

Auteur: Mr. W.J. Bosma en mr. J.L. Snijders
Verschenen in: Overheid en Aansprakelijkheid 2016/77
Datum: 7 december 2016
Titel: Bestuursrechtelijke handhaving en faillissement

1. Inleiding

In faillissementsboedels treffen curatoren dikwijls verontreinigde grond aan. Overheden proberen vervolgens meer dan eens met toepassing van het bestuursrechtelijke handhavingsinstrumentarium die verontreiniging ongedaan te maken op kosten van de failliete boedel. Dat geldt overigens niet alleen bij verontreiniging waartegen handhavend kan worden opgetreden (vgl. artikel 13 Wbb), maar ook bij andere overtredingen van milieuwet- en regelgeving. Op grond van vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (**ABRvS**) zijn faillissementscuratoren na faillietverklaring verantwoordelijk voor de naleving van de uit de milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen van de gefailleerde (ook als de curator de onderneming niet voortzet). De vraag rijst wat de mogelijkheden zijn van een bestuursorgaan als de curator de uit de milieuwetgeving voortvloeiende voorschriften niet naleeft. Duidelijk is dat het betrokken bestuursorgaan in dat geval handhavend kan optreden tegen de curator, maar niet volledig duidelijk is hoe de vorderingen van het handhavende bestuursorgaan op de curator c.q. de failliete boedel als gevolg hiervan moeten worden gekwalificeerd. De bestuursrechter en de civiele rechter hebben hierover namelijk verschillende, veelal niet volledig - of zelfs volledig niet - op elkaar aansluitende, uitspraken gedaan. Dat werpt

direct de vraag op welke rechter eigenlijk bevoegd is om hierover te oordelen: de bestuursrechter of de civiele rechter. In deze bijdrage zal op deze vraag een antwoord worden geven. Daarnaast zullen wij ook ingaan op de status van vorderingen van handhavende bestuursorganen in faillissement, waarbij wij zowel de vorderingen uit hoofde van een last onder dwangsom (d.w.z. verbeurde dwangsommen) als de vorderingen uit hoofde van een last onder bestuursdwang (d.w.z. de kosten van uitvoering van bestuursdwang) bespreken, terwijl wij in dit verband bovendien een onderscheid zullen maken tussen vorderingen die vóór de datum van faillissement zijn ontstaan en vorderingen die daarna zijn ontstaan. Deze vragen zijn vooral van belang voor de situatie waarin er een in beginsel toereikende boedel is. Meer dan eens doet zich echter de situatie voor waarin de boedel ontoereikend is om alle schuldeisers – inclusief het handhavende bestuursorgaan – te voldoen. In dat geval is het minder relevant hoe de verschillende vorderingen in faillissement moeten worden gekwalificeerd, omdat alle schulden in dat geval toch niet kunnen worden voldaan, ongeacht de positie die de schuldeisers ten opzichte van elkaar innemen. Bij de situatie dat er sprake is van een negatieve boedel - en hoe hiermee in het kader van bestuursrechtelijke handhaving zou kunnen worden omgegaan - zullen wij in deze

bijdrage eveneens nader stilstaan. Tot slot ronden wij af met een conclusie. Alvorens aan dit alles toe te komen, staan wij voor een beter begrip in het navolgende eerst kort stil bij de verschillende soorten schulden die in het kader van een faillissement kunnen worden onderscheiden (paragraaf 2) en de mogelijkheden die een overheidslichaam heeft om naleving van milieuvoorschriften te bewerkstelligen (paragraaf 3).

2. Verschillende soorten schulden in faillissement

Een faillissement is een algemeen beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van alle schuldeisers, met als doel het te gelde maken en verdelen van het vermogen van de schuldenaar onder zijn schuldeisers. Het gehele vermogen omvat alle zaken en alle vermogensrechten (kortom alle activa) van de gefailleerde die te gelde kunnen worden gemaakt. Door het faillissement verliest de schuldenaar ('gefailleerde') van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn vermogen.

Gelijk met het uitspreken van het faillissement wordt door de rechtbank een curator benoemd. De algemene taak van de curator is het beheer en de vereffening van de failliete boedel, in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Dit betekent dat de curator de omvang van de boedel vaststelt, zo nodig bewarende maatregelen treft, de bestanddelen van de boedel verkoopt en de opbrengst verdeelt onder de schuldeisers. De opbrengst van het vermogen is meestal niet toereikend om iedere schuldeiser te voldoen.

Bij de vraag hoe in dat geval de opbrengst wordt verdeeld geldt het uitgangspunt van de *paritas creditorum*: iedere schuldeiser wordt voldaan naar evenredigheid van de grootte van zijn vorderingsrecht; van dit uitgangspunt kan worden afgeweken voor zover een schuldeiser (i) een aan de wet ontleende voorrangpositie inneemt (artikel 3:277 BW) of (ii) feitelijk een voorrangpositie inneemt, bijvoorbeeld als gevolg van zijn verrekeningsbevoegdheid.

In een faillissement wordt daarnaast een onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten schulden, te weten: (i) boedelschulden, (ii) verifieerbare faillissementsschulden en (iii) niet verifieerbare schulden.

Ad (i) boedelschulden

Een belangrijk kenmerk van boedelschulden is dat zij nog niet bestonden op het moment van faillietverklaring. Het zijn schulden die niet hoeven te worden geverifieerd en onmiddellijk aanspraak op de boedel geven. Voor zover er voldoende actief in de boedel aanwezig is, worden boedelschulden onmiddellijk uit de boedel voldaan; zij gaan voor op verifieerbare faillissementsschulden.

Tot het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.¹ werden boedelschulden in twee categorieën ingedeeld: (i) boedelschulden krachtens de wet en (ii) boedelschulden ontstaan op basis van het zogenoemde 'toedocriterium'. Het toedocriterium hield in dat een verplichting die is ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling' standaard als boedelschuld werd aangemerkt. In de

¹ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2013/224 m.nt. mr. G.A.J. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

literatuur is veel kritiek gekomen op dit toedoen criterium.² Kern van de kritiek was dat op grond dit toedoen criterium ook schulden die niet het karakter hebben van een boedelschuld omdat deze niet zo zeer toerekenbaar zijn aan de afwikkeling van het faillissement, maar veeleer aan feiten die zich al vóór de faillietverklaring hadden voorgedaan toch als boedelschuld worden aangemerkt.³ De Hoge Raad heeft zich blijkens het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. deze kritiek aangetrokken. In de Koot Beheer/Tideman q.q. zaak bleek bij oplevering van een pand waarvan de curator de huur op grond van artikel 39 Fw had opgezegd dat er schade was aan de buitengevel en de deuren van het pand. Volgens de verhuurder diende de curator op grond van de huurovereenkomst het gehuurde correct op te leveren en ontstond deze vordering op het moment dat de curator de huurovereenkomst opzegde en levert deze vordering op grond van het toedoen criterium derhalve een boedelvordering op. De Hoge Raad overweegt expliciet dat hij terugkomt op dit criterium en formuleert drie categorieën van boedelschulden, te weten: schulden die op grond van de wet boedelschuld zijn; schulden die door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, waaronder is te verstaan dat de curator de schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht in de zin van de artikel 3:33 en 35 BW; en schulden die het gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een

² Zie voor een uitgebreid overzicht de conclusie van A-G mr. M.H. Wissink onder het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.

³ Zie G.A.J. Boekraad in zijn noot onder HR 19 april 2013, *JOR* 2013/22.

door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

In het kader van de derde categorie van boedelschulden is het onduidelijk of de Hoge Raad ook bedoeld heeft schulden die het gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met verplichtingen die op de curator rusten uit hoofde van milieuvorschriften hieronder te laten vallen. Daarnaast is de vraag of onder deze categorie slechts sprake kan zijn van een ‘handelen’ van de curator of daarnaast ook sprake kan zijn van ‘het in het geheel geen handeling verrichten’, dat wil zeggen een nalaten van de curator.⁴ Dit onderscheid is voor de strekking van dit artikel van belang, omdat het bij een schending van een milieuwet- en regelgeving in veel gevallen om een nalaten zal gaan. Te denken valt bijvoorbeeld aan het nalaten van het nemen van in de vergunning voorgeschreven maatregelen, bijvoorbeeld het periodiek controleren en zo nodig herstellen dan wel anderszins aanpassen van installaties.

Ad (ii) verifieerbare faillissementsschulden
De verifieerbare faillissementsschulden kunnen worden onderscheiden tussen preferente schulden en concurrente schulden. Zowel preferente als concurrente schuldeisers moeten hun vordering ter verificatie indienen. Preferente schuldeisers hebben op grond van een wettelijk voorrecht voorrang boven concurrente vorderingen. Oftewel, betaling aan concurrente schuldeisers kan pas plaatsvinden nadat de preferente schuldeisers zijn voldaan.

Sinds het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. lijkt onder deze categorie schulden meer te

⁴ Vgl. bijvoorbeeld artikel 6:162 lid 2 BW, waarin het onderscheid tussen handelen en nalaten wel uitdrukkelijk wordt gemaakt.

kunnen worden gebracht dan voorheen het geval was. De Hoge Raad oordeelt in voornoemd arrest namelijk dat vorderingen die een boedelschuld opleveren, moeten worden onderscheiden van vorderingen op de schuldenaar, met het oog op de voldoening waarvan de vereffening van de boedel plaatsvindt. Vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren op een van de in het arrest genoemde gronden, behoren tot bedoelde vorderingen op de schuldenaar (concurrente vorderingen), ook als ze pas tijdens het faillissement ontstaan, zoals onder meer blijkt uit artikel 37 en 37a Fw en de op artikel 37 Fw gegeven toelichting.

Ad (iii) niet verifieerbare schulden

Verder is er nog de categorie van niet verifieerbare schulden. Deze schulden kunnen niet worden geverifieerd in faillissement en kunnen niet uit het boedelactief worden voldaan. Schuldeisers met een niet verifieerbare vordering zijn daarom geheel van de verdeling van het boedelactief uitgesloten. Zoals in de inleiding al is opgemerkt, staat in deze bijdrage onder meer de vraag centraal de vraag hoe vorderingen van een bestuursorgaan uit hoofde van handhavend optreden kunnen worden aangemerkt. Die vraag komt uitgebreid aan bod in de paragraaf 5. In het navolgende zal eerst worden ingegaan op de mogelijkheden die een overheidslichaam heeft om handhavend op te treden tegen met (milieu)wet- en regelgeving strijdige situaties.

3. Handhaving van milieuvoorschriften

Hoofddregel in het milieurecht is dat een ieder die in een bijzondere gezagsverhouding tot een inrichting staat, verantwoordelijk is voor de naleving van de op die inrichting betrekking hebbende milieuvoorschriften. Indien die milieuvoorschriften niet worden nageleefd kan het bestuursorgaan tegen de overtreder op verschillende wijzen handhavend optreden. In de praktijk wordt het meest gebruik gemaakt van (i) een last onder dwangsom en (ii) een last onder bestuursdwang, al zijn er ook andere mogelijkheden, bijvoorbeeld het intrekken van de vergunning (vgl. artikel 5.19 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht). Onder overtreder wordt verstaan degene die de overtreding pleegt of medepleegt (artikel 5:1 lid 2 Awb). Een last onder dwangsom kan uitsluitend aan de overtreder worden opgelegd. Een last onder bestuursdwang kan ook aan een ander dan de overtreder worden opgelegd, maar de kosten kunnen slechts op de overtreder worden verhaald. Een last onder dwangsom en last onder bestuursdwang zijn zogenaamde herstelsancties. In geval van een last onder dwangsom wordt een last aangezegd om een illegale situatie te beëindigen, ongedaan te maken of te voorkomen op straffe van verbeurte van een 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. Door feitelijk optreden door het bestuursorgaan wordt de overtreding beëindigd. Uit de jurisprudentie van de ABRvS volgt dat de bestuursrechter van oordeel is dat curatoren gedurende het faillissement uit hoofde van hun bijzondere gezagsverhouding

ten opzichte van de boedel verantwoordelijk zijn voor de naleving van die milieuwetgeving en de daarmee samenhangende vergunningvoorschriften, ook als de curator de onderneming niet voortzet.⁵ Indien een curator die milieuvoorschriften niet naleeft kan het bevoegde gezag handhavend tegen de curator optreden. Dit betekent dat aan de curator herstelsancties kunnen worden opgelegd zoals een last onder dwangsom en/of een last onder bestuursdwang.

Indien de handhavende overheid tevens grondeigenaar is en de grond heeft verhuurd aan de gefailleerde onderneming, kan op grond van het bepaalde in artikel 25 Fw de handhavende overheid in beginsel uit hoofde van zijn eigendomsrecht verlangen dat de curator de verhuurde gronden ontruimt door de installaties die behoren tot de inrichting te verwijderen. Hierdoor zou wellicht via het privaatrecht kunnen worden bewerkstelligd dat een overtreding van milieuvoorschriften wordt beëindigd. De Hoge Raad heeft in het, hiervoor al aangehaalde, arrest Koot Beheer/Tideman q.q., uitdrukkelijk overwogen dat het feit dat op het toedocriterium wordt teruggekomen niet betekent dat de ontruimingsverplichting zoals deze aan de orde was in de Circle Plastics zaak geen boedelschuld kan zijn.⁶ De

⁵ Zie o.a. ABRvS 11 juli 1997, AB 1998, 268 m.nt. G.T.J.M. Jurgens (Alvat) en ABRvS 9 mei 2007, Tvl 2007, 34, p. 175 (Thielen/Gemeente Maasdriel).

⁶ In de Circle Plastics zaak (HR 18 juni 2004, NJ 2004/617, m. nt. Van Schilfgaarde, JOR 2004/221 m. nt. Boekraad) bevond zich op datum faillissement van huurster op het door huurster van verhuurster gehuurde terrein een grote hoeveelheid verontreinigd landbouwplastic. De curator heeft de huurovereenkomst met toepassing van artikel 39 Fw opgezegd maar heeft geweigerd het plastic van het gehuurde te verwijderen. Verhuurster heeft

gewezen verhuurder kan (op grond van het eigendomsrecht) volgens de Hoge Raad 'uit hoofde van zijn recht op het gehuurde' verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken daaruit verwijdert. De nakoming van die verplichting kan op de voet van artikel 25 Fw worden afgedwongen.

Daarbij past de kanttekening dat in veel gevallen, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, via het publiekrecht hetzelfde resultaat zou kunnen worden bereikt, omdat in sommige vergunningen is bepaald dat na het staken van de activiteiten de installaties moeten worden verwijderd.

Dit is een milieuverplichting die de curator volgens de ABRvS moet nakomen bij gebreke waarvan handhavend opgetreden kan worden door het bevoegde gezag. Om die reden kan de vraag worden gesteld of in een geval als hiervoor beschreven niet van de publiekrechtelijke route zou moeten worden gekozen. Het volgen van de privaatrechtelijke weg daar waar met toepassing van het publiekrecht eenzelfde resultaat zou kunnen worden bereikt, levert mogelijk immers een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht op.⁷

vervolgens zelf voor verwijdering van het plastic zorggedragen. De kosten die de verhuurster in verband hiermee heeft gemaakt moeten volgens de Hoge Raad worden aangemerkt als boedelschuld. De redenering leek te zijn dat omdat de curator de huur opzegde, door zijn toedoen een ontruimingsverbintenis ontstond en daarom de ontruimingsverplichting een boedelschuld opleverde.⁷ Vgl. o.a. HR 22 oktober. 1993, NJ 1995, 717 (Windmill) en HR 9 juli 1990, NJ 1991, 394 m.nt. Scheltema (*Pina/Helmond*). Zie voorts onder meer: M.H.W.C.M. Theunisse, 'De praktijk van de tweewegenleer', Amersfoort: Celsius 2015. In de arresten 'Staat/Magnus' (HR 22 oktober 1993, AB 1994, 1 m.nt. G.A. van der Veen en NJ 1995, 717 m.nt. MS) en 'Zomerhuisje' (HR 7 oktober 1994, AB

4. Bevoegdheid oordeel status vorderingen van handhavende overheden

Wanneer het handhavende overheidslichaam al dan niet bij gebreke van een privaatrechtelijke weg, de publiekrechtelijke route volgt door het opleggen van een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom teneinde te bewerkstelligen dat een overtreding van milieuvoorschriften wordt beëindigd, kan dit ertoe leiden dat vorderingen ontstaan, hetzij omdat van rechtswege dwangsommen worden verbeurd, hetzij omdat kosten voor de uitoefening van bestuursdwang (moeten) worden gemaakt. Zoals in de inleiding al werd opgemerkt, bestaat er discussie over de vraag hoe dergelijke vorderingen moeten worden gekwalificeerd in faillissement. Hiervoor werd al duidelijk dat die vraag van belang is voor de kans dat verbeurde dwangsommen dan wel kosten van de uitoefening van bestuursdwang daadwerkelijk op de, in staat van faillissement verkerende, overtreder kunnen worden verhaald. In het hiervoor al aangehaalde arrest Koot Beheer/Tideman q.q. heeft de Hoge Raad drie verschillende categorieën boedelschulden geformuleerd. Aan de hand van dit arrest zou kunnen worden bepaald of (door de curator) verbeurde dwangsommen dan wel kosten van bestuursdwang als boedelschulden kunnen worden aangemerkt.

1995, 47 m.nt. G.A. van der Veen, NJ 1995, 719 m.nt. MS) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het volgen van de privaatrechtelijke weg in beginsel – behoudens uitzonderingen, die zich in die zaken niet voordeden – is uitgesloten wanneer de mogelijkheid van het opleggen van een last onder dwangsom bestaat (en daarvan is reeds sprake indien ook een last onder bestuursdwang kan worden opgelegd, vgl. art. 5:32 Awb).

De ABRvS heeft dat inmiddels ook gedaan. In de Bavin uitspraak⁸ oordeelde de hoogste bestuursrechter in r.o. 7.1. met betrekking tot de rangorde van kosten van de toepassing van bestuursdwang als volgt:

“De Hoge Raad heeft in het arrest van 19 april 2013 [Koot Beheer/Tideman q.q. (toevoeging auteurs dezes)] 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. De rechtbank heeft in hetgeen de curator aanvoert dan ook terecht geen aanleiding gezien voor het oordeel dat het dagelijks bestuur niet heeft kunnen beslissen dat de kosten van de toepassing van bestuursdwang worden verhaald op de boedel van Bavin.”

In voornoemde uitspraken is het derhalve de hoogste bestuursrechter die oordeelt welke

⁸ ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728 (Bavin), JOR 2015/19 m.nt. A.J. Tekstra; JM 2014/111 m.nt. P. Jong en F. Onrust, AB 2014/370 m.nt. C.M.M. van Mil; M en R 2014/155 m.nt. E.H.P. Brans en J.H. van der Weide onder nummer M en R 2014/1561; OGR-Updates.nl 2014-0208 met annotatie van Valérie van 't Lam, JOM 2014/792, JOM 2014/907, OGR-Updates.nl 2015-0038, JWA 2015/20.

status vorderingen verband houdende met herstelsancties opgelegd aan de gefailleerde en/of de curator innemen in faillissement.

Ons inziens is het echter niet, althans in ieder geval niet zonder meer, aan de bestuursrechter om te oordelen omtrent de vaststelling van de status van een vordering in faillissement.⁹ Steun voor de opvatting dat niet de bestuursrechter, maar de civiele rechter omtrent de status van een vordering in faillissement dient te oordelen kan worden gevonden in het DecideWise arrest¹⁰ en in de latere Thermphos uitspraak¹¹. In het DecideWise arrest besliste de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer geen taak heeft ten aanzien van de vraag of onderzoekskosten in het betreffende geval als boedelschuld dienen te worden aangemerkt. Over de specifieke vraag welke status vorderingen verband houdende met herstelsancties opgelegd aan de gefailleerde en/of de curator innemen in faillissement, heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten. In de Thermphos uitspraak overwoog de Rechtbank Zeeland-West-Brabant wel expliciet dat de vraag of er sprake is van boedelschuld door

⁹ In vergelijkbare zin W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', *Tvl* 2013, 26. Zie ook A.J. Tekstra in zijn annotatie onder ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, *JOR* 2015/19 (*Bavin*), M. Moeiliker, 'Bestuursrechtelijke handhaving in faillissement', *MvV* 2015/3, p. 81-88, A. van Hees, 'Omzwervingen van de Hoge Raad omtrent boedelvorderingen. Beschouwingen naar aanleiding van het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.', *Tvl* 2014/18 en A. Steneker en A.J. Tekstra, 'De boedelschuldenlijst (II)', *FIP* 2015/8 368.

¹⁰ HR 24 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6025, *NJ* 2005, 382, *JOR* 2005/174 m.nt. J.J.M. van Mierlo (*DecideWise*).

¹¹ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1960, *JOR* 2015/18 (*Thermphos*) m.nt. A.J. Tekstra onder *JOR* 2015/19 (*Bavin*).

de civiele rechter dient te worden beantwoord.

Hierbij past evenwel de nuancering dat de vraag wie gehouden is tot naleving van milieuvorschriften en, bij het verzuim om hieraan te voldoen, wie als overtreder kan worden aangemerkt, in eerste instantie door het bevoegd gezag en, voor zover tegen dit oordeel in (hoger) beroep wordt gekomen, uiteindelijk door de bestuursrechter moet worden beantwoord. Dit oordeel zal vervolgens door de civiele rechter moeten worden gerespecteerd.¹² Indien het oordeel van het bevoegd gezag onherroepelijk wordt, hetzij omdat hiertegen geen bestuursrechtmiddelen worden aangewend, hetzij omdat dergelijke rechtsmiddelen zonder succes worden ingezet, krijgt het besluit waaraan dit oordeel ten grondslag ligt namelijk formele rechtskracht.

Het beginsel van de formele rechtskracht houdt in dat de civiele rechter ervan uit dient te gaan dat een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht - zoals een besluit tot oplegging van een last onder bestuursdwang alsook een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom - zowel wat haar inhoud als haar wijze van tot stand komen betreft met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen in overeenstemming is. Ook indien als vaststaand kan worden aangenomen dat die beschikking zou zijn vernietigd wanneer daartegen tijdig bij de bestuursrechter zou zijn opgekomen, dient de civiele rechter van de formele rechtskracht van dit besluit uit te gaan,

¹² Zie ook A. van Hees, 'Omzwervingen van de Hoge Raad omtrent boedelvorderingen. Beschouwingen naar aanleiding van het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.', *Tvl* 2014/18.

terwijl de vraag of er reden is de beschikking in te trekken, te wijzigen of te herzien, slechts ter beoordeling staat aan de bestuursrechter.¹³ In recentere rechtspraak van de Hoge Raad is beslist dat het beginsel van de formele rechtskracht niet meebrengt dat de burgerlijke rechter bij de beoordeling van een kwestie die niet de geldigheid van het besluit betreft, is gebonden aan de inhoudelijke overwegingen die ten grondslag liggen aan het oordeel van de bestuursrechter over dat besluit.¹⁴ De geldigheid van een besluit ziet op de bestuursrechtelijke gevolgen van het besluit; daartegenover staat in beginsel de rechtmatigheid van een besluit, die ziet op de civielrechtelijke gevolgen ervan.¹⁵

De vraag is dus of de aanwijzing als overtreder moet worden aangemerkt als een element van een besluit dat de geldigheid van dit besluit betreft. Naar onze mening is dit het geval. Het bestaan en vervolgens aanwijzen van een overtreder is immers noodzakelijk voor het kunnen opleggen van zowel een last onder bestuursdwang als een last onder dwangsom, zij het dat die overtreder in het eerste geval het niet in zijn macht hoeft te hebben om de overtreding daadwerkelijk te beëindigen. De aanwijzing van een (rechts)persoon als overtreder

¹³ HR 5 september 1997, nr. 16381, LJN ZC2418, NJ 1998/47

¹⁴ Vgl. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, AB 2016/343, m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2015/361, m.nt. J.W. Winter en P. van Schilfgaarde (SNS) en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, AB 2016/344, m.nt. G.A. van der Veen en A.H.J. Hofman, NJ 2015/266, m.nt. J.W. Zwemmer (KB-Lux).

¹⁵ Vgl. P.A. Fruytier, 'Een herformulering van de formele rechtskracht: het civielrechtelijk besluitgezag en gezag van gewijsde en de uitzonderingen daarop', NTBR 2008/4. Zie voorts: M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', O&A 2006, 2, p. 4.

betreft derhalve de geldigheid van het besluit, zodat die aanwijzing door de formele rechtskracht wordt gedekt. Dit brengt mee dat de civiele rechter hieraan gebonden is en zich dus niet zelfstandig (meer) een oordeel kan vormen omtrent de vraag of de bewuste (rechts)persoon als overtreder kan worden aangemerkt. Dit geldt ook voor een curator die bij onherroepelijk besluit als overtreder is aangemerkt.

Het in een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang aanmerken van een curator als overtreder, omdat deze de toepasselijke milieuvoorschriften niet (voldoende) heeft nageleefd, hoeft echter niet zonder meer mee te brengen dat eventuele dwangsommen dan wel, ingeval van toepassing van bestuursdwang, de kosten hiervan als boedelschuld moeten worden aangemerkt. Daarbij zou naar onze mening relevant kunnen zijn, dat de Hoge Raad in het hiervoor meermaals aangehaalde arrest Koot Beheer/Tideman q.q. heeft bepaald dat van boedelschulden onder meer sprake kan zijn ingeval de curator handelt in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting, maar de Hoge Raad daarin niet, althans in ieder geval niet uitdrukkelijk, heeft bepaald dat ook ingeval van een nalaten van de curator sprake is van een boedelschuld, terwijl het verzuim om aan toepasselijke milieuwet- en regelgeving te voldoen ook en vooral kan voortvloeien uit een nalaten om hieraan te voldoen.¹⁶ De

¹⁶ In zoverre onderschrijven wij niet volledig de visie van E.H.P. Brans en J.H. van der Weide in E.H.P. Brans e.a., 'Faillissement en milieu. Waartoe is de curator gehouden na faillissement van de onderneming?', Gst. 2016/42. Wij menen dat de vraag wie als overtreder kan worden aangemerkt moet worden onderscheiden van de vraag of een bepaalde vordering al dan niet een boedelschuld oplevert.

ABRvS begrijpt dit arrest kennelijk wel zo, getuige de hiervoor aangehaalde Bavin-uitspraak, maar het is de vraag of de Hoge Raad dit ook zo heeft bedoeld.

Overigens merken wij hierbij op dat, onverminderd het voorgaande, de ABRvS zich al meer dan eens heeft uitgesproken over de status van een vordering in het kader van een faillissement, mogelijk omdat dit oordeel als zodanig geen formele rechtskracht krijgt. Een oordeel van de bestuursrechter omtrent de status van een vordering betreft als zodanig immers niet de geldigheid van een handhavingsbesluit, zodat de civiele rechter hieraan niet gebonden is op grond van het hiervoor besproken leerstuk van de formele rechtskracht.¹⁷

5. Status vorderingen van handhavende overheden in faillissement

Los van de (formele) vraag welke rechter bevoegd is hierover te oordelen, dienen de verschillende vorderingen in faillissement te worden gekwalificeerd.

Naar onze mening kunnen in dit kader grofweg zes groepen vorderingen worden onderscheiden:
vóór datum faillissement verbeurde dwangsommen als gevolg van het niet nakomen van een last onder dwangsom die reeds bestond voor datum faillissement;
na datum faillissement verbeurde dwangsommen als gevolg van het niet nakomen van een last onder dwangsom die reeds bestond voor datum faillissement;
vorderingen ter zake van kosten van bestuursdwang die voortvloeien uit een last

onder bestuursdwang die reeds bestond voor datum faillissement, waarbij de kosten van bestuursdwang vóór datum faillissement zijn gemaakt;
vorderingen ter zake van kosten van bestuursdwang die voortvloeien uit een last onder bestuursdwang die reeds bestond voor datum faillissement waarbij de kosten van bestuursdwang na datum faillissement zijn gemaakt;
verbeurde dwangsommen als gevolg van het niet nakomen door de curator van een op hem rechtstreeks van toepassing zijnde last onder dwangsom; en
vorderingen ter zake van kosten van bestuursdwang die voortvloeien uit een last onder bestuursdwang die rechtstreeks aan de curator is opgelegd.

In het navolgende zullen wij de verschillende vorderingen bespreken en zullen wij de vraag beantwoorden hoe deze in faillissement moeten worden gekwalificeerd: ofwel als al dan niet verifieerbare vorderingen, ofwel als boedelvorderingen. Daarbij zullen wij vanzelfsprekend ook ingaan op de verschillende uitspraken van de bestuursrechter en de civiele rechter die in dit verband zijn gedaan en waarin niet altijd tot dezelfde conclusies wordt gekomen.

Ad (i) Vóór datum faillissement verbeurde dwangsommen als gevolg van het niet nakomen van een last onder dwangsom die reeds bestond voor datum faillissement

Uit zowel de bestuursrechtelijke als de civielrechtelijke lagere rechtspraak volgt dat bestuurlijke dwangsommen die vóór datum faillissement verbeuren op basis van een vóór datum faillissement opgelegde last onder dwangsom, vatbaar zijn voor verificatie als

¹⁷ Zie, naast de hiervoor in voetnoot 15 aangehaalde arresten, o.a. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6398

concurrente vorderingen.¹⁸

Voor civiele dwangsommen geldt in faillissement het bepaalde in artikel 611e Rv. Uit artikel 611e lid 2 Rv volgt dat dwangsommen die vóór de faillietverklaring zijn verbeurd, niet in het passief van het faillissement worden toegelaten, met andere woorden deze worden aangemerkt als niet verifieerbare vorderingen. Artikel 611e Rv beoogt de schuldeisers tegen civielrechtelijke dwangsommen te beschermen: zij mogen niet het slachtoffer worden van de koppigheid van de toekomstige failliet, die tot het snel oplopen van verschuldigde dwangsommen kan leiden.

De Awb bevat niet een op artikel 611e Rv gelijkende bepaling, hoewel deze wet een afzonderlijke regeling over bestuursrechtelijke geldschulden bevat (zie Titel 4.4 Awb). In zoverre is er dan ook geen aanleiding om bestuursrechtelijke dwangsommen op dezelfde wijze te behandelen als civielrechtelijke dwangsommen. De vraag is echter of artikel 611e Rv niet naar analogie kan - of zelfs zou moeten - worden toegepast op bestuursrechtelijke dwangsommen.¹⁹

¹⁸ ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261, *JOR* 2013/157 m.nt. J.J. van Hees (*DIT*) en Rechtbank Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1960, *JOR* 2015/18 (*Thermphos*) m.nt. A.J. Tekstra onder *JOR* 2015/19 (*Bavin*).

¹⁹ Ook S.C.J.J. Kortmann lijkt in zijn annotatie onder ABRvS 11 juli 1997, *JOR* 1997/105 (*Alvat*) van mening te zijn dat dergelijke vorderingen op grond van het bepaalde in artikel 611e Rv niet vatbaar zijn voor verificatie, zij het dat hij daarbij over het hoofd lijkt te hebben gezien dat dit artikel niet zonder meer van toepassing is op bestuursrechtelijke dwangsommen, zoals ook G.T.J.M. Jurgens opmerkt in haar annotatie onder deze uitspraak in AB 1998, 268.

In relatie tot de schuldenaar verliest de dwangsom in faillissement haar functie omdat de schuldenaar als gevolg van het bepaalde in artikel 23 Fw niet meer de op hem voor datum faillissement opgelegde last kan nakomen. De curator zou dat wel kunnen maar de nakoming kan op grond van het bepaalde in artikel 26 Fw niet worden afgedwongen. Het toelaten in het passief van de bestuursrechtelijke dwangsommen zou gelet op het voorgaande derhalve niet zo zeer de gefailleerde treffen, maar vooral de overige schuldeisers in het faillissement. Tegen de achtergrond van het reparatoire karakter van de last onder dwangsom valt dan ook niet goed in te zien wat het nut is van het na faillissement nog kunnen innen van voor faillissement verbeurde dwangsommen, aangezien deze dwangsommen er nooit meer toe kunnen leiden dat de, inmiddels gefailleerde onderneming, alsnog aan de lastgeving voldoet: die onderneming is dan immers failliet. Tegelijkertijd heeft het handhavende bevoegd gezag hiervan geen daadwerkelijk financieel nadeel: anders dan bij (de uitoefening van) bestuursdwang is er immers geen sprake van daadwerkelijke kosten die hierdoor niet meer zouden kunnen worden verhaald. Ook de wens om de onderneming alsnog aan (milieu)wet- en regelgeving te laten voldoen hoeft geen reden te zijn om dergelijke dwangsommen nog te kunnen innen: het bevoegd gezag kan dit immers bewerkstelligen door een nieuwe last onder dwangsom op te leggen, ditmaal aan de curator.²⁰

²⁰ Dat is op grond van de rechtspraak van de bestuursrechter overigens ook aantrekkelijker voor het bevoegd gezag, omdat door de curator verbeurde dwangsommen volgens de ABRvS als boedelschulden kwalificeren.

Ad (ii) Na datum faillissement verbeurde dwangsommen als gevolg van het niet nakomen van een last onder dwangsom die is opgelegd vóór datum faillissement

Uit dezelfde bestuursrechtelijke jurisprudentie volgt dat als vóór datum faillissement een last onder dwangsom wordt opgelegd en wegens het niet voldoen aan die last na datum faillissement een dwangsom wordt verbeurd, dergelijke dwangsommen niet voor verificatie vatbaar zijn.²¹ In de DIT-uitspraak overweegt de ABRvS als volgt:

Indien voor de datum van het faillissement door DIT dwangsommen zijn verbeurd, leidt dit tot vorderingen van het college op DIT die in de failliete boedel vallen. Als na die datum door DIT dwangsommen worden verbeurd, zijn deze – evenals na faillissement ontstane vorderingen inzake bestuursdwangkosten; zie de uitspraak van de Afdeling van 26 juni 2002 in zaak nr. 200106195/1 (www.raadvanstate.nl) – als niet-verifieerbare schulden in de zin van de Faillissementswet aan te merken.”

Volgens de ABRvS zijn de curatoren verantwoordelijk voor naleving van de voor de inrichting geldende regels na het faillissement, maar hoeven zij geen zorg te dragen voor uitvoering van een niet aan hen, maar aan de gefailleerde, opgelegde last. Indien derhalve na datum faillissement dwangsommen verbeuren als gevolg van het niet nakomen van een aan de gefailleerde opgelegde last, dan levert dit niet verifieerbare vorderingen op, aldus de bestuursrechter. De ABRvS verwijst in het

²¹ ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261, *JOR* 2013/157 m.nt. J.J. van Hees (*DIT*).

hiervoor weergegeven citaat naar een eerdere uitspraak van 26 juni 2002, ter onderbouwing van het standpunt dat na faillissement verbeurde dwangsommen, evenals na faillissement ontstane vorderingen inzake bestuursdwangkosten, zijn aan te merken als schulden die niet ter verificatie kunnen worden ingediend. In de uitspraak uit 2002 ging het echter om een last onder bestuursdwang die was opgelegd nadat het faillissement was uitgesproken.²² Vóór faillissement bestond er dus nog geen verplichting uit hoofde van een handhavingsbesluit. In de DIT-zaak bestond die verplichting wel. De ABRvS maakt in die uitspraak vervolgens een onderscheid tussen dwangsommen die verbeurd zijn vóór faillissement en dwangsommen die hierna zijn verbeurd. De eerstgenoemde dwangsommen moeten volgens de ABRvS worden aangemerkt als vorderingen die ter verificatie kunnen worden ingediend (zie “Ad (i)”). De laatstgenoemde dwangsommen zijn volgens de ABRvS te beschouwen als vorderingen waarbij dit niet mogelijk is. Dit oordeel van de ABRvS laat zich waarschijnlijk verklaren doordat van een daadwerkelijke vordering eerst sprake is, zodra een dwangsom is verbeurd. Artikel 5:33 Awb bepaalt dat een verbeurde dwangsom wordt betaald binnen zes weken nadat deze is verbeurd. Voordat de dwangsom is verbeurd is er vanzelfsprekend geen sprake van een verplichting tot betaling van een dwangsom - en dus evenmin van een vordering - en is ook niet zeker of die verplichting ooit zal ontstaan: door aan de lastgeving te voldoen

²² Dit was kennelijk ook reden dat het bestuursdwangbesluit in die kwestie de eindstreep niet haalde. Volgens de ABRvS had de last onder bestuursdwang ingevolge artikel 8:22 Awb jo. artikel 25 van de Faillissementswet aan de curator moeten worden opgelegd.

kan verbeurde van een dwangsom immers nog worden voorkomen.

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant is een ander oordeel toegedaan dan de ABRvS. Onder verwijzing naar het arrest van Koot Beheer/Tideman q.q. komt de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in r.o. 4.9.1 van de Thermphos zaak tot het oordeel dat in beginsel alle vorderingen die voortvloeien uit een handhavingsbesluit dat reeds bestond ten tijde van het faillissement, vatbaar zijn voor verificatie:

“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.”

Overigens zou het verschil in de benadering hier van de bestuursrechter en de civiele rechter (ook) kunnen worden verklaard door het feit dat de uitspraak van de bestuursrechter dateert van vóór het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. en het vonnis van de civiele rechter dateert van nadat arrest.²³ Zoals hierboven uiteengezet volgt uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. dat vorderingen die voortvloeien uit een voor datum faillissement bestaande rechtsverhouding maar pas na datum

²³ In de hiervoor aangehaalde Bavin-uitspraak van 23 juli 2014 refereert de Afdeling wel uitdrukkelijk aan het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. maar in die uitspraak ging het om kosten van de toepassing van bestuursdwang.

faillissement ontstaan ook vatbaar zijn voor verificatie. Het is niet op voorhand uitgesloten dat de bestuursrechter aan de hand van het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. thans eveneens tot het oordeel zou zijn gekomen dat vorderingen die voortvloeien uit een handhavingsbesluit dat reeds bestond ten tijde van het faillissement als concurrente vorderingen kunnen worden ingediend in het faillissement.

Uitgaande van de opvatting van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant dat na faillissement verbeurde dwangsommen ook ter verificatie kunnen worden ingediend, is overigens nog de vraag of er een uiterste datum is waarvóór de dwangsommen moeten zijn verbeurd om geverifieerd te kunnen worden. De Hoge Raad heeft hiervoor geen richtlijnen gegeven in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. Boekraad stelt voor om de grens voor de uiterste datum waarvoor een vordering moet zijn ontstaan om geverifieerd te kunnen worden, te trekken op de dag van de verificatievergadering.²⁴ De voor verificatie vatbare verbeurde dwangsommen moeten ons inziens dan op de voet artikel 130 Fw voor de waarde op het moment van faillietverklaring worden geverifieerd.²⁵

²⁴ Vgl. Boekraad in zijn annotatie onder HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY610, *JOR* 2013/224 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*)

²⁵ Hoewel strikt genomen 130 Fw alleen voor vorderingen onder opschortende voorwaarde geldt, lijkt het aannemelijk dat de wetgever bij de totstandkoming van dezelfde gedachte is uitgegaan zoals De Hoge Raad in onder andere het *Fijn van Draat q.q./Crediet-Maatschappij*-arrest (HR 29 december 1933, *NJ* 1934, 343, m.nt. P. Scholten) overwoog. De Hoge Raad overwoog toen nog dat een vordering reeds bestaat als deze een onmiddellijke grondslag vindt in een rechtsverhouding tussen crediteur en debiteur van de vordering. Vgl N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 450.

Ook in dit kader geldt dat bestuursrechtelijke dwangsommen, in ieder geval door de civiele rechter, anders worden behandeld dan civielrechtelijke dwangsommen. Op grond van artikel 611e lid 1 Rv kunnen civielrechtelijke dwangsommen namelijk gedurende het faillissement niet worden verbeurd. Net als bij de voor faillissement verbeurde civielrechtelijke dwangsommen, valt daar veel voor te zeggen. Immers, in relatie tot de schuldenaar verliest de dwangsom in faillissement haar functie omdat de schuldenaar als gevolg van het bepaalde in artikel 23 Fw niet meer de op hem voor datum faillissement opgelegde last kan nakomen. Nakoming zal alsdan moeten geschieden door de curator. Op grond van artikel 26 Fw kan nakoming door de curator echter niet worden afgedwongen. Ook hier geldt daarom dat het toelaten in het passief van de bestuursrechtelijke dwangsommen die verbeuren tijdens het faillissement, niet zo zeer de gefailleerde maar vooral de overige schuldeisers in het faillissement treffen. Daar staat echter tegenover dat deze schuldeisers door het laten verbeuren van dwangsommen mogelijk zouden kunnen worden verrijkt, omdat de boedel door het niet-naleven van milieuvoorschriften potentieel wordt bevoordeeld: door het niet naleven van milieuvoorschriften is de boedel immers mogelijk rijker dan wanneer deze voorschriften zouden worden nageleefd, nu voor het naleven hiervan in de regel kosten zullen moeten worden gemaakt, die in dat geval uit de boedel moeten worden voldaan. In dit kader lijkt ons ook relevant, dat de overheid die aanspraak maakt op verbeurde dwangsommen, niet als (normale) schuldeiser moet worden gezien, maar als het handhavende bevoegde gezag. Er is naar onze mening dan ook niet zonder meer aanleiding

om artikel 611e Rv naar analogie toe te passen op bestuursrechtelijke dwangsommen die na het faillissement zijn verbeurd. Zoals wij hiervoor (“Ad (i)”) hebben opgemerkt, zien wij wel enige ruimte om dit artikel analoog toe te passen op dwangsommen die vóór faillissement zijn verbeurd.

Ad (iii) Vorderingen ter zake van kosten van bestuursdwang die voortvloeien uit een last onder bestuursdwang die reeds bestond voor datum faillissement waarbij de kosten van bestuursdwang vóór datum faillissement zijn gemaakt

Alhoewel voor zover ons bekend niet als zodanig in de jurisprudentie naar voren gekomen, lijkt het aannemelijk om vorderingen ter zake van kosten van bestuursdwang die voortvloeien uit een last onder dwangsom die reeds bestond voor datum faillissement waarbij de kosten van bestuursdwang vóór datum faillissement zijn gemaakt, op eenzelfde wijze te behandelen als voor datum faillissement verbeurde dwangsommen als gevolg van het niet nakomen van een opruimverplichting die reeds bestond voor datum faillissement. In dat geval zouden deze vorderingen vatbaar zijn voor verificatie als concurrente vorderingen.

De mogelijke bezwaren die kleven aan de verificatie van voor datum faillissement verbeurde bestuursrechtelijke dwangsommen (de vraag of het redelijk is deze in faillissement anders te behandelen dan civielrechtelijke dwangsommen), gaan in het geval van kosten van bestuursdwang niet op. Vorderingen uit hoofde van kosten van bestuursdwang betreffen immers vorderingen ter zake daadwerkelijk door het betreffende bestuursorgaan gemaakte kosten en niet -

zoals bij dwangsommen het geval is - louter om vorderingen met als doel een nakomingsprikkel te bewerkstelligen.

Ad (iv) Vorderingen ter zake van kosten van bestuursdwang die voortvloeien uit een last onder bestuursdwang die reeds bestond voor datum faillissement waarbij de kosten van bestuursdwang na datum faillissement zijn gemaakt

In de DIT uitspraak overwoog de ABRvS ter zake een aan de gefailleerde opgelegde last onder dwangsom als volgt in r.o. 4.3.:

“De last is een bij besluit opgelegde verplichting gericht aan de in dat besluit genoemde persoon, in dit geval DIT. De curatoren in het faillissement van DIT zijn verantwoordelijk voor naleving van de voor de inrichting geldende regels na het faillissement, maar hoeven geen zorg te dragen voor uitvoering van een niet aan hen, maar aan de gefailleerde, opgelegde last.”

Op grond van de DIT uitspraak lijkt het aannemelijk dat de ABRvS ter zake een last onder bestuursdwang die voor datum faillissement is opgelegd aan de later gefailleerde maar waarbij de kosten van bestuursdwang na datum faillissement zijn gemaakt en opeisbaar worden, op eenzelfde wijze zou oordelen. Wellicht maakt echter het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. dat de ABRvS thans een andere lijn zou volgen (zoals hiervoor reeds uiteengezet, zie “Ad (ii)”).

In de Thermphos zaak overweegt de civiele rechter in dat kader in r.o. 4.10:

“(..). Het komt er derhalve op neer dat opruimkosten die voortvloeien uit de verplichtingen op grond van de

milieuvergunningen en de KEW-vergunning geen boedelschuld zijn, voor zover deze verplichtingen reeds bestonden ten tijde van de faillietverklaring van TI.”

Dezelfde lijn inzake het oordeel dat geen sprake is van een boedelschuld valt te ontdekken in een uitspraak van het Hof van Cassatie van België.²⁶ In deze uitspraak overweegt het Hof van Cassatie van België dat verbintenissen die geen verband houden met het beheer van de boedel, niet kunnen leiden tot boedelschulden. Schulden die voortvloeien uit de opruimplicht ten gevolge van inbreuken op de milieuvergunning die werden begaan vóór datum faillissement waarvan de gevolgen nadien blijven voortduren en die niet verbonden zijn met het beheer en de vereffening van de boedel, leveren in beginsel geen schuld op van de boedel, aldus het Hof van Cassatie van België. In zijn annotatie onder voornoemd arrest wordt door Kortmann nog een nuance aangebracht, welke wellicht ook door het Hof van Cassatie van België werd bedoeld met de woorden “leveren in beginsel geen schuld op van de boedel”. Denkbaar is dat de boedel is gebaat bij de opruimwerkzaamheden, bijvoorbeeld indien de betreffende grond eigendom is van de failliet en in waarde stijgt als gevolg van de opruimwerkzaamheden. In dat geval is voorstelbaar dat op grond van een analogische toepassing van artikel 24 Fw sprake is van een boedelvordering ter zake de opruimkosten voor maximaal het bedrag van de waardevermeerdering als gevolg van de opruimwerkzaamheden. De boedel is in dat geval immers verrijkt ten koste van

²⁶ Zie Hof van Cassatie van België 23 januari 2015, JOR 2015/90 m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

degene die voor de opruiming heeft zorggedragen en heeft betaald.²⁷

Op grond van de eerder aangehaalde r.o. 4.9.1. van de Thermphos-uitspraak leveren dergelijke (opruim)kosten een concurrente vordering op in het faillissement, aldus de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.

Ook hier gaan de mogelijke bezwaren die kleven aan de verificatie van tijdens faillissement verbeurde bestuursrechtelijke dwangsommen (de vraag of het redelijk is deze in faillissement anders te behandelen dan civielrechtelijke dwangsommen) niet op omdat kosten van bestuursdwang vorderingen betreffen ter zake daadwerkelijk door het betreffende bestuursorgaan gemaakte kosten.

Ad (v) Verbeurde dwangsommen als gevolg van het niet nakomen door de curator van een last onder dwangsom die rechtstreeks aan hem is opgelegd

Zoals uit de eerder aangehaalde uitspraken van de ABRvS volgt is de curator uit hoofde van zijn bijzondere gezagsverhouding verantwoordelijk voor de naleving van de milieuvoorschriften. Dat brengt mee dat aan hem in zijn hoedanigheid van curator een last onder dwangsom kan worden opgelegd, ongeacht of de onderneming van de gefailleerde door hem wordt voortgezet. Wel zal daarbij overigens steeds moeten worden beoordeeld of ten tijde van het faillissement nog sprake was van een vergunningplichtige inrichting.²⁸

²⁷ In dezelfde zin: A. Steneker en A.J. Tekstra, 'De boedelschuldenlijst (II)', *FIP* 2015/8 368.

²⁸ Vgl. ABRvS 24 november 2009, 200908275/1/m2, LJN: BK5036, RI 2010, 19 (Van der Schee/Eemnes).

Hoewel het in de eerder aangehaalde Bavin-uitspraak ging om de toepassing van bestuursdwang, lijkt uit de overwegingen van de ABRvS, in het bijzonder rechtsoverweging 7.1, in samenhang met een andere uitspraak die door de ABRvS op dezelfde dag als de Bavin uitspraak is gedaan²⁹, te kunnen worden geconcludeerd dat de ABRvS van oordeel is dat zowel bij een last onder bestuursdwang als bij een last onder dwangsom, de betreffende vordering zal kwalificeren als een boedelvordering omdat dergelijke vorderingen het gevolg zijn van het handelen of nalaten van de curator in strijd met de uit hoofde van zijn hoedanigheid als curator op hem rustende verplichtingen om de milieuwetgeving na te leven.

De civiele rechter volgt voornoemde lijn van de ABRvS niet. In de Thermphos zaak acht de Rechtbank Zeeland-West-Brabant voor de kwalificatie van de vordering als boedelvordering van belang dat de betreffende onderneming door de curator is voortgezet (r.o. 4.11). Wordt daarentegen de onderneming door de curator niet voortgezet, dan kwalificeert naar het oordeel van de civiele rechter de vordering niet als een boedelvordering maar als een niet-verifieerbare vordering. In dit kader komt nog wel de vraag op wat door de Rechtbank Zeeland-West-Brabant concreet verstaat onder het 'voortzetten van de onderneming'. Kwalificeert het 'slechts' laten doordraaien van enkele installaties in de onderneming

²⁹ ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2752. In deze uitspraak oordeelde de ABRvS in r.o. 3.1. ten aanzien van de kosten om aan de last onder dwangsom te voldoen: "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".

reeds als voortzetten van de onderneming of is hiervoor noodzakelijk dat de curator de daadwerkelijke bedrijfsactiviteiten van de onderneming voortzet? Dit wordt uit de uitspraak niet duidelijk. In ieder geval lijkt de Rechtbank Zeeland-West-Brabant niet aan te sluiten bij de rechtspraak van de ABRvS, die ervan uitgaat dat de curator verantwoordelijk is voor de nakoming van milieuvorschriften zolang sprake is van een vergunningplichtige inrichting in de zin van de Wet milieubeheer. Daarvoor is niet van belang of de curator de exploitatie van de inrichting (lees: de onderneming) voortzet. Ook de enkele aanwezigheid van afvalstoffen kan bijvoorbeeld maken dat nog altijd sprake is van een vergunningplichtige inrichting. De aanwezigheid van deze opslag van (afval)stoffen is in dat geval bepalend en niet of er verdere handelingen met betrekking tot die opslag plaatsvinden.³⁰ Het voortzetten van de onderneming is dus niet zonder meer hetzelfde als het drijven van de inrichting - het laatste is, afhankelijk van de omstandigheden - ruimer, terwijl de curator voor dit laatste op grond van vaste rechtspraak van de ABRvS nu juist (ook) verantwoordelijk is.

De lijn die door de Rechtbank Zeeland-West-Brabant is ingezet vertoont gelijkenis met het al dan niet gestand doen van een overeenkomst ex artikel 37 Fw. Het gestand doen van een overeenkomst noopt de curator tot het stellen van zekerheid.³¹ In dit geval zou de geboden zekerheid dan het verkrijgen van een boedelvordering zijn.

³⁰ Vgl. o.a. ABRvS 18 februari 2013, JM 2013/35 met annotatie van T. van der Meulen.

³¹ In dezelfde zin: M. Moeliker, Bestuursrechtelijke handhaving in faillissement, *MvV 2015/3*, p. 86.

Daarnaast rijmt de lijn die door de Rechtbank Zeeland-West-Brabant is ingezet beter met de twee grondbeginselen van het faillissementsrecht: de *paritas creditorum*³² en het fixatiebeginsel³³ dan de lijn die door de ABRvS is ingezet. Volgt men de lijn van de ABRvS dan kan een bestuursorgaan, door het faillissement af te wachten en nadien een last onder dwangsom aan de curator op te leggen, als super bevoorrechte schuldeiser bewerkstelligen dat dwangsommen alsnog ten laste van de boedel worden verbeurd, terwijl dergelijke dwangsommen potentieel niet-verifieerbaar zouden zijn als de last onder dwangsom voor datum faillissement zou zijn opgelegd aan het op dat moment nog niet gefailleerde bedrijf en voor het geval dergelijke dwangsommen wel verifieerbaar zijn in rang slechts als concurrent worden aangemerkt. Het gevolg van de door de ABRvS ingezette lijn is dus dat schulden, verband houdende met de nakoming van milieuverplichtingen in een faillissement op die manier in de praktijk ten laste komen van de gezamenlijke schuldeisers. Dit werkt mogelijk 'strategisch' gedrag van bestuursorganen in de hand, ten koste van de gezamenlijke schuldeisers.³⁴

Om die reden zou wellicht wederom de vraag kunnen worden gesteld of voor de bestuursrechtelijke dwangsommen niet

³² Het uitgangspunt van de *paritas creditorum* is dat iedere schuldeiser wordt voldaan naar evenredigheid van de grootte van zijn vorderingsrecht.

Boedelschuldeisers gaan bij verhaal op de boedel voor ten opzichte van faillissementsschuldeisers.

³³ Het fixatiebeginsel (artikel 23 Fw) houdt in dat de schulden van de failliet in beginsel op de dag der faillietverklaring worden gefixeerd, hetgeen betekent dat door de failliet na datum faillissement gemaakte schulden niet worden meegenomen in de afwikkeling van het faillissement.

³⁴ Zie ook voetnoot 21.

hetzelfde zou moeten gelden als voor de civielrechtelijke dwangsommen, namelijk dat deze naar analogie van van artikel 611e lid 1 Rv niet kunnen verbeuren tijdens faillissement.

Daar staat echter tegenover dat het instrument van de last onder dwangsom in dat geval een lege huls zou worden, omdat als er toch geen dwangsommen (kunnen) worden verbeurd, hiervan geen enkele prikkel om milieuvoorschriften na te leven meer zou uitgaan. Niet alleen wordt hierdoor de boedel verrijkt - er hoeven dan immers geen kosten worden gemaakt voor het nakomen van die milieuvoorschriften, die normaal wel zouden (moeten) worden gemaakt - maar ook is het zo dat bevoegd gezag in dat geval in feite alleen het instrument van de last onder bestuursdwang resteert. Juist bij grote, complexere inrichtingen is dit veelal echter geen geschikt middel omdat, afhankelijk van het soort overtreding, de expertise of de capaciteit bij het bevoegd gezag ontbreekt om de overtreding zelf ongedaan te maken op kosten van de overtreder.³⁵ Dat laatste zal veelal overigens net zo goed voor een curator gelden, maar die is op grond van vaste rechtspraak van de ABRvS nu eenmaal verplicht tot het naleven van milieuvoorschriften. Een curator zal op grond hiervan zo nodig expertise of capaciteit moeten betrekken om aan die voorschriften te voldoen.

³⁵ Voor de last onder dwangsom kan uiteraard niet worden gekozen indien artikel 5:32 lid 2 Awb zich hiertegen verzet, bijvoorbeeld ingeval sprake is van zeer ernstige, spoedeisende milieu-overtredingen en het opleggen van last onder bestuursdwang een reëel, uitvoerbaar alternatief is.

Ad (vi) Vorderingen ter zake van kosten van bestuursdwang die voortvloeien uit een last onder bestuursdwang die rechtstreeks rust op de curator

In de Bavin zaak was de kwestie aan de orde waarin de last onder bestuursdwang rechtstreeks aan de curator was opgelegd.

Op grond van het arrest Koot

Beheer/Tideman q.q. oordeelde de ABRvS dat daarom sprake is van een situatie als beschreven in de derde categorie, te weten schulden die het gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. De ABRvS komt aldus tot het oordeel dat ter zake de kosten van bestuursdwang sprake is van een boedelschuld. Hiervoor is al opgemerkt dat de vraag kan worden opgeworpen of dit aansluit bij de bedoelingen van de Hoge Raad.

Gelet op de Thermphos uitspraak zal de civiele rechter hierover waarschijnlijk genuanceerder oordelen. In die zaak achtte de Rechtbank Zeeland-West-Brabant voor de kwalificatie van de vordering als boedelvordering immers van belang dat de betreffende onderneming door de curator is voortgezet (r.o. 4.11). Wordt daarentegen de onderneming door de curator niet voortgezet, dan kwalificeert naar het oordeel van de civiele rechter de vordering niet als een boedelvordering maar als een niet-verifieerbare vordering. Daarvan uitgaande zou dit laatste ook aan de orde kunnen zijn indien de inrichting als zodanig nog wel wordt gedreven, maar de zich binnen die inrichting bevindende onderneming niet wordt voortgezet.

Ook hier gaan de mogelijke bezwaren die kleven aan de verificatie van tijdens faillissement verbeurde bestuursrechtelijke dwangsommen (de vraag of het redelijk is deze in faillissement anders te behandelen dan civielrechtelijke dwangsommen) niet op omdat kosten van bestuursdwang vorderingen betreffen ter zake daadwerkelijk door het betreffende bestuursorgaan gemaakte kosten.

De balans opgemaakt

Zoals blijkt uit de hiervoor besproken uitspraken inzake Bavin en Thermphos wordt door de bestuursrechter een andere afweging gemaakt dan door de civiele rechter. Interessant is wel dat zowel inzake Bavin als inzake Thermphos door de rechter het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. als uitgangspunt wordt genomen, zij het dat zij, ondanks ditzelfde uitgangspunt, tot een ander resultaat komen. De verschillende uitkomsten komen voort uit de manier waarop de derde categorie uit Koot Beheer/Tideman q.q. (schulden die het gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting) wordt uitgelegd.

De redenering van de ABRvS komt erop neer dat de schulden die voortvloeien uit lasten opgelegd aan de curator reeds onder categorie 3 van Koot Beheer/Tideman q.q. vallen, omdat de curator verantwoordelijk is voor de naleving van de milieuverplichtingen. Door de ABRvS wordt derhalve de derde categorie van het Koot Beheer/Tideman q.q. arrest breed uitgelegd.³⁶

³⁶ Naar de mening van Tekstra zelfs te breed, hij vraagt zich in zijn annotatie onder ABRvS 23 juli

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant past bij haar beoordeling zowel categorie 2 (schulden die door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, waaronder is te verstaan dat de curator de schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht in de zin van de artikel 3:33 en 3:35 BW) als categorie 3 uit Koot Beheer/Tideman q.q. toe. Beide categorieën worden echter door de rechtbank minder breed uitgelegd dan door de ABRvS. De rechtbank oordeelt dat voor toepassing van een van beide categorieën noodzakelijk is dat de betreffende kosten worden veroorzaakt door de voortzetting van de onderneming door de curator. Dat is niet hetzelfde als het drijven van de inrichting: van dit laatste zal veel eerder sprake (kunnen) zijn.

Het is dan ook wachten totdat door Hoge Raad de categorieën zoals door hem geformuleerd in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. nader worden gepreciseerd. Dan zal duidelijk worden of en onder welke voorwaarden handhavingsvorderingen als boedelschuld kunnen worden aangemerkt. Uiteindelijk zal de beoordeling van de Hoge Raad neerkomen op een beantwoording van de vraag ten laste van wie deze kosten dienen te komen; ten laste van de gezamenlijke schuldeisers of ten laste van het handhavende bestuursorgaan en – in het verlengde daarvan – ten laste van de samenleving.

De vraag of vorderingen van handhavende overheden al dan niet een boedelschuld opleveren, is in de praktijk overigens alleen

2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, JOR 2015/19 af of de Hoge Raad categorie 3 wel zo ruim heeft bedoeld, zeker nu de ABRvS ook nog gedrag van anderen aan de curator toerekent.

relevant in geval van een (deels) toereikende boedel. Is immers sprake van een negatieve boedel, dan zullen de kosten van het handhavende bestuursorgaan hieruit niet kunnen worden voldaan, ongeacht de status van de daarmee verband houdende vordering. Op de situatie van een negatieve boedel gaan wij hieronder nader in.

6. Hoe om te gaan met een negatieve boedel?

Met enige regelmaat treft de curator als onderdeel van dit vermogen zaken aan waarvan bij voorbaat vaststaat dat de waarde per saldo negatief is, zoals bijvoorbeeld verontreinigde grond in een situatie waarbij de boedel ontoereikend is om de boedelkosten te voldoen.

Onder andere door Van Hees wordt verdedigd dat de curator, gelet op zijn taak om het vermogen van de gefailleerde te beheren en te vereffenen ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren, niet zonder meer kan worden aangemerkt als beheerder van dergelijke zaken met een negatieve waarde.³⁷ Wel meent hij dat van de curator, vanuit de algemene zorgvuldigheidsverplichting die op hem rust, verwacht mag worden dat hij anderen, en dan met name de bevoegde autoriteiten,

³⁷ In die zin: A. van Hees in zijn annotatie onder ABRvS 25 oktober 1996, *JOR* 1997/41. Zie ook L.I. Couwenberg en P.J. Peters, De vereffening van de boedel, in: *Praktijkboek Insolventierecht deel 7*, p.44 die menen dat de verplichting tot vereffening niet een zodanige verplichting op de curator legt dat hij verplicht is om dit de verontreinigde grond eerst te laten saneren en vervolgens met een negatieve uitkomst te verkopen. De baten van de boedel zouden aldus op negatieve wijze worden beïnvloed, met als gevolg benadeling van de schuldeisers.

informeert en in de gelegenheid stelt de nodige maatregelen te treffen.

Volgens de rechtspraak van de ABRvS is de vraag wat in het concrete geval van de curator mag worden verwacht, afhankelijk van de voorvraag of er nog milieuverplichtingen zijn die moeten worden nagekomen. Zijn die er wel, dan is de curator voor de naleving hiervan verantwoordelijk. Dat is bij verontreinigde grond niet zonder meer het geval. Er kan immers sprake zijn van historische (vóór 1 januari 1987 veroorzaakte) verontreiniging, die weliswaar ernstig is, maar waarvan de sanering niet als spoedeisend is aangemerkt. In dat geval bestaat er in beginsel geen verplichting om tot sanering over te gaan. Is er sprake van een geval van historische bodemverontreiniging die niet alleen ernstig is, maar waarbij sanering ook spoedeisend is, dan zou er wel een verplichting tot sanering kunnen gelden (vgl. artikel 55b Wbb) of kunnen worden opgelegd (artikel 43 Wbb). Voor een nieuw (want op of na 1 januari 1987 veroorzaakt) geval van bodemverontreiniging, geldt zonder meer een saneringsverplichting (vgl. artikel 13 Wbb en voor zover van toepassing de relevante voorschriften van de omgevingsvergunning die voor de betreffende inrichting is verleend).

Is er nog sprake van een inrichting, dan zal de curator volgens de rechtspraak van de ABRvS de relevante vergunningvoorschriften dienen na te leven, totdat aan alle verplichtingen is voldaan. Doet de curator dit niet, dan zou het bevoegd gezag tot handhaving kunnen overgaan en in de regel -

gezien de beginselplicht tot handhaving³⁸ - zelfs ook tot handhaving moeten overgaan: het vooruitzicht dat de hiermee samenhangende kosten niet kunnen worden verhaald is als zodanig in beginsel immers geen reden om van handhaving af te (kunnen) zien. Dit komt concreet erop neer dat bestuursdwang moet worden toegepast: een last onder dwangsom is immers zinloos ingeval de boedel geen verhaal biedt voor verbeurde dwangsommen. De kosten voor de toepassing van bestuursdwang komen in dat geval echter voor rekening van het bevoegd gezag, omdat de boedel ook voor deze kosten geen verhaal zal bieden. Het is dan dus toch de gemeenschap die betaalt. Om die reden is er naar onze mening geen reden of rechtvaardiging om in de hiervoor beschreven situatie, het faillissement in stand te laten louter omdat er nog milieuverplichtingen moeten worden nagekomen door, in dat geval de curator. In feite komt het er dan immers toch op neer dat het bevoegde gezag - en dus de gemeenschap - voor de naleving van die milieuverplichtingen zal moeten betalen. Het in stand laten van het faillissement heeft dan veel weg van een rituele dans. Wij menen dan ook dat, in een situatie zoals hiervoor beschreven, het voortbestaan van milieuverplichtingen er niet aan in de weg staat dat het faillissement wordt opgeheven vanwege een gebrek aan baten.

In dat geval wordt de betreffende rechtspersoon ontbonden (artikel 2:19 lid 1 onder c BW). Als gevolg van deze ontbinding, is verdedigbaar de Staat op grond van artikel 5:24 BW van rechtswege eigenaar van de grond (de rechtspersoon/eigenaar bestaat

³⁸ Zie in het bijzonder ABRvS 7 juli 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AP8242, JAF 2004/55, m.nt. Van der Meijden, waarin de beginselplicht tot handhaving voor het eerst door de ABRvS is onderkend.

immers niet meer).³⁹ In de praktijk zal deze situatie overigens niet snel voorkomen, omdat in de regel een minnelijke oplossing wordt gevonden, waarbij de betrokken overheidslichamen hun verantwoordelijkheid nemen.⁴⁰

7. Tot slot

Tot het moment dat de Hoge Raad zich heeft uitgelaten over de status van vorderingen van handhavende overheden in faillissement, blijft op dit punt onduidelijkheid bestaan, zowel omtrent de vraag welke rechter bevoegd is te oordelen over de betreffende status alsmede over de vraag wanneer sprake is van een boedelvordering, wanneer van een concurrente vordering en wanneer van een niet verifieerbare vordering. Zoals in dit artikel uiteengezet kunnen beide vragen uiteenlopend worden beantwoord, hetgeen thans ook gebeurt in de civiele en de bestuursrechtelijke rechtspraak. Het blijft dus wachten op het verlossende woord van de Hoge Raad.

³⁹ Deze oplossing wordt ook door L.I. Couwenberg en P.J. Peters aangedragen in Praktijkboek Insolventierecht deel 7 op p.44.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld de gang van zaken rondom de Stort van Troost in de Sliedrechtse Biesbosch: <http://dordtcentraal.nl/actueel/doorbraak-rond-stort-van-troost/>

