

Faillissement en milieu. Waartoe is de curator gehouden na faillissement van de onderneming?

Gst. 2016/42

1. Inleiding

Het komt bij milieu-incidenten van enige omvang regelmatig voor dat de onderneming die als overtreder kan worden aangemerkt, de financiële lasten van zo'n incident niet kan dragen en failliet gaat. Een voorbeeld ervan is Chemie-Pack Nederland B.V. Bij dit bedrijf vond in januari 2011 een aanzienlijke brand plaats, ten gevolge waarvan oppervlaktewateren en de bodem zwaar verontreinigd raakten. De totale schade wordt geraamd op zo'n € 60 miljoen. Iets vergelijkbaars had zich kunnen voordoen bij het bedrijf in Roermond, waar in december 2014 een loods afbrandde en asbest vrijkwam die zich verspreidde over de binnenstad. Het zou ook aan de orde kunnen zijn in Westland, waar de kosten van asbestverwijdering nog verhaald moeten worden op de eigenaars van de loods die daar in januari 2015 afbrandde en waar asbest zich verspreidde over een woonwijk.

Wat ook voorkomt zijn ondernemingen die op het moment van faillissement een aanzienlijke hoeveelheid (potentieel) verontreinigende en milieugevaarlijke stoffen achterlaten dan wel machines en gebouwen die zwaar zijn verontreinigd met dergelijke stoffen. Een voorbeeld van een dergelijke situatie is Thermphos International B.V., maar er zijn veel meer kleine en grote ondernemingen die recentelijk zijn gefailleerd en waarbij een aanzienlijke milieulast is achtergelaten.

De vraag die zich in deze situaties voordoet, is wat gegeven de veelal na faillissement aanwezige beperkte financiële middelen, van de curator mag worden verwacht. Is de curator gebonden aan de voorwaarden die zijn opgenomen in de aan de failliet verleende omgevingsvergunning en is de curator gehouden overeenkomstig de in de diverse wetten opgenomen zorgplichten te handelen?

Ook bestuursorganen zien zich in dergelijke situaties geplaatst voor lastige keuzes. In de jurisprudentie is al geruime tijd geleden uitgemaakt dat aan een curator een last onder dwangsom of bestuursdwang kan worden opgelegd, maar onder welke voorwaarden kan dat en moet rekening gehouden worden met de beperkte financiële middelen die veelal na faillissement resteren? En hoe om te gaan met een reeds voor faillissement opgelegde last? Levert die last een boedelschuld op?

In deze bijdrage zal aan de hand van jurisprudentie van zowel de bestuursrechter als de burgerlijke rechter, het kader worden geschetst dat van toepassing is als na faillissement wordt geconstateerd dat (nog steeds) niet wordt voldaan aan de vereisten van een aan de gefailleerde verleende

vergunning of aan vereisten die voortvloeien uit wet- en regelgeving en/of er een milieuverontreiniging is of dreigt te worden veroorzaakt en schadebeperkende maatregelen noodzakelijk zijn. Ook zal aandacht worden besteed aan de rang en status in het faillissement van vóór en na faillissementsdatum opgelegde lasten.

2. Curatoren en milieuverplichtingen

2.1 *Beginselplicht tot handhaving*

In situaties waarbij milieuverontreiniging is of dreigt te worden veroorzaakt, is veelal handhaving geboden. Daarbij is uitgangspunt, mede gezien de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling), dat in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift, het bestuursorgaan dat bevoegd is om met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, van deze bevoegdheid gebruikmaakt.² Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van handhaving worden afgezien.

Indien de overtreder in staat van faillissement verkeert, doet zich de vraag voor jegens wie er gehandhaafd kan worden. Handhaving jegens de gefailleerde is weinig zinvol aangezien deze natuurlijke- of rechtspersoon beheers- en beschikkingsbevoegdheid over zijn vermogen verliest. De bij de faillietverklaring benoemde curator heeft de taak het vermogen van te beheren en te vereffenen, maar beschikt veelal over beperkte financiële middelen. Toch is er een uitgebreide bestuursrechtelijke jurisprudentie waaruit volgt dat er in veel situaties met succes jegens de curator kan worden gehandhaafd.

2.2 *Vergunningsvoorwaarden*

De Afdeling heeft zich herhaaldelijk uitgesproken over de verantwoordelijkheid van curatoren voor de naleving van milieuverplichtingen. Zo heeft de Afdeling in de Alvat-uitspraak uit 1997 en de Maasdriel-uitspraak uit 2007 bepaald dat de curator, wanneer een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer onderdeel is van de failliete boedel, vanaf het moment van de faillietverklaring in zijn hoedanigheid van curator verantwoordelijk is voor de naleving van de voor die inrichting geldende milieuwetgeving.³ Dit brengt mee dat een curator kan worden aangesproken op niet naleving van de voorschriften die zijn verbonden aan een ten behoeve van de inrichting verleende milieuvergunning.

De Afdeling heeft het voorgaande bevestigd in een uitspraak van 13 februari 2013⁴:

¹ Beiden zijn advocaat en werkzaam bij Pels Rijcken. Met dank aan Katrien Winterink en Janneke Verburg.

² Zie recentelijk ABRvS 23 september 2015, 201408177/1/A1.

³ ABRvS 11 juni 1997, JOR 1997/105 (Alvat) en ABRvS 9 mei 2007, AB 2008/132 (Maasdriel).

⁴ ABRvS 13 februari 2013, JOR 2013/157.

“Zoals uit de uitspraken van de Afdeling van 11 juli 1997 (...) en van 9 mei 2007 (...) 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 de jurisprudentie van de Afdeling volgt dat curatoren ook gehouden zijn vergunningvoorschriften na te leven indien de curatoren de onderneming niet voortzetten en dus met hetgeen in de boedel aanwezig is, geen activiteiten meer verrichten zoals de failliet dat deed vóór faillissement.⁵

Bovengenoemde uitspraken van de Afdeling zagen steeds op milieuverplichtingen die voortvloeiden uit zaaks- of inrichting gebonden milieuvergunningen. Interessant is nu dat de Afdeling heeft uitgemaakt dat het voorgaande ook heeft te gelden indien aan de failliet een persoonsgebonden vergunning is verleend, zoals het geval is indien op basis van de Kernenergiewet een vergunning is verleend:

“Uit de uitspraak van 23 juli 2014, in zaak nr. 201307728/1/A4, volgt 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. Daartoe behoort in dit geval mede de verplichting om de aan Thermphos verleende Kernenergiewetvergunning na te leven. Dat die vergunning persoonsgebonden is, maakt dit niet anders.”⁶

Het maakt dus niet uit of de vergunning geldt voor iedere drijver van de inrichting (waartoe ook een curator kan worden gerekend ook al zet hij de onderneming van de failliet niet voort). Een curator is ook gehouden tot nakoming van een persoonsgebonden vergunning, indien die vergunning aan de gefailleerde is verleend. Dat is nieuw in die zin dat op dit punt tot half 2014 nog geen duidelijkheid bestond. Overigens geeft de Afdeling aan dat de rechtvaardiging voor de gemaakte keuze is gelegen in het algemeen belang dat gemoeid is met de naleving van milieuvoorschriften.⁷

2.3 Zorgplichten

Bovenstaande jurisprudentie ziet op de naleving van de aan omgevingsvergunningen verbonden voorschriften. Er is echter inmiddels ook jurisprudentie waaruit volgt dat de curator is gehouden zorgplichten na te komen. Wij wijzen hier op de uitspraak van de Afdeling van 23 juli 2014 in een procedure van de curator van Bavin B.V. tegen het dagelijks bestuur van een waterschap.⁸ Het betreft een casus waarbij

ten gevolge van de brand bij Bavin en de daaropvolgende brandbestrijding door de brandweer, een nabijgelegen oppervlaktewaterlichaam verontreinigd is geraakt.

Eerste interessante element van de uitspraak is dat, net als bij Chemie-Pack, de Afdeling oordeelt dat de nadelige gevolgen van bluswerkzaamheden van de brandweer – hier de verontreiniging door verontreinigd bluswater van een sloot – kunnen worden toegerekend aan in dit geval de curator.⁹

Een tweede interessant element is dat de Afdeling oordeelt dat doordat de curator heeft nagelaten het oppervlaktewaterlichaam te schonen, artikel 6.2 Waterwet is geschonden. Er is zonder vergunning verontreinigd materiaal geloosd op het oppervlaktewater. In de uitspraak wordt ook verwezen naar de in de Waterwet opgenomen zorgplichtbepaling – artikel 6.8 Waterwet –, maar de zaak wordt primair afgedaan op grond van artikel 6.2 Waterwet. Gezien hetgeen wordt overwogen in overweging 6 van de uitspraak, is er geen reden om aan te nemen dat niet ook op basis van een schending van een zorgplichtbepaling jegens een curator kan worden gehandhaafd.

Het voorgaande is uiteraard van belang in die zin dat nu reeds veel milieuwetten zorgplichtbepalingen kennen – de Wet bodembescherming, de Wet Milieubeheer, de Woningwet, etc. –, maar het de verwachting is dat er de toekomstige Omgevingswet er nog meer zijn opgenomen.

2.4 Tussenconclusie

Uit het voorgaande volgt dat het zeer wel mogelijk is om jegens een curator te handhaven. Het in staat van faillissement verkeren van een overtreder is derhalve geen reden af te zien van handhaving. Wel moet worden opgemerkt dat lasten die vóór faillissement zijn opgelegd aan de toen nog niet failliete natuurlijke- of rechtspersoon, de curator niet raken. Handhaving jegens een curator kan derhalve alleen succesvol zijn als (opnieuw) lasten worden opgelegd aan de curator.

3. Faillissementsrecht

3.1 Inleiding

Uit voorgaande bestuursrechtelijke jurisprudentie volgt zonder meer dat handhaving jegens curatoren mogelijk is, maar daarmee is nog niet gezegd dat kostenverhaal feitelijk mogelijk is als een bestuursorgaan uitvoering geeft aan een last onder bestuursdwang die aan een curator is opgelegd. Hetzelfde geldt voor dwangsommen die een curator verbeurt als hij geen uitvoering geeft aan een last onder dwangsom. Om te beoordelen of dit mogelijk is, moet nader worden ingegaan op het faillissementsrecht.

Een curator is op grond van artikel 68 Faillissementswet (Fw) vanaf het moment van benoeming door de rechtbank belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Die boedel is een afgescheiden vermogen en kan drager zijn van eigen rechten en verplichtingen.¹⁰ De boedel neemt,

5 ABRvS 11 juni 1997, *JOR* 1997/105 (*Alvat*).

6 ABRvS 23 juli 2014, *M en R* 2014/156, m.nt Brans en Van der Weide.

7 ABRvS 23 juli 2014, *M en R* 2014/156, m.nt Brans en Van der Weide.

8 ABRvS 23 juli 2014, *M en R* 2014/155.

9 Zie ABRvS 22 januari 2014, *JM* 2014/34, m.nt. Onrust en Kortmann. Zie in vergelijkbare zin ABRvS 15 oktober 2008, 200707345/1.

10 Zie: Memorie van Toelichting, Van der Feltz, I, p. 7 en F.M.J. Verstijlen, *De Faillissementscurator*, p. 41.

net als een natuurlijke personen of rechtspersonen, deel aan het rechtsverkeer. De boedel kan uit dien hoofde zelf nieuwe verplichtingen aangaan of opgelegd krijgen.

3.2 *Het onderscheid tussen boedelschulden en faillissementsschulden*

Het onderscheid tussen (1) de verplichtingen van de gefailleerde; en (2) de *eigen* verplichtingen van de boedel, is van groot belang.

Voor (1) de verplichtingen van de gefailleerde (de faillissementsschulden) kent de Faillissementswet een uitgebreide regeling. De schuldeisers dienen hun vorderingen op de gefailleerde ter verificatie in bij de curator. De curator plaatst deze vervolgens op een lijst. Indien het saldo van de boedel daartoe aanleiding geeft, meestal pas bij het einde van het faillissement, worden deze vorderingen in een verificatievergadering vastgesteld waarna de curator een uitdelingslijst opstelt. Pas nadat de uitdelingslijst verbindend is geworden, komt de curator toe aan een uitkering op de faillissementsschulden.

Niet alle verplichtingen van de gefailleerde doen op dezelfde wijze mee in het faillissement. Sommige verplichtingen hebben een hogere rangorde dan andere verplichtingen. Bekende voorbeelden van voorrang die verbonden kunnen zijn aan schulden van de gefailleerde zijn het fiscale voorrecht, of het voorrecht dat verbonden is aan loonvorderingen van werknemers. Er zijn ook verplichtingen van de gefailleerde die in het geheel niet meedoen in het faillissement. Deze vorderingen zijn dan niet-verifieerbaar. Een bekend voorbeeld van een niet-verifieerbare vordering is de rente die de gefailleerde na faillissementsdatum verschuldigd is.

Een curator is niet gehouden om verplichtingen van de gefailleerde na te komen. Dit geldt ook voor de betaling van een vóór faillissement verbeurde dwangsom. De curator kan zich ten opzichte van iedere schuldeiser van de gefailleerde op het standpunt stellen dat de vordering uitsluitend ter verificatie in het faillissement kan worden ingediend.¹¹

Voor de (2) eigen verplichtingen van de boedel (de boedelschulden) geldt een heel ander regime. Voor de voldoening van boedelschulden bevat de Faillissementswet weliswaar geen eigen regeling, maar blijkt de wetsgeschiedenis bij de Faillissementswet leveren de boedelschulden een rechtstreekse aanspraak op de boedel op, die onmiddellijk door de curator dienen te worden voldaan zonder dat ze behoeven te worden geverifieerd.¹²

De enige rechtvaardiging voor een curator om een boedelschuld niet direct te betalen, is door de Hoge Raad verwoord in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*.¹³ De Hoge Raad heeft in dat arrest geoordeeld dat indien sprake is van een negatieve boedel (dat wil zeggen: als de boedelschulden meer bedragen dan het totale boedelactief), de curator alle boedelschuldeisers in beginsel naar evenredigheid van de omvang van hun vordering moet voldoen, behoudens als aan een boedelschuld weer voorrang is verbonden. De boedel

moet dan dus worden vereffend en verdeeld onder de boedelschuldeisers op de wijze zoals dat normaal gesproken in een faillissement gebeurt met de faillissementsschuldeisers.¹⁴

Het is van groot belang om te weten in welke categorie een schuld valt. Een boedelschuld levert de grootste kans op betaling op in een faillissement. Aan betaling van de faillissementsschulden kan namelijk pas worden toegekomen nadat alle boedelschulden zijn voldaan.

3.3 *Het ontstaan van boedelschulden*

Lang bepaalde het zogenaamde 'toedoen-criterium' de vraag of een schuld als een boedelschuld in een faillissement was aan te merken. Kort weergegeven, betekende dit dat een schuld alleen een boedelschuld was als die schuld direct of meer indirect was ontstaan als gevolg van een toedoen door de curator. Op dit criterium is in de literatuur veel kritiek geuit. In het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest uit 2013¹⁵ is de Hoge Raad met zoveel woorden teruggekomen op het toedoen-criterium en heeft de Hoge Raad een nieuw criterium ontwikkeld. Volgens dit arrest zijn boedelschulden alleen die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel:

“(...) hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door 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. Onder het aangaan van een schuld door de curator in deze zin is te verstaan dat de curator deze schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht (art. 3:33 en 35 BW).”

Voor die eerste categorie van boedelschulden, de boedelschulden ingevolge de wet, geldt dat de wet maar voor een heel beperkt aantal schulden bepaalt dat deze boedelschulden zijn. Het gaat hier bijvoorbeeld om huur en salaris van na faillissementsdatum.¹⁶ Dit is een wettelijk compromis omdat huurovereenkomsten en arbeidsovereenkomsten door de curator met inachtneming van een heel korte opzegtermijn kunnen worden beëindigd.

Ten aanzien van de tweede categorie van boedelschulden, de boedelschulden die door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, spreekt het eigenlijk voor zich dat dit boedelschulden zijn. Dit vloeit voort uit het feit dat de boedel als afgescheiden vermogen deelneemt aan het rechtsverkeer en dus eigen verplichtingen kan aangaan. Deze categorie kan van belang zijn voor milieuverplichtingen.

Het is met name de derde categorie, de schulden die een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of

11 Dit wordt ook wel aangeduid als het *recht op wanprestatie* van de curator, zie daarvoor het *Nebula*-arrest: HR 3 november 2006, NJ 2007/155.

12 Zie Memorie van Toelichting, Van der Feltz I, p. 384 en 385.

13 HR 28 september 1990, NJ 1991/305.

14 F.M.J. Verstijlen, *De Faillissementscurator*, p. 174.

15 HR 19 april 2013, NJ 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

16 Zie artikelen 39 en 40 Faillissementswet.

verplichting, die als sluitstuk van belang is voor de vraag of milieuverplichtingen een boedelschuld opleveren.

4. Leveren milieuverplichtingen van de curator boedelschulden op?

Uit de Faillissementswet volgt dat de curator zijn taak onafhankelijk dient uit te voeren en bij de uitvoering ervan gehouden is binnen de kaders van de wet te handelen. Dat heeft voor de curator consequenties in die zin dat waar het zich misschien nog laat voorstellen dat een calculerende burger of bedrijf een berekende keuze maakt om zich niet aan zijn wettelijke verplichtingen te houden, de curator ten aanzien van de verplichtingen van de boedel een dergelijk keuzerecht naar ons oordeel niet toekomt.¹⁷ Wel heeft de curator bij de uitvoering van zijn wettelijke taak een beleidsvrijheid.

Uit de hierboven aangehaalde jurisprudentie van de Afdeling volgt dat een curator verantwoordelijk is voor de naleving van de milieuverplichtingen van de gefailleerde. De naleving daarvan is een *eigen* verplichting van de boedel.

Deze verantwoordelijkheid van de curator voor de naleving van milieuverplichtingen van de gefailleerde is weliswaar op geld waardeerbaar – er kan een inschatting worden gemaakt van de kosten die naleving met zich brengt – maar dat betekent nog niet dat die verantwoordelijk zelf al een boedelschuld is. Hoe de curator invulling geeft aan die verantwoordelijkheid behoort tot zijn beleidsvrijheid. Het ligt voor de hand dat de curator zal zoeken naar de meest kostenefficiënte wijze om aan zijn verantwoordelijkheid invulling te geven.

Zodra de curator daadwerkelijk invulling geeft aan zijn verantwoordelijkheid, bijvoorbeeld door een bedrijf de opdracht te geven tot de verwijdering van (rest)stoffen en afvalstoffen, ontstaan (nieuwe) schulden. Deze schulden zijn boedelschulden in het faillissement omdat de schulden door de curator zijn aangegaan. Het gaat hier dus om de tweede categorie van boedelschulden zoals door de Hoge Raad onderscheiden in het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest. Dergelijke schulden hebben dezelfde status als bijvoorbeeld een opdracht tot taxatie of een opdracht tot fraude-onderzoek van de boekhouding die de curator kan verstrekken.

Als de curator geen of onvoldoende invulling geeft aan zijn verantwoordelijkheid voor de naleving van milieuverplichtingen, kan handhavend jegens de curator worden opgetreden. Zo kan blijkens de hiervoor besproken jurisprudentie van de Afdeling aan de curator een last onder dwangsom worden opgelegd of een last onder bestuursdwang waarna kostenverhaal mogelijk is.

Dergelijke handhavingsschulden (verbeurde dwangsommen en de kosten van bestuursdwang) zijn ook aan te merken als boedelschulden, maar dan op grond van de derde categorie zoals opgenomen in het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest, te weten de schulden die een gevolg zijn van een

handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting, hier de verplichtingen die voortvloeien uit een omgevingsvergunning of een zorgplicht uit één van de milieuwetten.

Voor de onderbouwing hiervan wijzen wij op de eerder genoemde uitspraak van de Afdeling van 23 juli 2014 in de zaak *curator Bavin B.V./Waterschap Hunze en Aa's*, waarin de Afdeling onder verwijzing naar het *Koot Beheer/Tideman q.q.*-arrest overweegt:

“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.”¹⁸

Toch is hiermee nog niet het laatste woord gezegd. Zo heeft de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in een civielrechtelijke uitspraak van 24 maart 2014 – het betreft een door de curatoren van Thermpos International B.V. aangespannen procedure – geoordeeld dat de vraag of

“[...] opruimkosten, die voortvloeien uit de opruimverplichtingen, en de handhavingskosten, die voortvloeien uit handhavingsbesluiten, kwalificeren als boedelschuld, [...] een vraag [is] die door de civiele rechter dient te worden beantwoord [en niet de bestuursrechter]. Het betreft immers de vaststelling van de status van een schuld in faillissement, welke vaststelling tot de taak van de civiele rechter behoort.”¹⁹

De civiele kamer van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant gaat er dus van uit dat alleen de civiele rechter kan oordelen over de vraag of een schuld een boedelschuld is of niet.

Naar ons oordeel gaat de Rechtbank Zeeland-West-Brabant hier uit van een verkeerde rechtsopvatting omdat als de door de rechtbank gevolgde lijn van redeneren zou worden gevolgd, onherroepelijke besluiten van bestuursorganen in ieder geval ten aanzien van het aspect of die besluiten aan de juiste persoon zijn opgelegd (de boedel, oftewel de curator q.q.) opnieuw zouden moeten worden getoetst. Dat is in strijd met het beginsel van de formele rechtskracht en zou met zich brengen dat er voor de faillissementsboedel een recht op tweede toetsing bestaat, namelijk naast die door de bestuursrecht door een civiele rechter. Dat past niet binnen ons juridisch systeem.

17 Ook INSOLAD beschouwt het een grondbeginsel dat de curator handelt binnen het kader van de wettelijke en overige voorschriften, zo blijkt uit de toelichting op Praktijkregel 1.1 Grondbeginselen in de INSOLAD Praktijkregels voor curatoren.

18 ABRvS 23 juli 2014, *M en R* 2014/155, r.o. 7.1.

19 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, *JOR* 2015/18, r.o. 4.8.

De Faillissementswet bevat geen regeling voor boedelschulden en bepaalt dus ook niet dat de vaststelling van boedelschulden aan de civiele rechter zou zijn voorbehouden. Nu de boedel zelfstandig drager van eigen rechten en verplichtingen kan zijn, is er geen enkele rechtvaardiging om aan de boedel andere mogelijkheden van rechtsbescherming toe te kennen dan andere deelnemers aan het rechtsverkeer.

Door insolventiejuristen wordt nog wel eens verwezen naar het *Decidewise*-arrest²⁰ van de Hoge Raad om te onderbouwen dat alleen de civiele rechter zou kunnen oordelen over de vraag of een schuld een boedelschuld is of niet.²¹ Dit volgt naar onze mening niet uit dat arrest. De Hoge Raad heeft in het *Decidewise*-arrest alleen geoordeeld dat, gegeven de wettelijke bevoegdheden van de Ondernemingskamer, de Ondernemingskamer niet kon vaststellen dat de kosten van een enquête voor rekening van de boedel komen. Daar zit een belangrijk verschil met de toetsing van lasten die aan een curator zijn opgelegd door de bestuursrechter. Het behoort namelijk wel tot de taak van een bestuursrechter om te oordelen over de vraag of die lasten aan de juiste partij als overtreder zijn opgelegd. Als de bestuursrechter dus vaststelt dat de curator q.q. een overtreder is en handhavingschulden in stand laat, dan is de bestuursrechter binnen zijn taak gebleven en is de consequentie dat boedelschulden (zijn) ontstaan.

Hetzelfde geldt als de strafrechter een boete oplegt aan een curator q.q. of een belastingrechter een bestreden belastingaanslag aan de curator q.q. vaststelt. Ook in dergelijke gevallen ontstaat een verplichting tot betaling van de boedel die getoetst is door een andere rechter en die een boedelschuld oplevert. Dergelijke beslissingen behoeven niet opnieuw te worden getoetst door de civiele rechter.

5. Conclusie

Uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie volgt dat de curator vanaf het moment van faillissement op grond van de aan de failliet verleende vergunning dan wel wet- en regelgeving, daaronder begrepen de in diverse wetten opgenomen zorgplichten, gehouden is die maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om te kunnen voldoen aan de uit deze juridische instrumenten voortvloeiende normen.

Naar ons oordeel volgt uit de op dit moment beschikbare privaatrechtelijke jurisprudentie dat de kosten die gemoeid zijn met het – al dan niet in vervolg op een opgelegde last – voldoen aan deze normen, worden aangemerkt als boedelschulden.

De curator is immers, zo heeft ook de Afdeling geoordeeld in haar uitspraak van 23 juli 2014 (*Curator Bavin B.V./Waterschade Hunze en Aa's*), gehouden overeenkomstig een op hem rustende bestuursrechtelijke verplichting te handelen. Volledigheidshalve merken wij nog wel op dat over het voorgaande het laatste woord door civiele rechters nog niet is gezegd. Het is wachten op een uitspraak van de Hoge Raad

waarin onomwonden wordt aangenomen dat de kosten die gemoeid zijn met het voldoen aan een onherroepelijke last, boedelschulden zijn.

²⁰ HR 24 juni 2005, NJ 2005/382.

²¹ Zie bijvoorbeeld: M.E.G. Murriss en R.L.G. Kraaijvanger, De ondernemende curator, p. 151 en W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden, *Tvl* 2013/26, afl. 4.