

Tvl 2022/10

Hoge Raad (Civiele kamer) 4 juni 2021, nr. 20/02961
m.nt. mr. dr. G.A.J. Boekraad¹

RvdW 2021/613
NJB 2021/1720
M en R 2021/98
RI 2021/57
NJ 2021/233
ECLI:NL:PHR:2021:187
ECLI:NL:HR:2021:833

Boekraad levert een kritische beschouwing van het arrest inzake de Ridderkerkse Taxi Centrale. De Hoge Raad classificeert een vordering uit een handhavingsbesluit dat is terug te voeren op een overtreding van milieuregelgeving van vóór de faillietverklaring als boedelschuld. Daarmee is toch weer – net als bij toepassing van het afgezworen toedoen criterium – een categorie boedelschulden in het leven geroepen die onvoldoende aan de afwikkeling van het faillissement kan worden toegerekend, waardoor de rechtvaardiging ontbreekt om er onmiddellijk ten laste van de faillissementscrediteuren aan te voldoen. Het enkele feit dat de normadressaat van de publiekrechtelijke verplichting wordt verlegd van de schuldenaar naar de curator, rechtvaardigt die uitkomst volgens Boekraad ook niet.

Classificatie van publiekrechtelijke verplichtingen in faillissement: de Hoge Raad op een nieuw dwaalspoor. Noot bij HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833 (Ridderkerkse Taxi Centrale)

1. Inleiding

De rechtspraak van de Hoge Raad op het punt van de classificatie van vorderingen in faillissement bevond zich jarenlang op een dwaalspoor. Vanaf 1990 hanteerde de Hoge Raad het zogenaamde ‘toedoen criterium’. Op grond daarvan was een verbintenis al een boedelvordering als zij ontstond op het moment waarop de curator ten behoeve van de boedel een rechtshandeling verrichtte (en in die zin dus door toedoen van de curator).² Naar aanleiding van kritiek in de literatuur kwam de Hoge Raad in 2013 in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. terug op deze rechtspraak.³ De Hoge Raad erkende dat het toedoen criterium in strijd was met het wettelijk systeem en besliste dat er voortaan slechts drie categorieën boedelschulden zijn. Eén van die categorieën (de derde) werd door de Hoge Raad gedefinieerd als ‘schulden die ontstaan 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.’ In de onderhavige zaak van de Ridderkerkse Taxi Centrale is de vraag aan de orde of op grond van dit criterium sprake is van een boedelschuld als de curator een op hem in zijn hoedanigheid rustende publiekrechtelijke verplichting niet naleeft, ook als die verplichting is terug te voeren op een overtreding van de regelgeving die dateert van vóór de faillietverklaring. De Hoge Raad beantwoordt die vraag bevestigend. Wat mij betreft heeft de Hoge Raad zichzelf daarmee opnieuw op een dwaalspoor gezet. Voordat ik dat toelicht, zal ik eerst kort de casus schetsen.

2. Casus

Ridderkerkse Taxi Centrale B.V. (RTC) drijft op een gehuurd terrein in Ridderkerk een taxicentrale. Als onderdeel van haar activiteiten wast zij taxi's in een wasstraat op het terrein. In mei 2014 constateert de Gemeente dat in die wasstraat geen verplichte vloeistofdichte coating is aangebracht. De Gemeente wijst RTC op deze overtreding van de milieuregelgeving en dringt erop aan dat RTC alsnog een vloeistofdichte coating aanbrengt. RTC geeft daaraan geen gehoor.

Een paar maanden later, in november 2014, wordt RTC failliet verklaard. De curator zet de onderneming één week voort en verkoopt deze vervolgens aan een derde, die de activiteiten op een andere locatie voortzet. In december 2014 wijst de Gemeente de curator erop dat uit het Activiteitenbesluit milieubeheer de verplichting voortvloeit om bij beëindiging van een milieubedreigende activiteit, uiterlijk binnen zes maanden na die beëindiging aan het bevoegde gezag een rapport aan te leveren met de resultaten van een onderzoek naar de bodemkwaliteit. Dat rapport levert de curator in mei 2016 aan. Het vermeldt dat de onderzoeksresultaten aanleiding geven tot nader bodemonderzoek nabij de wasstraat naar sterke verontreiniging met minerale olie. De Gemeente verzoekt de curator meerdere keren om dat nadere onderzoek uit te voeren en om een plan van aanpak voor de verwijdering van de verontreiniging op te stellen en uit te voeren. De curator laat meermaals weten dat niet te zullen doen. Dit leidt ertoe dat de Gemeente in oktober 2018 twee handhavingsbesluiten aan de curator richt: (a) een last onder bestuursdwang ten aanzien van het nadere bodemonderzoek en (b) een last onder dwangsom ten aanzien van het herstel van de bodemkwaliteit. Als de curator ook daaraan geen gehoor geeft, voert de gemeente de benodigde maatregelen zelf uit. De kosten van ruim € 1.000,- brengt zij op basis van een kostenbeschikking in rekening bij de curator. Zij stuurt de curator tevens een beschikking voor de invordering van verbeurde dwangsommen ten bedrage van € 5.000,-. De curator wendt geen rechtsmiddelen aan tegen de genoemde handhavingsbesluiten en de daaruit voortvloeiende kosten- en invorderingsbeschikkingen, maar gaat ook niet over tot betaling.

¹ Gelieve dit artikel aan te halen als: Mr. dr. G.A.J. Boekraad, ‘Classificatie van publiekrechtelijke verplichtingen: de Hoge Raad op een nieuw dwaalspoor’, Tvl 2022/10. G.A.J. Boekraad is advocaat te Amsterdam.
² HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*); HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 (*Frima q.q./Blankers-Van Gennip*) en HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170 (*Van Galen q.q./Circle Vastgoed*).
³ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

De gemeente vordert bij de rechtbank Rotterdam een verklaring voor recht dat de vorderingen van de gemeente voor de gemaakte kosten en de verbeurde dwangsommen boedelschulden opleveren in het faillissement van RTC. Tevens vordert de gemeente een veroordeling van de curator q.q. tot betaling van deze kosten en dwangsommen. In reconventie vordert de curator een verklaring voor recht dat de verschuldigde kosten van bestuursdwang, noch de verbeurde dwangsommen boedelschulden zijn, behalve voor zover zij een bodemverontreiniging betreffen die ná de faillietverklaring heeft plaatsgevonden. De rechtbank Rotterdam onderkent het principiële karakter van het geschil en stelt prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.⁴ Daarbij neemt de rechtbank in navolging van partijen tot uitgangspunt dat bij het beoordelen van de vorderingen buiten beschouwing moet blijven dat de curator de activiteiten van RTC gedurende één week had voortgezet.⁵

3. Beantwoording prejudiciële vragen door de Hoge Raad

De Hoge Raad behandelt eerst de (tweede prejudiciële) vraag of de vorderingen van de Gemeente al kwalificeren als boedelschulden om de enkele reden dat de curator q.q. in de handhavingsbesluiten en de kosten- en invorderingsbeschikking is aangewezen als 'overtreder' en die kwalificatie in rechte is komen vast te staan. Brengt de formele rechtskracht dan al met zich dat in een civielrechtelijke procedure niet meer kan worden geoordeeld dat de uit die besluiten voortvloeiende schulden van de curator q.q. niét kwalificeren als boedelschulden in het faillissement? Deze vraag beantwoordt de Hoge Raad ontkennend.⁶ Dat de bestuursrechter heeft geoordeeld dat de curator geldt als 'overtreder' in bestuursrechtelijke zin, brengt op zichzelf niet mee dat de hier aan de orde zijnde schulden als boedelschulden zijn aan te merken. De Hoge Raad merkt in dat verband op dat de vraag, of die schulden als boedelschulden zijn aan te merken, een civielrechtelijke vraag is.⁷ De Hoge Raad vervolgt:

"Indien de bestuursrechter in een concrete zaak de (...) bedoelde schulden als boedelschulden heeft aangemerkt, brengt het beginsel van de formele rechtskracht niet mee dat de burgerlijke rechter daaraan is gebonden. Het beginsel van de formele rechtskracht brengt immers niet mee 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."⁸

So far so good, zou ik zeggen. Dat niet de bestuursrechter, maar de civiele rechter gaat over de vraag hoe vorderingen in faillissement kwalificeren, lijkt mij logisch en is in lijn

met eerdere rechtspraak.⁹ Maar dan: hoe moet die civiele rechter daar vervolgens mee omgaan? Daarop zien de overige prejudiciële vragen.

Volgens de samenvatting van de Hoge Raad stelt de eerste prejudiciële vraag aan de orde of schulden die voortvloeien uit bestuursrechtelijke lasten die aan de curator zijn opgelegd wegens de niet-naleving van milieuwetgeving, zijn aan te merken als boedelschulden, als verifieerbare concurrente faillissementsschulden of als niet-verifieerbare schulden.¹⁰ De Hoge Raad stelt daarbij voorop dat boedelschulden 'volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad'¹¹ die schulden zijn:

"(...) die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel, hetzij (1) ingevolge de wet, (2) hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, (3) hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen of nalaten van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting."¹²

De Hoge Raad vervolgt:

"2.6.3. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) zijn uit milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen ten aanzien van een tot de boedel behorende inrichting, na de faillietverklaring verplichtingen van de curator in zijn hoedanigheid van beheerder van de boedel en niet van de failliete (rechts)persoon.¹³ Ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CbB) heeft in deze zin geoordeeld.¹⁴

2.6.4. De hiervoor in 2.6.3 genoemde rechtspraak van de Afdeling en het CbB brengt mee dat op de curator in zijn hoedanigheid een eigen, zelfstandige verplichting rust tot naleving van de milieuwetgeving ten aanzien van een tot de boedel behorende inrichting, en dat als de curator die verplichting niet naleeft, aan hem in zijn hoedanigheid bestuursrechtelijke lasten (zoals een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom) kunnen worden opgelegd. In zodanig geval volgt uit de hiervoor in 2.6.2 genoemde rechtspraak van de Hoge Raad dat schulden die voortvloeien uit zodanige bestuursrechtelijke lasten, boedelschulden zijn. Deze schulden zijn immers een gevolg van een handelen of nalaten van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting.

4 Rb. Rotterdam 23 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8544.

5 Rov. 4.3 van de uitspraak van de rechtbank.

6 Rov. 2.5.1 t/m 2.5.5.

7 Rov. 2.5.3.

8 Rov. 2.5.4. De Hoge Raad verwijst hierbij naar HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661 (*Onteigening SNS*), rov. 4.5.2.

9 Zie M.J.M. Franken, *Het Insolventiepassief (R&P nr. InsR13)* 2019/par. 7.9 met verdere verwijzingen.

10 Rov. 2.6.1.

11 De Hoge Raad verwijst daarbij naar het hiervoor genoemde arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* (rov. 3.7.1) en HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3149 (*Roeffen q.q./Ontvanger*), rov. 3.3.5. Zie ook HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

12 Rov. 2.6.2. De nummering is door mij toegevoegd.

13 De Hoge Raad verwijst naar ABRvS 11 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:ZF2839; ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261, rov. 4.2; ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, rov. 5.1; ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:598, rov. 9.3; ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1063, rov. 3.

14 De Hoge Raad verwijst naar CbB 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:405.

2.6.5. Uit het vorenstaande volgt dat de eerste prejudiciële vraag aldus moet worden beantwoord dat schulden als bedoeld in die vraag zijn aan te merken als boedelschulden.”

De derde prejudiciële vraag stelt aan de orde of het voor het kwalificeren van de hier bedoelde schulden jegens een bestuursorgaan nog uitmaakt of:

- (a) die schulden zijn ontstaan als gevolg van gebeurtenissen die volledig vóór het faillissement hebben plaatsgevonden (zoals verontreiniging van de bodem met olie door het omvallen van een niet afgesloten olietank);
- (b) de onder (a) genoemde gebeurtenissen eenmalige gebeurtenissen betreffen (zoals in het voorbeeld van het omgevallen olietank) of voortdurende gebeurtenissen die vóór het faillissement een aanvang hebben genomen en daarna voortduren (zoals het voortdurend in de grond vloeien van olie uit een ondergrondse lekkende olietank);
- (c) of die schulden zijn ontstaan als gevolg van een verplichting die na faillissement is ontstaan, maar voortvloeit uit een vóór het faillissement verrichte activiteit (zoals de verplichting tot het doen van milieuonderzoek na het beëindigen van de milieubedreigende activiteiten);
- (d) wat voor soort milieuverplichting aan de orde is (moet onderscheid gemaakt worden tussen verplichtingen die voortvloeien uit in de wet opgenomen (algemene) zorgplichten en verplichtingen die voortvloeien uit verleende (specifieke) vergunningen?);
- (e) in het geval van een dwangsom: of de kosten die het bevoegd gezag zou kunnen verhalen (op grond van een last onder bestuursdwang in plaats van een last onder dwangsom) wegens het niet nakomen van de milieuverplichting géén boedelschulden zouden zijn, maar verifieerbare faillissementsschulden?

De Hoge Raad doet de beantwoording van deze derde prejudiciële vraag kort af: uit hetgeen in de hiervoor geciteerde rechtsoverwegingen 2.6.3 tot en met 2.6.5 is overwogen in antwoord op de eerste prejudiciële vraag, volgt volgens de Hoge Raad dat voor de kwalificatie van de in die vraag bedoelde schulden als boedelschulden, de omstandigheden genoemd in de derde prejudiciële vraag (onder a tot en met e) niet van belang zijn. De derde prejudiciële vraag moet dus in al zijn onderdelen ontkennend worden beoordeeld, aldus de Hoge Raad.¹⁵

Deze beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad is in lijn met de conclusie van Advocaat-Generaal Valk.

4. Commentaar

Zoals ik in de inleiding al tot uitdrukking bracht, ben ik hier minder gelukkig mee. Naar mijn mening wordt hier toch weer – net als indertijd bij toepassing van het toedoen criterium het geval was – een (potentieel ruime) categorie

boedelschulden in het leven geroepen die niet het karakter heeft van boedelschulden. Daardoor ontbreekt op grond van het wettelijk systeem een rechtvaardiging om de desbetreffende schuldeisers een onmiddellijke aanspraak op de boedel te geven, met voorrang boven de faillissementsschuldeisers.

Het is bij het classificatievraagstuk in faillissement goed voor ogen te houden wat de basale uitgangspunten zijn. Daarbij speelt het beginsel van de *paritas creditorum* een belangrijke rol. Het uitgangspunt is dat schuldeisers gelijke rechten hebben, niet alleen qua rangorde bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar, maar ook bij de voorvraag, namelijk met welke schuldeisers zij een concursus vormen. Hieruit volgt wat mij betreft dat de ‘normaalsituatie’ is, de *default* zou je kunnen zeggen, dat een vordering op een failliete schuldenaar verifieerbaar is. Het kwalificeren van een vordering als boedelvordering is uitzondering, omdat daarmee een schuldeiser buiten de faillissementsconcurus wordt geplaatst. Daarvoor moet voldoende rechtvaardiging bestaan. Die rechtvaardiging is gelegen in het feit dat boedelschulden ontstaan in het kader van de afwikkeling van het faillissement. Omdat die afwikkeling plaatsvindt ten behoeve van de faillissementsschuldeisers is het redelijk – en in veel gevallen ook praktisch noodzakelijk – dat aan de daarbij ontstane verplichtingen wordt voldaan vóórdat de faillissementsschuldeisers aan de beurt komen. Dat vereist dan dus wel voldoende samenhang tussen het ontstaan van een verplichting en de afwikkeling van het faillissement. Een boedelschuld moet in die zin kunnen worden *toegerekend* aan het beheer en de vereffening van het vermogen van de failliet ten behoeve van de faillissementsschuldeisers.¹⁶

Voor mij is bepaald niet evident dat dit gezegd kan worden van de schuld die voortvloeit uit een bestuursrechtelijk handhavingsbesluit dat aan de curator is gericht en die is terug te voeren op een milieuovertreding die al van vóór de faillietverklaring dateert. Dat een dergelijke schuld aan de faillissementsafwikkeling kan worden toegekend in de hiervoor bedoelde zin, volgt in ieder geval niet uit het enkele feit dat deze schuld (mede) het gevolg kan zijn van een verplichting die uit de milieuwetgeving ontstaat op het moment waarop de curator de bedrijfsvoering van de gefailleerde eindigt, zoals de in de RTC-zaak aan de orde zijnde verplichting om bij beëindigen van een milieubedreigende activiteit een milieuonderzoek in te stellen en – indien de uitkomst daartoe aanleiding geeft – tot het nemen van herstelmaatregelen.¹⁷ Het toedoen-criterium is juist afgeschaft, omdat het onwenselijk was dat een schuld al kwalificeert als boedelschuld door het enkele feit dat zij ontstaat als bijkomstig gevolg van een handeling die de curator in het kader van zijn taakuitoefening verricht.

De belangrijkste, eigenlijk de *enige* reden, waarom de Hoge Raad in het onderhavige RTC-arrest concludeert dat dit type

15 Rov. 2.7.

16 Zie o.m. mijn dissertatie, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 30-31.

17 Art. 2.11 lid 3 en 5 Activiteitenbesluit milieubeheer.

schulden classificeert als boedelschulden, is dat volgens de bestuursrechter onder de milieuwetgeving de normadresstaat wijzigt, in die zin dat de daaruit voortvloeiende verplichtingen vanaf de dag van de faillietverklaring rusten op de curator in zijn hoedanigheid en niet (meer) op de schuldenaar. Dat dat zo is, daar moeten we vanuit gaan, dat is het primaat van de bestuursrechter. Ik vind het alleen niet vanzelfsprekend dat de civiele rechter daaraan doorslaggevend betekenis toekent bij de beantwoording van de civielrechtelijke vraag hoe de daaruit voortvloeiende verbintenissen kwalificeren in faillissement.

Een eerste vraag is of de definitie van de derde categorie boedelschulden uit het Koot Beheer-arrest ('schulden die ontstaan 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') daartoe wel noopt. Deze categorie heeft, zou ik denken, betrekking op verplichtingen die op de curator rusten in hoedanigheid van degene die het vermogen van de gefailleerde schuldenaar beheert en vereffent *ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers*. Dat sluit aan bij de hiervoor genoemde ratio voor de voorafbetaling van de boedelschulden, als zijnde schulden die zijn toe te rekenen aan de afwikkeling van het faillissement dat plaatsvindt ten behoeve van die faillissementsschuldeisers. De hoedanigheid die de bestuursrechter voor ogen heeft, lijkt niet zozeer te zien op die klassieke rol van de curator als degene die het vermogen van de failliet beheert en vereffent ten behoeve van de faillissementsschuldeisers, maar veeleer op degene die als het ware als 'rechtsopvolger'¹⁸ in de positie van de *gefailleerde* treedt als de 'drijver van de inrichting.' Natuurlijk kan betoogd worden dat het 'drijven van de inrichting' een onderdeel is van de taak van de curator om het vermogen van de schuldenaar te beheren en dat hij dit doet ten behoeve van de faillissementscrediteuren. Echter, als de overtreding van de milieuwetgeving al dateert van vóór de faillietverklaring en de curator het bedrijf van de gefailleerde niet voortzet, is de basis wel erg dun om het ontstaan van de daaruit voortvloeiende verplichtingen toe te rekenen aan die afwikkeling van het faillissement ten behoeve van de faillissementsschuldeisers. Daarmee rijst de vraag wat de rechtvaardiging is van de voorafbetaling van deze verplichtingen, te meer omdat hiervoor ook geen kenbare rechtspolitieke keuze is gemaakt.

In dit verband valt onder meer op dat in de door de Hoge Raad aangehaalde rechtspraak van de bestuursrechter nauwelijks verantwoording is te vinden voor de brede verantwoordelijkheid van de curator in zijn hoedanigheid zoals de bestuursrechter die ziet. Dat wordt ook opgemerkt door A-G Valk in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad in de RTC-zaak. Valk voegt daar – even terecht – aan toe

dat moeilijk is vol te houden dat de rechtspraak van de bestuursrechter berust op een uitdrukkelijke en weloverwogen keuze van de wetgever.¹⁹

Anders dan Valk, meen ik niet dat we 'het ermee zullen moeten doen',²⁰ in die zin dat we, uitgaande van die rechtspraak van de bestuursrechter, het derde boedelschuld criterium uit Koot Beheer zonder meer zouden moeten toepassen op publiekrechtelijke verplichtingen als aan de orde in de RTC-zaak. Als dit criterium – ondanks de zojuist door mij geopperde mogelijkheid om dat criterium genuanceerder uit te leggen – ertoe zou nopen om in dit soort gevallen, gelet op de rechtspraak van de bestuursrechter, min of meer automatisch een boedelschuld aan te nemen, dan moeten we ons afvragen of dat criterium wel deugt en wellicht aanscherping behoeft.

Dat een door de Hoge Raad in abstracto bedacht criterium als zodanig niet doorslaggevend mag zijn en bijstelling behoort als de praktijk daartoe aanleiding geeft, hebben we gezien met de gang van zaken rond het toedoen criterium. Meer dan 30 jaar heeft de praktijk geworsteld met een Hoge Raad die verstrengeld zat in een zelf bedacht criterium dat logisch leek, maar dat in de toepassing leidde tot uitkomsten die haaks staan op de basale uitgangspunten van het faillissementsrecht. Nu dreigt de geschiedenis zich te herhalen. Het toedoen criterium is als gezegd verlaten omdat het inzicht was ontstaan dat het onjuist is om tijdens de faillietverklaring al latent aanwezige verplichtingen tot boedelschuld te promoveren vanwege het enkele feit dat zij 'toevallig' technisch juridisch volwaardig werden op het moment waarop de curator een rechtshandeling verrichte. Ik gebruik hier bewust het woord 'toevallig', omdat de vraag of een tijdens de faillietverklaring latent aanwezige verplichting al daadwerkelijk bestond of pas 'volwaardig' werd doordat de curator na faillissement nog een rechtshandeling verrichte, vaak afhankelijk was van de stand en techniek van bijzondere regelgeving. Die was weer gebaseerd op afwegingen van de wetgever waarin het faillissementsrecht geen overwegende rol speelde.

Neem bijvoorbeeld de belastingregelgeving die centraal stond in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* waarin de Hoge Raad het toedoen criterium voor het eerst toepaste.²¹ Dat betrof het faillissement van een trappenfabriek die voorheen bij de aanschaf van bepaalde productiemiddelen op grond van de Wet Investeringsrekening (WIR) investeringspremies had ontvangen. Dat was een soort subsidie waarmee bedrijven werden gestimuleerd om duurzaam in hun ondernemingen te investeren ter bevordering van de economische groei en de werkgelegenheid. Verkocht een bedrijf een dergelijk investeringsgoed binnen een wachttermijn van acht jaar, dan moest zij op grond van toenmalige Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (Wet IB 1964) een evenredig deel van de

18 Ik plaats de term 'rechtsopvolger' bewust tussen aanhalingstekens, omdat de curator in civielrechtelijke zin niet zonder meer als rechtsopvolger van de gefailleerde kan worden beschouwd. De gefailleerde blijft rechts-subject. Vgl. Wessels in zijn noot onder het onderhavige RTC-arrest in *JOR* 2021/250, nr. 8. Zie ook F.M.J. Verstijlen, 'Het hellend vlak, maar dan glibberig', *Tvl* 2021/20.

19 Conclusie A-G Valk, nr. 3.21.

20 Conclusie A-G Valk, nr. 3.21.

21 HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

eerder ontvangen WIR-premies terugbetalen. De vraag was hoe deze verplichting – ook wel de desinvesteringsverplichting genoemd – classificeerde in het faillissement van de trappenfabriek. De Hoge Raad achtte doorslaggevend dat de desinvesteringsverplichting ontstond doordat de curator ten behoeve van de boedel een rechtshandeling verrichtte, namelijk verkoop van een investeringsgoed binnen de wachttermijn, zodat sprake was van een boedelvordering. Zelfs onder de werking van het toedocriterium was dit niet vanzelfsprekend. Het was namelijk ook verdedigbaar de desinvesteringsverplichting vanaf de dag van ontvangst van een de WIR-bijdrage te zien als een *bestaande* verbintenis onder de opschortende voorwaarde dat het desbetreffende investeringsgoed binnen de wachttermijn zou worden vervreemd. Een daartoe strekkend betoog van de curatoren werd door de Hoge Raad verworpen omdat het strijdig zou zijn met het wettelijk systeem. De Hoge Raad volgde daarmee het advies van A-G Mok, die erop had gewezen dat uit de toenmalige Wet IB 1964 en de rechtspraak van de Belastingkamer van de Hoge Raad bleek, dat het belastbare feit de vervreemding van het investeringsgoed was.²² Aldus bepaalde bij toepassing van het toedocriterium de techniek van belastingwetgeving hoe een vordering in faillissement classificeerde.

Iets vergelijkbaars gold voor de affinancieringsverplichting van de backservice die centraal stond in het tweede arrest waarin de Hoge Raad het toedocriterium toepaste: *Frima q.q./Blankers*.²³ Dat is de verplichting van een werkgever om in geval van een salarisverhoging over een eerdere periode extra bij te storten op de pensioenregeling om bij toepassing van het eindloonsysteem te waarborgen dat de werknemer aanspraak heeft op een pensioen op basis van zijn laatstverdiende loon. Toen de werkgever van mevrouw Blankers in 1989 failliet ging, stak de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) nog zo in elkaar, dat de werkgever die affinancieringsverplichting jarenlang kon uitstellen, totdat het dienstverband eindigde. A-G Koopmans analyseerde deze pensioenregelgeving en stelde vast dat de verbintenis zelf pas ontstond door het ontslag: “de opzegging door de curator is niet te beschouwen als een evenement dat slechts de werking van een reeds bestaande verbintenis in gang zet.”²⁴ Dat maakte, dat toen curator Frima tijdens het faillissement van de werkgever van mevrouw Blankers de arbeidsovereenkomst met haar opzegde, pas op dat moment de affinancieringsverplichting ontstond. Op grond van het toedocriterium kwalificeerde die verplichting daarom als boedelschuld. Dat de affinancieringsverplichting al ruim vóór het faillissement als een onvermijdelijke latente verplichting aanwezig was in het vermogen van de werkgever (werkgevers pleegden daarvoor ook een voorziening in de boeken op te nemen) deed daar volgens de Hoge Raad, toen hij dit arrest wees, nog niet aan af. Per 1 januari 2000 werd de PSW aangepast: vanaf dat moment (en ook na de

inwerkingtreding van de Pensioenwet per 1 januari 2007) geldt een verbod op uitstelfinanciering en een verplichting tot evenredige financiering.²⁵ Zou de nieuwe regeling al van kracht zijn geweest toen mevrouw Blankers werd ontslagen, dan had er alleen al om die reden geen boedelschuld meer kunnen zijn ontstaan ten bedrage van een *jarenlange* achterstand in de affinancieringsverplichting. Ook de casus van dit arrest laat dus zien dat bij toepassing van het toedocriterium van het toeval afhankelijk was, namelijk van de stand en de techniek van bijzondere wetgeving, hoe een latente verplichting in faillissement kwalificeerde.

Ik ben bang dat de Hoge Raad met het onderhavige arrest over RTC weer een soortgelijke weg inslaat. Opnieuw staat hij toe dat latente verplichtingen – erfenissen uit het verleden waarmee de curator zelf niets van doen heeft gehad en ten aanzien waarvan de relatie met de afwikkeling van het faillissement naar mijn mening ver te zoeken is – tot boedelschulden worden gepromoveerd, in feite weer op basis van toeval. Deze keer bestaat het toeval daaruit, dat de civielrechtelijke classificatie van een vordering afhankelijk is van de publiekrechtelijke vraag wie de normadessaat van een publiekrechtelijke verplichting is. Ik noem dat – enigszins gechargeerd – een vorm van toeval, omdat in de afwegingen van de wetgever en bestuursrechter die daarover oordeelt, doorgaans geen rol is weggelegd voor de vraag wat de gevolgen zijn in civielrechtelijke zin.

Ter nadere illustratie: onder de huidige Wet Milieubeheer wordt de normadessaat bepaald op basis van het zeggenschaps criterium: als drijver van een inrichting wordt diegene aangemerkt die daarover feitelijk de zeggenschap heeft. Met de inwerkingtreding van de Omgevingswet (die op dit moment is voorzien per 1 januari 2023) verdwijnt het inrichtingsbegrip en worden voorschriften gekoppeld aan het verrichten van een milieubelastende activiteit. De normadessaat van de voorschriften in de omgevingsvergunning wordt dan omschreven als degene die de activiteit verricht.²⁶ In zijn conclusie voor het onderhavige arrest inzake RTC schrijft A-G Valk dat het voor de hand ligt dat de huidige rechtspraak over het drijverschap van de inrichting van belang zal blijven voor de vaststelling van de normadessaat in de zin van de Omgevingswet.²⁷ Ook als dat juist is, doet dat er niet aan af dat in ieder geval in theorie denkbaar is dat de wetswijziging gevolgen zou hebben gehad voor wie na de faillietverklaring van een rechtspersoon de normadessaat zou zijn. In dat geval zouden in één keer verplichtingen voortvloeiende uit handhavingsbesluiten opgelegd in faillissement, van kleur hebben kunnen verschieten. Zou dat niet merkwaardig zijn?

22 Rov. 3.3. van de Hoge Raad, zie ook de conclusie van A-G Mok voor dit arrest in nr. 3.5.

23 HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 (*Frima q.q./Blankers-Van Gennip*).

24 A-G Koopmans in zijn conclusie voor het arrest *Frima q.q./Blankers-Van Gennip*, nr. 6.

25 Art. 7a PSW en art. 9a regelen PSW (zoals per 1 januari 2000 in werking getreden op grond van de wet van 22 december 1999, *Stb.* 592) en sinds 1 juli 2007: art. 17 PW. De aanspraak van de werknemer moet sindsdien steeds aan het einde van een kalenderjaar, of indien dat eerder is, bij beëindiging van het dienstverband, volledig zijn gefinancierd.

26 Art. 5.37 lid 1 Ow.

27 Conclusie A-G Valk, nr. 3.7.

Het toevalselement dat inherent is aan het feit dat de Hoge Raad de civielrechtelijke classificatievraag volledig afhankelijk maakt van wie de normadressaat is van een publiekrechtelijke verplichting, wordt ook geïllustreerd door het onderhavige arrest in de zaak van RTC af te zetten tegen een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad van enkele maanden eerder, namelijk van 2 februari 2021.²⁸

In die zaak ging het om de vraag wat de gevolgen zijn van het faillissement van een natuurlijk persoon voor een op het strafrecht gebaseerde ontnemingsmaatregel of een geldboete naar aanleiding van een door de schuldenaar vóór zijn faillietverklaring gepleegd strafbaar feit, wanneer het faillissement eindigt door een gehomologeerd akkoord. Op grond van art. 94d lid 3 Sv heeft de OvJ de bevoegdheid namens de staat voor dergelijke vorderingen als schuldeiser in het faillissement van de verdachte of de veroordeelde op te komen. De strafkamer van de Hoge Raad overweegt dat de OvJ niet alleen in het faillissement kan opkomen wanneer op het moment van de faillietverklaring de vordering al is ontstaan door de onherroepelijke oplegging door de strafrechter van de ontnemingsmaatregel of de geldboete, maar ook al wanneer dit 'te verwachten' is. Bij een ontnemingsmaatregel is dat al het geval wanneer de OvJ een ontnemingsvordering aanhangig heeft gemaakt, bij de geldboete als de geldboete door de strafrechter is opgelegd, maar tegen die beslissing nog hoger beroep open staat. Voor een dergelijke te verwachten vordering kan de OvJ dus met een voorwaardelijke vordering in het faillissement opkomen. Het verschil met de uitkomst van het arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad in het geval van de Ridderkerkse Taxi Centrale is groot. Waar de Gemeente Ridderkerk uit hoofde van na de faillietverklaring uitgebrachte herstelbesluiten ter zake van een vóór de faillietverklaring begane milieuovertreding een boedelvordering heeft, daar zal de OvJ ter zake van een vóór de faillietverklaring gepleegd strafbaar feit hooguit een verifieerbare vordering hebben.²⁹ Wat verklaart dit verschil? Het simpele feit dat, anders dan in het milieurecht, in het strafrecht, de normadressaat door de faillietverklaring niet wordt verlegd van de schuldenaar naar de curator.

Vanuit het faillissementsrecht bezien is het daarmee min of meer toeval of een publiekrechtelijke verplichting op de faillissementscurator komt te rusten of bij de schuldenaar blijft. Ik heb er moeite mee dat de civielrechtelijke classificatie in faillissement van dat toeval afhankelijk wordt gemaakt. Te meer omdat op deze manier niemand meer de afweging lijkt te maken of de kwalificatie van een vordering als boedelvordering gelet op de in het faillissementsrecht geldende uitgangspunten – of zo men wil: op rechtspolitieke gronden – wel gerechtvaardigd is. De wetgever niet, de bestuursrechter evenmin en vanwege het automatisme waarmee de Hoge Raad naar het oordeel van de bestuursrechter verwijst, ook de Hoge Raad niet. De Hoge Raad stelt terecht

voorop dat de vraag hoe een vordering in faillissement classificeert een civielrechtelijke vraag is. Des te opmerkelijker is het dat hij de toepassing van het relevante civielrechtelijke criterium volledig afhankelijk maakt van het oordeel van de bestuursrechter over een bestuursrechtelijke vraag. Ruimte voor een (nadere) afweging of de daaruit volgende conclusie wel in lijn is met de civielrechtelijke uitgangspunten die voor het overige in dat classificatievraagstuk een belangrijke rol spelen, lijkt er dan niet meer te zijn.

Ik ben van mening dat bij die uitgangspunten beter past, dat ook publiekrechtelijke verplichtingen die zijn terug te voeren op een overtreding van de regelgeving die al dateert van vóór de faillietverklaring, 'gewoon' – volgens de *default* – verifieerbaar zijn. Op grond van het wettelijk systeem zou de classificatie van een publiekrechtelijke verplichting als boedelschuld beperkt moeten blijven tot verplichtingen die zijn terug te voeren op een schending van de regelgeving, zoals een milieuovertreding, voor zover die zich na de faillietverklaring heeft voorgedaan en aan de afwikkeling van het faillissement kan worden toegerekend in de hiervoor door mij bedoelde zin. Denk bijvoorbeeld aan de overtreding die ontstaat of verergert tijdens een bedrijfsvoortzetting door de curator.³⁰ Natuurlijk, de curator en via hem de (andere) faillissementsschuldeisers moeten hun schuldenaar nemen zoals die is, maar dat doen zij door bij het verhaal op het ontoereikende vermogen te *concurreren* met de vordering van het bestuursorgaan.³¹ Ik zie in het wettelijk systeem onvoldoende grond waarom het bestuursorgaan in een geval als dat van RTC op hen zou moeten *voorgaan*.

Mr. dr. G.A.J. Boekraad

²⁸ HR 2 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:112.

²⁹ Dit opmerkelijke verschil werd al signaleerd door A. Karapetian, 'De ene publiekrechtelijke vordering is de andere niet in faillissement?', *TvI* 2021/25.

³⁰ Zie in vergelijkbare zin: Rb. Zeeland-West-Brabant 19 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1960 (*Thermphos*) en het Belgische Hof van Cassatie 23 januari 2015, *JOR* 2015/90 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij/De Ridder q.q.*).

³¹ Of het bestuursorgaan ook een vordering ter zake van verbeurde bestuursrechtelijke dwangsommen ter verificatie moet kunnen indienen – iets dat volgens artikel 611e Rv voor civielrechtelijke dwangsommen om goede redenen überhaupt niet mogelijk is – laat ik dan nog maar even in het midden.