

ANNOTATIE

Milieurechtelijke handhavingsschulden zijn (altijd?) boedelschuld

mr. I.F.M. Lakwijk

Annotatie bij Hoge Raad, 04-06-2021, ECLI:NL:HR:2021:833 (INS-2021-0167)

Handhavingsschulden ontstaan tijdens faillissement wegens overtreding van milieuwetgeving zijn boedelschuld. Er valt wat voor te zeggen om een uitzondering op deze regel te aanvaarden om strategische handhaving te voorkomen.

Op grond van artikel 68 lid 1 Faillissementswet treedt de faillissementscurator niet alleen op als vereffenaar, maar ook als *beheerder* van het vermogen van de gefailleerde. Als de gefailleerde een onderneming drijft, wordt de curator op het moment van zijn aanstelling dus ook de beheerder van die onderneming.

Als voor de te beheren onderneming verplichtingen gelden in het kader van milieuwetgeving (hetzij rechtstreeks op basis van algemene wet- en regelgeving, hetzij in de vorm van voorwaarden die verbonden zijn aan een bepaalde vergunning), heeft de faillissementscurator zich daar vanaf het moment van de faillietverklaring ook aan te houden. Als gevolg van zijn taak als beheerder wordt de faillissementscurator de normadressaat van de voor de onderneming geldende milieuwetgeving. Dit is vaste rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) en sinds 2018 ook van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) (zie onder meer ABRvS 11 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:ZF2839 (*Alvat*); ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261 (*DIT*); ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728 (*Bavin*) en CBB 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:405).

Dat de curator bij het uitoefenen van zijn taak de milieuwetgeving niet zomaar aan zijn laars

mag lappen en in het kader van de vereffening van de boedel dus niet actief milieudelicten in het leven mag roepen, ligt gevoelsmatig voor de hand. Het idee dat van de curator ook verlangd kan worden dat hij in actie komt (en kosten maakt) om reeds bestaande milieuovertredingen van de gefailleerde onderneming ongedaan te maken en/of vergunningsvoorwaarden te vervullen, is voor insolventierechtjuristen – in het licht van het fixatiebeginsel en het ‘recht op wanprestatie’ dat wel aan de curator pleegt te worden toegedicht – minder evident.

Uit de hierboven genoemde vaste rechtspraak van de ABRvS en CBB volgt dat *in bestuursrechtelijke zin* van de curator wel degelijk actie kan worden verlangd om milieuverplichtingen van de door hem beheerde onderneming of ‘inrichting’ te vervullen, door oplegging van een bestuursrechtelijke last aan de curator. Uit dezelfde rechtspraak volgt dat zo’n last bij niet-naleving ook rechtsgeldig (door middel van een invorderingsbeschikking of een kostenverhaalbeschikking) kan worden omgezet in een geldvordering tegenover de curator q.q.

De vraag hoe dergelijke geldvorderingen (hierna te noemen: handhavingsschulden) *in faillissementsrechtelijke zin* gekwalificeerd moeten worden, heeft de juridische pennen geruime tijd in beweging gehouden. Zie bijvoorbeeld: G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, ‘Bestuursrechtelijke handhaving ingeval van faillissement’, *NJB* 1999, p. 776; de noot van F.M.J. Verstijlen bij *NJ* 2013/291; A. Pommer & M.J.W. van Ingen, ‘De curator als milieuvervuiler. De positie van de curator bij bestuursrechtelijke handhaving van milieuvoorschriften’, *TvC* 2014/1; M. Moeliker, ‘Bestuursrechtelijke handhaving in faillissement’, *MvV* 2015/3; A. Steneker & A.J. Tekstra, ‘De boedelschuldenlijst (II)’, *FIP* 2015/8; E.H.P. Brans & J.H. van der Weide, ‘Faillissement en milieu. Waartoe is de curator gehouden na faillissement van de onderneming?’, *Gst.* 2016/42, p. 220-224; A. Pommer & M.J.W. van Ingen, ‘Wie boven het bestuurs- en faillissementsrecht uitstijgt, ziet de eenheid’, *TvC* 2016/5-6 en T.R. Bleeker, ‘Over drijven’, *TGMA* 2019, afl. 3.

Duidelijkheid scheppende rechtspraak was node gewenst en is nu door de Hoge Raad gegeven.

Stap 1: afgrenzing taak bestuursrechter en formele rechtskracht

Er is al eens eerder door een curator gepoogd om prejudiciële vragen over dit onderwerp aan de Hoge Raad voor te leggen, namelijk in de *Thermphos*-zaak (ECLI:NL:RBZWB:2014:1960). De rechtbank koos er toen echter voor om de vraag naar de kwalificatie van de handhavingsschulden direct zelf te beantwoorden en besliste dat handhavingsschulden *geen* boedelschulden zijn, als ze *geen* betrekking hebben op een milieuovertreding (van de curator

zelf) in het kader van een voortzetting van de onderneming tijdens faillissement. Nog geen half jaar later gaf de ABRvS ook een beslissing over de vraag of handhavingsschulden boedelschuld zijn, in de *Bavin*-zaak (ECLI:NL:RVS:2014:2728). De ABRvS besliste dat handhavingskosten in verband met een milieuverontreiniging die was ontstaan na faillissementsdatum, doch *zonder* dat de curator de onderneming had voortgezet, toch een boedelschuld vormen.

Op die beslissing van de ABRvS is onder meer als kritiek gekomen dat het niet aan de bestuursrechter is om over de kwalificatie als boedelschuld te beslissen, omdat dit binnen het domein van de burgerlijke rechter valt (zie bijvoorbeeld de noot van A.J. Tekstra in *JOR* 2015/19). In de zaak van de Ridderkerkse Taxicentrale heeft de gemeente juist het tegenovergestelde betoogd, namelijk dat als de kwalificatie van de curator als 'overtreder' in een bestuursrechtelijke procedure vast is komen te staan, 'vanwege de formele rechtskracht niet daarna in een civielrechtelijke procedure kan worden geoordeeld dat die schulden niét kwalificeren als boedelschulden in het faillissement' – zulks leidend tot de tweede prejudiciële vraag die aan de Hoge Raad werd voorgelegd.

De Hoge Raad heeft nu in zijn arrest buiten twijfel gesteld dat de kwalificatie van vorderingen in faillissement is voorbehouden aan de burgerlijke rechter. Onder verwijzing naar zijn uitspraak van 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:661) bevestigt de Hoge Raad dat formele rechtskracht alleen toekomt aan het oordeel van de bestuursrechter over de geldigheid van een besluit, niet aan de inhoudelijke overwegingen die daaraan ten grondslag liggen. Klaarblijkelijk komt er volgens de Hoge Raad ook geen formele rechtskracht toe aan *oordelen* van de bestuursrechter die niet de geldigheid, maar andere (civielrechtelijke) *gevolgen* van het besluit betreffen.

Stap 2: eindelijk een *hard & fast rule*

Bij de beantwoording van prejudiciële vragen 1 en 3 heeft de Hoge Raad gekozen voor een heldere en eenvoudige regel: handhavingsschulden die voortvloeien uit het niet-naleven van een aan de curator (q.q.) opgelegde last, zijn boedelschulden, ongeacht de aard van de milieuverplichting waar de last betrekking op had en ongeacht de duur of het tijdstip van de gebeurtenis die tot de last aanleiding gaf.

Maar: wat betekende vraag 3 onder e?

De allerlaatste prejudiciële vraag, vraag nummer 3 onder e, is een grammaticale breinbreker. De strekking van de vraag laat zich niet zo eenvoudig doorgronden. De advocaat-generaal gaat er in zijn conclusie van uit dat partijen het oog hadden op de hypothetische situatie dat er voor een en dezelfde overtreding tegelijkertijd zowel een last onder dwangsom als een last onder

bestuursdwang zou zijn opgelegd (ECLI:NL:PHR:2021:187, nr. 4.32). Die situatie kan zich echter op grond van artikel 5:32 Awb niet voordoen, zodat de advocaat-generaal niet verder op de vraag ingaat.

Als we kijken naar de tekst van vraag 3 onder e in samenhang met de laatste zin van r.o. 4.10 in het vonnis van de rechtbank Rotterdam (doch zonder inzage te hebben in de processtukken van partijen), is echter ook een andere lezing van de vraag denkbaar. Misschien zag de vraag wel op de situatie waarin een bestuursorgaan:

reeds in de periode vóór het faillissement bevoegd en in staat was om bestuursdwang toe te passen en een kostenbeschikking te nemen (die dan als concurrente faillissementsschuld zou gelden),
dat toen echter niet gedaan heeft,
maar in plaats daarvan pas na faillissement is gaan handhaven en toen aan de curator eerst een last onder dwangsom heeft opgelegd,
om daarna (na het ‘vollopen’ van de dwangsommen) alsnog tegenover de curator bestuursdwang toe te passen.

In het literatuurdebat over de vraag of dwangsommen voortvloeiend uit op de curator rustende milieuverplichtingen boedelschulden zijn, hebben verschillende auteurs gesignaleerd dat bij onverkorte acceptatie van alle handhavingsschulden als boedelschuld een risico bestaat dat bestuursorganen de last onder dwangsom strategisch gaan inzetten. Als het bestuursorgaan het maken van kosten voor bestuursdwang uitstelt totdat er eerst een flink bedrag aan dwangsommen is verbeurd, kan het bestuursorgaan immers in totaal met een grotere vordering als boedelschuldeiser opkomen (zie bijvoorbeeld F.A. Pommer & M.J.W. van Ingen, ‘De curator als milieuvervuiler. De positie van de curator bij bestuursrechtelijke handhaving van milieuvoorschriften’, *TvC* 2014/1, p. 5-6 en F.A. Pommer & M.J.W. van Ingen, ‘Wie boven het bestuurs- en faillissementsrecht uitstijgt, ziet de eenheid’, *TvC* 2016/5-6, p. 185).

Uiteraard verbieden artikel 3:3 Awb en artikel 5:32 lid 2 Awb een zuiver opportunistische inzet van handavingsbevoegdheden. Toch zou het niet zo gek zijn als de curator van RTC aan de Hoge Raad de vraag had willen voorleggen of boedelschulden uit hoofde van milieuhandhaving niet per definitie gemaximeerd moeten worden tot de kosten van bestuursdwang, indien vóór faillissementsdatum de optie tot handhaving reeds voor het bestuursorgaan openstond. Als je wilt dat een bepaald verschijnsel zich echt niet voordoet, is het immers beter om het onmogelijk te maken, dan om het achteraf te verbieden.

Een dergelijke begrenzing van de acceptatie van handhavingsschulden als boedelschuld zou weliswaar iets hebben afgedaan aan de prettige eenvoud van de nu door de Hoge Raad gekozen insteek, maar toch ook weer niet zo veel. Alleen in die gevallen, waarin de curator zou kunnen aantonen dat een geconstateerde milieuovertreding al voor het faillissement bij het bestuursorgaan bekend was, zou het bestuursorgaan alleen voor de kosten van bestuursdwang als boedelschuldeiser kunnen opkomen. In ieder ander geval zouden alle handhavingsschulden uit aan de curator opgelegde lasten als boedelschuld kwalificeren.

Misschien is het laatste woord er toch nog niet over gezegd.