde dan wel ten uitvoer gelegde lasten leveren volgens de rechtbank slechts een concurrente vordering op, tenzij de verplichting pas na faillietverklaring ontstaat. In dat laatste geval ontstaat een niet-verifieerbare vordering en draagt het bestuursorgaan zelf de kosten van handhaving. Op dit punt lopen de opvattingen van de Afdeling en de rechtbank uiteen.

Het verschil tussen een concurrente vordering en een boedelschuld zit volgens de rechtbank in het Thermphos-vonnis in het voortzetten van de onderneming. De vraag die daarbij opkomt, is wanneer de curator een onderneming voortzet. Is daarvan al sprake als de curator van een failliet verklaarde

fabriek de machines laat draaien en de aanwezige voorraden nog verwerkt? Uit het oogpunt van boedelmaximalisatie is dit soms wenselijk. In sommige gevallen ligt een onderneming daarnaast niet van de ene op de andere dag stil. Een voorbeeld is een aluminiumsmelterij, waar het plotseling staken van de productie ertoe zal leiden dat de machinerie onbruikbaar wordt, wat financieel zeer nadelig kan zijn voor de boedel en een doorstart bemoeilijkt.

De rechtbank stelt een open criterium vast, waarbij de praktijk zal moeten uitwijzen wanneer sprake is van het voortzetten van de onderneming. Daarbij ben ik van mening dat niet te snel sprake moet zijn van voortzetting van de onderneming. Een te ruimhartige kwalificatie van het begrip voortzetting kan leiden tot bange curatoren die niet handelen uit vrees voor het ontstaan van hoge boedelschulden. Het is daarnaast de vraag of een doorstart van de failliete onderneming niet wordt bemoeilijkt door het overnemen van de verplichtingen van de failliet, al kan de pre-pack op dit punt uitkomst bieden. In de fase voor faillietverklaring speelt de kwalificatievraag van vorderingen niet.

7 De taak van de curator

Los van de kwalificatie van vorderingen, zoals hierboven besproken, is een meer principiële vraag of de kosten van bestuursrechtelijke handhaving als boedelschuld voor rekening van de boedel dienen te komen. Het alternatief is dat de handhavingskosten als concurrente vorderingen of zelfs niet-verifieerbare vorderingen grotendeels of zelfs geheel voor rekening van de gemeenschap komen.⁴¹ Volgens Verstijlen is het de vraag of een bestuursorgaan wel kan worden gezien als een doorsneecrediteur van de failliet.⁴² Een bestuursorgaan behartigt immers andere belangen dan de gewone crediteur, die voor zijn eigen belang zal opkomen. Het bestuursorgaan heeft in die zin een status aparte. Van Galen ziet een eventuele kwalificatie van vorderingen uit milieuverplichtingen anders dan Verstijlen juist als een buitenwettelijke rangverhoging.⁴³ Volgens Van Galen is het een vraag van politieke aard of deze verplichtingen voor rekening van de gezamenlijke crediteuren dienen te komen of dat handhaving van deze verplichtingen ten laste van de algemene middelen behoort te komen. Kortom, heeft een bestuursorgaan, gelet op zijn bijzondere taak, recht op meer dan een doorsneecrediteur?

Voor voorrang voor de vorderingen van een bestuursorgaan op grond van een bijzondere taakstelling lijkt mij geen plaats te zijn. Een wettelijke grondslag ontbreekt op dit punt. De Afdeling refereert op dit punt anders dan aan de bijzondere positie van het bestuursorgaan aan de bijzondere taak van de

38. ABRvS 13 februari 2013, AB 2013/95 m.nt. C.M.M. van Mil (Dutch Infra Tech B.V.), r.o. 4.3.

39. A.A.J. Smelt, Bestuursdwang, bestuurlijke dwangsom en bestuurlijke boete bij faillissement, TvI 2008/40, onder 7.1.

40. ABRvS 13 februari 2013, AB 2013/95 m.nt. C.M.M. van Mil (Dutch Infra Tech B.V.), r.o. 4.2.

41. Enige nuance past hier omdat de uitkering op boedelschulden in de meeste faillissementen eveneens beperkt is.

42. Verstijlen 1996, p. 273-274.

43. R.J. van Galen in zijn annotatie bij HR 19 april 2013, OR 2014/29, onder 4.

curator.⁴⁴ De vrees die Verstijlen en Smelt uitspreken, is dat indien geen boedelschuld ontstaat bij het ontbreken van handelen van de curator, de curator een vrijgeleide krijgt om het milieubelang te verwaarlozen.⁴⁵ Boekraad weerspreekt deze vrees en stelt dat zeker wanneer situaties die in strijd zijn met milieuvoorschriften geen verband houden met het handelen van de curator of het voortzetten van de onderneming, het laten opdraaien van de ten tijde van de faillietverklaring toevallig aanwezige schuldeisers voor de kosten van bestuursrechtelijke handhaving niet gerechtvaardigd kan worden.⁴⁶ De overwegingen van de rechtbank in het Thermphos-vonnissen lijken hiermee in overeenstemming.

Opgemerkt zij nog dat het bestuursorgaan niet de bevoegdheid om te handhaven verliest. Het bestuursorgaan kan alleen niet willens en wetens boedelschulden laten ontstaan door te handhaven wanneer de curator hier onmogelijk aan kan voldoen. Met het ontstaan van een boedelschuld voor het handhaven van verplichtingen die reeds bestonden ten tijde van de faillietverklaring zou het bestuursorgaan in mijn ogen meer krijgen dan het verdient. Het bestuursorgaan had er in sommige gevallen dan ook voor kunnen kiezen om voor faillietverklaring handhavend op te treden. Mocht dit na faillietverklaring wel tot een boedelschuld leiden, dan profiteert het bestuursorgaan van het wachten met handhaven.⁴⁷ Dat lijkt mij inderdaad niet wenselijk. Een concurrente vordering voor het bestuursorgaan ten aanzien van bij faillietverklaring bestaande verplichtingen is in mijn ogen een evenwichtige uitkomst, gelet ook op de belangen van de overige schuldeisers.

8 Conclusie

In deze bijdrage kwamen aan de orde de vragen of de curator net als de failliet kan worden aangesproken op de naleving van milieuverplichtingen en, in samenhang met deze vraag, of de vorderingen die uit bestuursrechtelijke handhaving voortvloeien in faillissement een boedelschuld opleveren. De wet voorziet ten aanzien van beide vragen niet in een regeling. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling rusten milieuverplichtingen en voorschriften uit op grond daarvan verleende vergunningen na faillietverklaring op de curator. Hierover bestaat weinig discussie. Met betrekking tot de kwalificatievraag heeft de Afdeling in de Bavin-uitspraak bepaald dat vorderingen volgend uit handhaving door het bestuursorgaan ten opzichte van de curator boedelschulden zijn. De curator handelt volgens de Afdeling dan in strijd met een op hem rustende verplichting en aldus ontstaat een boedelschuld van de derde categorie uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. Het is de vraag of niet de civiele rechter bevoegd is te beslissen over de

kwalificatie van vorderingen in faillissement. Dat laatste lijkt mij het geval te zijn.

Het is onzeker of de Hoge Raad de invulling die de Afdeling aan de ontstaanscriteria voor boedelschulden uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. geeft, wel voor ogen heeft gehad. Indien de Hoge Raad met een op de curator rustende verplichting mede heeft bedoeld een verplichting tot naleving van milieuwetgeving en vergunningvoorschriften, dan zijn de kosten van handhaving boedelschulden in het faillissement. In het civiele recht is bij mijn weten slechts één uitspraak voorhanden met betrekking tot de kwalificatie van bestuursrechtelijke vorderingen in faillissement. In het Thermphos-vonnissen neemt de Rechtbank Zeeland-West-Brabant tot uitgangspunt dat een concurrente vordering ontstaat voor ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande verplichtingen. Pas wanneer de curator de onderneming voortzet, neemt deze de verplichtingen van de failliet over en kan handhaving van milieuverplichtingen en daarmee samenhangende vergunningvoorschriften een boedelschuld opleveren. In dit opzicht duurt de onzekerheid voor curatoren, bestuursorganen en schuldeisers voort.

44. De Afdeling refereert in bijv. de Alvat-uitspraak en de uitspraak Thielen/Maasdriel aan de bijzondere gezagsverhouding van de curator ten opzichte van de boedel.

45. F.M.J. Verstijlen & A.A.J. Smelt, Boedelschulden in voorontwerp Insolventiewet, TvI 2008/15, p. 99.

46. G.A.J. Boekraad, De classificatie van vorderingen in het voorontwerp Insolventiewet: een einde aan de wildgroei van boedelvorderingen?, WPNR (2008) 6760, onder 'kritiek op de regeling in het Voorontwerp'.

47. Verstijlen & Smelt 2008, p. 99.