

ARTIKEL 8:22 AWB: SCHAKEL TUSSEN DE CURATOR EN DE BESTUURSRECHTELIJKE BEROEPSPROCEDURE

Tom Barkhuysen & Erwin Noordover*

Om de consequenties van een faillissement voor de procedure bij de bestuursrechter te regelen, is artikel 8:22 in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) opgenomen. Deze schakelbepaling in de Awb leidt ertoe dat in geval van (i) faillissement, (ii) surseance van betaling of (iii) toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen de artikelen 25, 27 en 31 Faillissementswet (Fw) van overeenkomstige toepassing zijn in de beroepsprocedure bij de bestuursrechter. Deze artikelen uit de Fw strekken ertoe de curator bij uitsluiting van de gefailleerde te laten procederen bij de bestuursrechter over een besluit betreffende de failliete boedel.¹ Hiermee verkrijgt de curator in de bestuursrechtelijke procedure een vergelijkbare positie als in de civielrechtelijke procedure.² Door de koppeling in artikel 7:1 Awb is de curator ook ontvankelijk geworden in de voorafgaande bezwaarprocedure bij het bestuursorgaan dat het bestreden besluit nam.³

1 Curator is ontvankelijk als het besluit de boedel raakt

Kort en goed leidt de toepassing van artikel 8:22 Awb ertoe dat alleen de curator ontvankelijk is in beroep bij de rechter voor zover het een besluit betreft dat de boedel kan raken. In het eerste lid van artikel 25 Fw wordt de curator namelijk de bevoegdheid toegekend om rechtsvorderingen in te stellen die rechten of verplichtingen van de failliete boedel tot onderwerp hebben. In het bestuursrecht vertaalt zich dit naar de ontvankelijkheid in een beroep tegen een besluit, dat de rechten of verplichtingen van de boedel kan raken. De gefailleerde zelf kan wel nog rechtsvorderingen instellen, maar uit artikel 25, lid 2 Fw volgt dan dat een veroordeling van de gefailleerde geen rechtskracht heeft tegenover de failliete boedel. De gefailleerde wordt daarom in het bestuursrecht niet-ontvankelijk verklaard. De gefailleerde kan echter wel ontvankelijk zijn in een beroep tegen een besluit dat de failliete boedel niet raakt, bijvoorbeeld wanneer een handhavingssanctie aan hem is opgelegd na faillissement.⁴ Een bestuursrechter moet dan ook beoordelen in hoeverre een besluit de rechten of verplichtingen van de boedel betreft om een oordeel over de ontvankelijkheid van de gefailleerde te geven. Een vernietiging van een bestemmingsplan kan

bijvoorbeeld de boedel raken doordat het een grondslag kan bieden voor een vordering tot schadevergoeding jegens de gemeente.⁵ In dat geval is enkel de curator ontvankelijk in beroep. Ook kan een handhavingssanctie een besluit betreffen dat de boedel raakt. De Afdeling heeft namelijk in enkele uitspraken duidelijk gemaakt dat de curator van een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer is aan te schrijven voor de naleving van wet- en regelgeving door de inrichting. Een handhavingssanctie kan dan ook aan de curator worden opgelegd en de tenuitvoerlegging daarvan, zoals het innen van verbeurde lasten onder dwangsommen, raakt de boedel.⁶

Ook als het faillissement wordt uitgesproken nadat de gefailleerde in beroep is gegaan, is alleen de curator ontvankelijk in beroep als het besluit de boedel raakt. De gefailleerde wordt dan ook niet-ontvankelijk verklaard voor zover het beroep is gericht tegen een dergelijk besluit. Oftewel, het uitspreken van een faillissement tijdens een lopende beroepsprocedure kan tot gevolg hebben dat een partij niet langer ontvankelijk is.

2 Overname lopende beroepsprocedure

De curator kan de lopende beroepsprocedure van de gefailleerde overnemen op grond van artikel 27, lid 3 Fw. Door deze

overname kan de curator zelf de procedure voortzetten. Als alternatief kan de curator ook de gefailleerde machtigen de procedure namens de curator te blijven voeren. Dit is althans door de Afdeling bestuursrechtspraak aanvaard in een hogerberoepszaak. In eerste aanleg had de rechtbank geoordeeld dat de curator de procedure niet had overgenomen, ondanks een door de curator bekrachtigde overeenkomst van lastgeving op grond waarvan een aandeelhouder van de failliet de procedure kon voeren. De Afdeling ziet echter in de correspondentie van de curator, waaronder een bekrachtiging van een lastgeving tot het instellen van bezwaar en beroep, afdoende grond voor de stelling dat het beroep ten behoeve van de curator is ingesteld. De gefailleerde kon de procedure dan ook in naam van de curator voortzetten.⁷

Om een dergelijke overname kan het bestuursorgaan ook verzoeken. Als het faillissement wordt uitgesproken gedurende een beroepsprocedure die door de gefailleerde is gestart, dan kan het bestuursorgaan, dat het bestreden besluit heeft genomen, aan de bestuursrechter een schorsing verzoeken (zie art. 27, lid 1 Fw). Het bestuursorgaan krijgt dan van de bestuursrechter een termijn om de curator zelf op te roepen het geding over te nemen. Als een curator



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

geen gehoor geeft aan een dergelijke oproep, dan kent het tweede lid van artikel 27 Fw het bestuursorgaan het recht toe ontslag van instantie te vragen. In het bestuursrecht leidt de honorering van een dergelijk verzoek tot een niet-ontvankelijkverklaring van de gefailleerde aangezien de bestuursrechter niet de bevoegdheid heeft om een ontslag van instantie uit te spreken.⁹

Overigens hoeft een te late reactie van de curator op een verzoek om overname niet zonder meer te leiden tot een niet-ontvankelijkheid. In navolging van de Hoge Raad heeft de Afdeling bestuursrechtspraak overwogen dat artikel 27, lid 2 Fw niet dwingt tot een toewijzing van een vordering tot verlening van ontslag van instantie. De rechter mag een dergelijke vordering onder omstandigheden afwijzen. Bij het beoordelen van een vordering dient de rechter het belang van de verzoeker af te wegen tegen het belang van de wederpartij bij een beslissing op het materiële geschil. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft vervolgens het aanmerkelijk grotere financiële belang aan de zijde van de curator bij de voortzetting van de procedure zwaarder laten wegen dan het geringe financiële belang aan de zijde van het bestuursorgaan. Ook al was de curator dus te laat met diens reactie, toch mocht hij de procedure nog overnemen.⁹

Als het faillissement echter wordt uitgesproken nadat de bestuursrechter een uitnodiging voor een zitting heeft verstuurd,

blijft de gefailleerde wel ontvankelijk. Dit volgt uit artikel 8:22, lid 2 Awb. De curator kan dan niet meer de procedure overnemen, ook niet als de gedaagde hierom verzoekt. De gedaagde kan ook geen ontslag van instantie meer vragen. Uiteindelijk heeft de uitspraak van de bestuursrechter in deze situatie nog wel rechtskracht tegenover de failliete boedel.

3 Reikwijdte artikel 8:22 Awb: andere bepalingen uit Fw niet van toepassing

De schakelbepaling artikel 8:22 Awb wijst expliciet naar drie artikelen uit de Fw. Dit heeft bij onder meer de Rechtbank Gelderland tot de conclusie geleid dat andere bepalingen niet van toepassing zijn in de bestuursrechtelijke procedure. Het betrof concreet artikel 29 Fw, waarin de schorsing van lopende rechtsvorderingen tot de nakoming van een verbintenis door de boedel is geregeld. Aangezien deze bepaling niet van toepassing is via artikel 8:22 Awb, was er ook geen aanleiding anders aan te kijken tegen de niet-ontvankelijkheid van de curator in deze beroepsprocedure.¹⁰ Dit oordeel is te begrijpen in het licht van de vergaande consequenties van toepassing van artikel 29 Fw. Een lopende beroepsprocedure wordt namelijk geschorst, hetgeen niet alleen de overheid, maar ook derden kan raken. Denk hierbij bijvoorbeeld aan lopende handhavingstrajecten of wijzigingen van

bestemmingsplannen, waar veelal belangen van derden bij zijn betrokken. Het bestuursrecht is nu eenmaal een aparte tak van sport, waarop de wetgever gezien artikel 8:22 Awb slechts specifieke bepalingen uit de Fw van toepassing wilde hebben. Een analogische toepassing van artikel 29 Fw is vanwege deze gevolgen voor het systeem van de bestuursrechtspraak ook niet reëel.¹¹

4 Afronding

De interactie tussen het bestuursrecht en het faillissementsrecht is niet zonder controverse.¹² Weliswaar voorziet artikel 8:22 Awb in de toegang van de curator tot de bestuursrechtelijke procedure, maar veel vragen betreffende de bestuursrechtelijke consequenties voor een faillissement blijven daarmee nog onbeantwoord. En over de beantwoording van deze vragen kan verschillend worden gedacht. Als het bijvoorbeeld gaat over financiële consequenties van bestuursrechtelijke besluitvorming is discussie mogelijk over de verhaalbaarheid daarvan op de boedel als zijnde een boedelschuld.¹³ Ook over het antwoord op de vraag of de curator als overtreder is aan te merken, kan verschillend worden gedacht.¹⁴ Van de toegang tot de bestuursrechtelijke procedure is dan ook door curatoren dankbaar gebruik gemaakt om de consequenties van het bestuursrecht voor een faillissement inzichtelijk te maken. ■

* Prof.mr. T. Barkhuysen en mr. E.M.N. Noordover zijn advocaat te Amsterdam. Eerstgenoemde is daarnaast hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Zie art. 8:108 lid 1 Awb voor de toepasselijkheid van art. 8:22 Awb in hoger beroep.

2 Zoals ook Cbb 13 november 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB8366, waarin dit expliciet wordt overwogen.

3 Zie bijv. Rb. Gelderland 22 september 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5065, waar de curator in bezwaar was gegaan tegen een besluit van de Belastingdienst.

4 ABRvS 26 juni 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE4628.

5 ABRvS 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2036.

6 Zie o.m. E.M.N. Noordover, 'De curator als overtreder', *Tvl* 2015/12; W.J. Bosma & J.L. Snijders, 'Bestuursrechtelijke handhaving en faillissement', *O&A* 2016/77.

7 ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4564, *AB* 2015/48, m. nt. C.M.M. van Mil; vgl. E.M.N. Noordover, 'Baat het niet, dan schaad het (mogelijk) wel', *Bb* 2015/40.

8 ABRvS 22 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ8788.

9 ARBvS 27 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1186.

10 Rb. Gelderland 22 september 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:5065; zie ook ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7072, *AB* 2012/126, m.nt. J.H.A. van der Grieten voor eenzelfde oordeel

en T. Barkhuysen & M. Claessens, 'Bestuursrecht en faillissementsrecht: een ongemakkelijke relatie', *Tvl* 2012/18 over deze uitspraak.

11 Zie C.C. de Kluijver & O. Oost, 'Schakelbepalingen in de volgende versnelling', *AA* 2017, afl. 1, p. 4-5 (AA20170004) voor de mogelijkheid van een analogische toepassing bij afwezigheid van een expliciete schakelbepaling.

12 Zie ook Barkhuysen & Claessens, *Tvl* 2012/18.

13 ABRvS 23 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261, *AB* 2013/95, m.nt. C.M.M. van Mil.

14 Zie onder meer het overzicht van standpunten daaromtrent in Noordover, *Bb* 2015/40.