

Tijdschrift voor Insolventierecht, Bestuursrecht en faillissementsrecht: een ongemakkelijke relatie

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	Tvl 2012/18	Bijgewerkt tot:	12-06-2012
Auteur:	Prof. mr. T. Barkhuysen en mr. M. Claessens ^[1]		-

Bestuursrecht en faillissementsrecht: een ongemakkelijke relatie

De casus van de subsidie-intrekking

1. Introductie

Directe aanleiding voor deze bijdrage is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('ABRvS' of 'Afdeling') van 7 december 2011 over de gevolgen van een subsidie-intrekkings- en terugvorderingsbesluit van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ('VWS') in het faillissement van de Stichting Meavitagroep.^[2] Alvorens wij toekomen aan het bespreken van deze uitspraak, geven we eerst de relevante rechtsoverwegingen van de Afdeling weer. Deze luiden als volgt:

- 2.2** Bij besluiten van 18 september 2008 en 9 december 2008 heeft de minister aan Meavita subsidies verleend ten behoeve van de mobiliteitsbevordering in de thuiszorgsector en in verband met de personele gevolgen bij de invoering van de Wmo [Wet maatschappelijke ondersteuning, eigen toevoeging] voor de periode van 1 januari 2008 tot en met 31 december 2008 tot een maximaal bedrag van respectievelijk € 860.549,00 en € 691.500,00. Hieraan is de verplichting verbonden dat de subsidieverantwoording binnen vier maanden na afloop van de projectperiode wordt ingediend. Meavita is op 9 maart 2009 failliet verklaard. (...)
- 2.3.1.** Ingevolge artikel 8:22, eerste lid, van de Awb, voor zover thans van belang, is in geval van faillissement artikel 25 van de Faillissementswet van toepassing. Op grond van artikel 25, eerste lid, van de Faillissementswet worden rechtsvorderingen, welke rechten of verplichtingen tot de failliete boedel behorende ten onderwerp hebben, zowel tegen als door de curator ingesteld. Nu de subsidievaststelling en terugvordering de failliete boedel raken, zijn de curatoren gerechtigd tot het instellen van beroep. De rechtbank heeft dit niet onderkend. Dit leidt echter niet tot het oordeel dat de aangevallen uitspraak niet in stand kan blijven nu de duiding door de rechtbank van Meavita als enige procespartij niet in de weg heeft gestaan aan de inhoudelijke bespreking van het mede door de curatoren ingestelde beroep. (...)
- 2.4.1.** Tegen het besluit tot subsidievaststelling staat ingevolge de Awb bezwaar en beroep open. Dat dit besluit na die bestuursrechtelijke rechtsgang formele rechtskracht kan krijgen, leidt niet tot doorkruising van de faillissementsprocedure als door de curatoren en Meavita gesteld. De minister krijgt namelijk pas een vordering uit onverschuldigde betaling op Meavita door het besluit tot subsidievaststelling op nihil en terugvordering. Die vordering kan de minister vervolgens overeenkomstig de Faillissementswet indienen bij de curatoren. Anders dan de curatoren en Meavita betogen, was de minister en was de rechtbank dan ook niet gehouden de bezwaarprocedure respectievelijk de beroepsprocedure inzake de subsidievaststelling aan te houden totdat er duidelijkheid is over de verificatievergadering. Die gehoudenheid bestaat evenmin op grond van artikel 29 van de Faillissementswet nu deze bepaling in de Awb niet van overeenkomstige toepassing is verklaard voor bestuursrechtelijke procedures. (...)
- 2.5.1.** (...) De minister heeft in de besluiten van 30 juni 2010 de belangen van de failliete boedel minder zwaarwegend geacht dan het publieke belang van verantwoording van publieke middelen. De rechtbank heeft terecht geen aanleiding gezien voor het oordeel dat deze belangenafweging leidt tot strijd met het evenredigheidsbeginsel. Dat de gesubsidieerde activiteiten zijn uitgevoerd, zoals de curatoren en Meavita stellen, heeft de rechtbank evenmin tot dit oordeel kunnen leiden aangezien de

minister door het ontbreken van de verantwoordingsinformatie niet heeft kunnen vaststellen of die activiteiten zijn uitgevoerd. Ten aanzien van de stelling dat een medewerker van het ministerie heeft erkend dat Meavita die activiteiten heeft verricht, heeft de rechtbank terecht overwogen dat daaraan niet het gerechtvaardigd vertrouwen kan worden ontleend dat de subsidie grotendeels conform de subsidieverlening zou worden vastgesteld, aangezien in het geheel geen verantwoordingsinformatie is overgelegd.”

Deze uitspraak is om meerdere redenen het bespreken waard. Niet in de laatste plaats omdat het faillissementsrecht niet dikwijls met het bestuursrecht in aanraking komt in een hoger beroepsprocedure bij de Afdeling. Meavita had voordat zij failliet was verklaard van de Minister van VWS bij besluiten van 18 september 2008 en 9 december 2008 in de vorm van voorschotten subsidie ontvangen ten bedrage van € 691.500 en € 860.549. Deze subsidieverlening is blijkens de Afdelingsuitspraak na het faillissement van Meavita door de minister ingetrokken en teruggevorderd bij brieven van onbekende datum, zodat ook pas na de faillietverklaring de vordering tot (terug)betaling is ontstaan. De daartegen ingediende bezwaarschriften zijn vervolgens door de Minister van VWS ongegrond verklaard bij brieven van 30 juni 2010. Omdat deze brieven zijn aan te merken als besluiten in de zin van art. 1:3 Awb is er door de curatoren en Meavita hiertegen een procedure aanhangig gemaakt bij de Rechtbank 's-Gravenhage (Sector bestuursrecht) en daarna bij de ABRvS.^[3]

In deze bijdrage zullen wij eerst ingaan op de wettelijke schakelbepaling tussen het bestuursrecht en het faillissementsrecht: art. 8:22 Awb. Dit wetsartikel regelt kort gezegd wanneer de gefailleerde zelf en/of de curator voor de gefailleerde kan respectievelijk kunnen optreden in bestuursrechtelijke procedures (par. 2). Vervolgens beschrijven wij kort de procedure inzake de subsidieverstrekking, zoals die op grond van de Algemene wet bestuursrecht is voorgeschreven. Het gaat in de onderhavige uitspraak immers om een subsidie in de zin van de Awb (par. 3). Daarna gaan we in op de verhouding tussen het bestuursrecht en het faillissementsrecht (par. 4-9). Dit naar aanleiding van de door de curatoren en Meavita aangevoerde beroepsgronden en het oordeel van de Afdeling daarover. Verder trekken wij deze bijdrage over deze uitspraak breder, in die zin dat we ingaan op andere (denkbare) gevallen waarin de curator met het bestuursrecht in aanraking kan komen (par. 9). Tot slot volgt een conclusie met enkele praktische aanbevelingen alsmede wenken aan de wetgever (par. 10).

2. De ontvankelijkheid van curator en gefailleerde in de bestuursrechtelijke procedure op grond van art. 8:22 Awb

In art. 8:22 Awb is bepaald dat ‘in geval van faillissement, surséance van betaling of toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen de artikelen 25, 27 en 31 van de Faillissementswet van overeenkomstige toepassing zijn’. Gelet op art. 49 lid 1 Wet op de Raad van State heeft art. 8:22 Awb ook toepassing in de hoger beroepsprocedure bij de Afdeling. De in art. 8:22 Awb genoemde bepalingen uit de Faillissementswet (‘Fw’) hebben kort gezegd betrekking op de mogelijkheid van de curator om als procespartij deel te nemen aan (al ten tijde van de faillietverklaring aanhangige) procedures over rechtsvorderingen die de failliete boedel als onderwerp hebben. Blijkens de bestuursrechtelijke jurisprudentie stellen de bestuursorganen (of de curator zoals in het onderhavige geval) zich onder verwijzing naar deze wetsbepaling met enige regelmaat op het standpunt dat de gefailleerde niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard in het desbetreffende beroep, omdat de wetsartikelen uit de Fw de gefailleerde niet als procespartij zouden toestaan.^[4] Dit gaat echter, zoals hierna zal blijken, niet zomaar op.

Volgens de parlementaire toelichting op art. 8:22 Awb is deze bepaling een ‘pendant van de regeling in de Faillissementswet voor het al of niet voortzetten van aanhangige civielrechtelijke gedingen en de vertegenwoordiging in het geding in geval van faillietverklaring (...)’.^[5] Het College van Beroep voor het bedrijfsleven neemt in de uitspraak over het faillissement van HE International BV aan dat met de verwijzing in art. 8:22 Awb naar bepalingen uit de Fw wordt beoogd een regeling te treffen, die inhoudt dat de gevolgen van een faillissement voor de positie van een partij in een bestuursrechtelijke procedure in beginsel zoveel mogelijk gelijk zijn aan de gevolgen die het faillissement in een civielrechtelijke procedure zou hebben (r.o. 4.1.2).^[6] In dat kader is volgens het CBB ten eerste de overweging in het Hoge Raad-arrest van 1 mei 1914 relevant, dat naar de strekking van art. 25 Fw ook door de gefailleerde zelfstandig beroep kan worden ingesteld.^[7] Ten tweede verwijst het CBB naar HR 18 november 1984 waarin is geoordeeld dat de gefailleerde die zelf in hoger beroep is gegaan,

^[8]

op grond van art. 27 Fw niet niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.— Art. 27 Fw geeft de wederpartij slechts bevoegdheden op te komen tegen het instellen van de rechtsvordering door de gefailleerde, wanneer deze rechtsvordering al ten tijde van de faillietverklaring aanhangig is. De wederpartij kan dan verzoeken het geding te schorsen, waarin hem de gelegenheid wordt geboden de curator tot overneming van het geding op te roepen. Het CBB heeft deze regel vervolgens in zijn bestuursrechtelijke uitspraak gehanteerd. Hierin was aan het CBB de rechtsvraag voorgelegd of HE International B.V., ondanks het faillissement op eigen naam beroep kon instellen tegen besluiten die dateren van na de faillietverklaring. Deze situatie is aldus gelijk aan die van de onderhavige uitspraak. Onder verwijzing naar de genoemde Hoge Raad-jurisprudentie oordeelt het CBB vervolgens dat met toepassing van art. 25 Fw (via de band van art. 8:22 Awb) niet zonder meer de failliet niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in de door hem ingestelde beroepsprocedure. Daarvoor is volgens het CBB vereist dat de wederpartij verzoekt om verval van instantie in de termen van art. 27 Fw. Uit de onderliggende Afdelingsuitspraak volgt dat zowel de curatoren als Meavita zelfstandig gerechtigd zijn tot het instellen van beroep. De Afdeling verwijst hiervoor naar art. 8:22 Awb. Geen verwijzing wordt gemaakt naar art. 27 Fw, waarschijnlijk omdat de Minister van VWS niet had aangegeven van zijn bevoegdheid in dit wetsartikel gebruik te willen maken.^[9] De rechtbank oordeelde in eerste aanleg nog anders, namelijk dat alleen Meavita gerechtigd was om als procespartij tegen het intrekings- en invorderingsbesluit van de subsidie van de Minister van VWS op te treden. Onzes inziens is de Afdeling tot het juiste oordeel gekomen, gezien de strekking van art. 8:22 Awb en de civielrechtelijke jurisprudentie inzake art. 25 en 27 Fw. In ieder geval raden wij aan indien mogelijk op naam van zowel de failliet als de curatoren een bestuursrechtelijke procedure aanhangig te maken. Dan zijn partijen in ieder geval zeker dat het ingestelde beroep inhoudelijk wordt behandeld (in eerste aanleg).

3. De subsidieprocedure in het bestuursrecht

Alvorens wij vervolgens toekomen aan de in deze uitspraak centraal staande vraag of de bestuursrechtelijke vaststelling van subsidies niet (ten onrechte) het stelsel van de Fw doorkruist, is eerst relevant om het bestuursrechtelijk kader rondom de verstrekking van subsidies te bespreken.^[10]

De te volgen procedure bij subsidiëring is wettelijk neergelegd in Titel 4.2 Awb. De grondslag op basis waarvan de desbetreffende subsidie kan worden verstrekt (art. 4:23 Awb) is te vinden in een bijzondere regeling en niet in de Awb zelf. Op grond van art. 4:21 lid 1 Awb wordt onder een subsidie verstaan 'de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.' De bijzondere regeling die in casu geldt, is (art. 3 van) de Kaderwet VWS-subsidies in relatie met de Subsidieregeling mobiliteitsbevordering thuiszorgsector 2008^[11] en de Subsidieregeling personele gevolgen Wmo 2008.^[12] Wanneer een organisatie een bepaalde subsidie wenst te ontvangen, dient zij hiervoor een aanvraag in conform de eisen van de desbetreffende subsidieregeling. Vervolgens beslist het bevoegde bestuursorgaan op de aanvraag. De Minister van VWS heeft de aanvraag van Meavita in 2008 gehonoreerd en een beschikking tot subsidieverlening genomen in de zin van art. 4:29 Awb. Na deze verlening heeft de Minister van VWS het verleende subsidiebedrag uitbetaald in de vorm van voorschotten (zoals ook omschreven in de artikelen 7 en 8 Subsidieregeling inzake mobiliteitsbevordering en de artikelen 9 en 10 van de Subsidieregeling inzake de personele gevolgen) ten behoeve van de uitvoering van de gesubsidieerde activiteiten.^[13] Op grond van de twee subsidieregelingen is daarna Meavita weer aan zet, waarover de Minister van VWS Meavita ook meermalen per brief heeft geïnformeerd. Op grond van art. 19 Subsidieregeling inzake personele gevolgen en art. 16 Subsidieregeling inzake de mobiliteitsbevordering (in lijn met art. 4:44 Awb) was Meavita namelijk gehouden om vóór 1 mei 2009 een aanvraag bij de Minister van VWS in te dienen voor de *vaststelling* van de verleende subsidie. Deze aanvraag houdt feitelijk een verantwoording in van de subsidiebesteding. Op de aanvraag wordt vervolgens een beschikking tot subsidievaststelling genomen door het bestuursorgaan. Deze vaststelling is in het subsidierecht een noodzakelijke stap voor de subsidieverstrekking, want dan pas wordt het bestuursorgaan daadwerkelijk en definitief verplicht tot betaling van (de reeds verleende en mogelijk als voorschot reeds uitbetaalde) subsidie.^[14] Van een dergelijke daadwerkelijke en definitieve betalingsverplichting is dus nog niet zozeer sprake ten tijde van de subsidieverlening en de daarbij eventueel behorende bevoorschotting. Tevens is de vaststelling van de subsidie een voorwaarde om een eventueel besluit te kunnen nemen tot (gedeeltelijke) terugvordering van de reeds (bij wijze van voorschot) uitbetaalde subsidie.^[15] De eerdere subsidie *verlening* wordt daarentegen nog wel eens

overgeslagen, bijvoorbeeld wanneer de subsidiabele activiteit al heeft plaatsgevonden. Wanneer de aanvraag (c.q. de verantwoording) tot subsidievaststelling ontbreekt zoals in het onderhavige geval, kan het bestuursorgaan ambtshalve overgaan tot vaststelling van de subsidie (art. 4:44 lid 4 Awb). Dit heeft dan wel mogelijk tot gevolg dat de subsidie slechts gedeeltelijk of op nihil wordt vastgesteld, omdat de subsidieontvanger feitelijk geen verantwoording heeft afgelegd over de reeds ontvangen voorschotten. De voorschotten die dan blijkens de subsidievaststelling teveel zijn betaald, kunnen vervolgens door het bestuursorgaan (gedeeltelijk) worden teruggevorderd op de grondslag van art. 4:57 Awb. Overigens wordt een onvolledige aanvraag buiten behandeling gelaten als voorzien in art. 4:5 Awb.^[16] Dit heeft echter feitelijk hetzelfde gevolg als het ontbreken van een aanvraag, omdat in beide gevallen het bestuursorgaan de subsidie op nihil kan vaststellen en reeds betaalde voorschotten wegens 'onverschuldigde betaling' in de zin van art. 4:57 Awb kan terugvorderen.^[17] In het subsidierecht spreekt men van een 'terugvordering uit onverschuldigde betaling' zodra een vaststellingsbeschikking is genomen en het bestuursorgaan op grond daarvan (een gedeelte van) de subsidie wenst terug te vorderen. Van deze terminologie wordt daarom ook gebruik gemaakt in het geval dat de gehele subsidie wordt ingetrokken en feitelijk nimmer een verplichting voor de minister heeft bestaan tot betaling van subsidie. Die verplichting ontstaat zoals hiervoor is uiteengezet namelijk nog niet met de subsidieverlening (en bevoorschotting) maar pas bij de subsidievaststelling. In het subsidierecht wordt (ook) in die gevallen gesproken van een terugvordering uit onverschuldigde betaling.^[18]

In het kader van de subsidieprocedure is het overigens relevant voor ogen te hebben dat het bestuursorgaan (in dit geval de Minister van VWS) in beginsel een vaststellingsbesluit wil nemen vanwege – en zoals door de Minister van VWS in de Meavita subsidiezaak is aangevoerd – het publieke belang van verantwoording van publieke middelen. Wanneer dan de aanvraag tot vaststelling uitblijft, vloeien hieruit voor Meavita en de curatoren in beginsel de volgende twee nadelige gevolgen voort. Dit is ten eerste dat de beschikking van de minister dan hoogstwaarschijnlijk leidt tot het vaststellen van de subsidie op nihil. Het tweede gevolg is dat als gevolg van de besluitvorming bestuursrechtelijke (fatale) termijnen gaan lopen voor het indienen van bezwaar bij het bestuursorgaan en later voor het instellen van beroep bij de bestuursrechter op 'straffe' van formele rechtskracht. Gelet op de bestuursrechtelijke regels komen deze beide gevolgen in beginsel voor rekening van de curatoren en Meavita. Het is vervolgens aan hen om aan te tonen dat de Minister van VWS (procedureel) anders had moeten beslissen.

4. Evenredigheid van de terugvordering

Terug naar de feitelijke gang van zaken rondom de subsidieverlening en -vaststelling met betrekking tot Meavita. Blijkens de uitspraak heeft de minister op de dag van faillietverklaring van Meavita en daags daarna bij afzonderlijke brieven Meavita herinnerd aan de naderende deadline van 1 mei 2009 voor het indienen van een aanvraag tot vaststelling van de subsidie. Deze termijn is verstreken zonder dat een aanvraag tot vaststelling is ingediend. Wel blijkt uit het procesdossier dat de curatoren de Minister van VWS hebben verzocht tot schorsing van de vaststellingsprocedure vanwege het faillissement van Meavita. Dit verzoek is door de minister afgewezen op de grond dat hij gelet op de betreffende Subsidieregelingen verplicht is een vaststellingsbesluit te nemen. In aanvulling daarop is relevant op te merken dat een schorsing van de procedure ook pas mogelijk is nádat een vaststellingsbesluit is genomen. Naar de regels van het bestuursrecht vangt namelijk dan pas een procedure aan en kan die logischerwijs ook dan pas worden geschorst. In die zin maakt de aanvraag tot het indienen van een vaststellingsbesluit ook nog geen onderdeel uit van de procedure en had deze vanuit het bestuursrecht gezien moeten worden ingediend. De curatoren van Meavita hebben dit, ondanks de afwijzing van het schorsingsverzoek, niet (alsnog) gedaan. Bij afzonderlijke brieven d.d. 7 augustus 2009 heeft de Minister van VWS daarom vervolgens op grond van de 'Beleidsregels handhaving subsidiebepalingen VWS' Meavita nogmaals een nieuwe termijn van vier weken gegeven om alsnog aan de verplichting tot het indienen van een aanvraag te voldoen. Toen daarop wederom geen aanvraag tot vaststelling binnenkwam, heeft de minister Meavita schriftelijk in gebreke gesteld en de nog vast te stellen subsidie al met tien procent gekort. Tevens is Meavita in die brief geïnformeerd (c.q. gewaarschuwd) dat wanneer de minister na de nieuwe termijn van 31 oktober 2009 nog steeds geen aanvraag heeft ontvangen, dit kan leiden tot het op nihil vaststellen van de subsidie.

Gelet op het voorgaande en gezien het verloop van een en ander komen wij tot de conclusie dat de Afdeling

terecht oordeelt dat de Minister van VWS in redelijkheid heeft kunnen overgaan tot het vaststellen van de subsidie op nihil (en terugvordering van het subsidiebedrag). Het beroep van de curatoren en Meavita op het evenredigheidsbeginsel brengt daar naar het oordeel van de Afdeling geen verandering in. Nu zou men mogelijk kunnen redeneren dat, nu de gesubsidieerde activiteiten wel zijn uitgevoerd en slechts de administratie achteraf niet op de voorgeschreven wijze is verlopen, dit reden is om op grond van het evenredigheidsbeginsel de subsidie maar voor een gedeelte terug te vorderen. Een beroep op het evenredigheidsbeginsel leidt echter slechts tot marginale toetsing door de bestuursrechter, omdat de subsidiesanctie een herstelsanctie is.^[19] De curatoren en Meavita hadden daarom met zeer overtuigende redenen moeten komen waarom zij niet de verantwoording (aanvraag voor subsidievaststelling) hebben ingevuld.^[20] In dat kader hebben zij aangevoerd, dat wanneer zij wel een aanvraag zouden hebben ingediend dit hoge kosten met zich zou hebben meegebracht voor de benodigde accountantsverklaring. Met betrekking tot die kosten hebben de curatoren in ogenschouw genomen dat het in dit faillissement nog zeer onzeker is of het uiteindelijk tot uitkering uit de boedel aan de concurrente schuldeisers komt. Wanneer dan hoge kosten worden gemaakt ten laste van de boedel, zou dit kunnen worden gezien als een onnodige belasting van de boedel op basis waarvan de curatoren mogelijk persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van de Maclou-norm. Anderzijds merken wij op dat wanneer het wel tot uitkering van de boedel zou komen, het dan erg vervelend uitpakt wanneer de subsidie zou zijn teruggevorderd alleen omdat niet tijdig een volledige aanvraag is ingediend. De schuld zou anders mogelijk € 1,5 miljoen lager zijn uitgevallen.

Hoe dan ook, de Afdeling vindt het uitblijven van een aanvraag wegens de hoge kosten voor een accountantsverklaring geen bijzondere grond op basis waarvan moet worden geoordeeld dat het evenredigheidsbeginsel is geschonden. Zonder aanvraag is het voor de minister niet inzichtelijk of, en zo ja in hoeverre, de gesubsidieerde activiteiten daadwerkelijk hebben plaatsgevonden. Wij kunnen ons met een bestuursrechtelijke bril op in deze uitspraak vinden. Het is volgens ons van belang mee te wegen in de beoordeling dat de Minister van VWS Meavita en de curatoren meermalen heeft gewaarschuwd een aanvraag voor de vaststelling in te dienen met aankondiging van een terugvordering als sanctie. Wanneer een subsidieontvanger geen – of te laat – een aanvraag tot subsidievaststelling indient (of pas na de verstreken termijn om een schorsing verzoekt die wordt afgewezen), en daardoor feitelijk geen verantwoording aflegt over de besteding van de verleende subsidie, komt dit mede gelet op het publieke belang van verantwoording van publieke middelen in beginsel voor rekening van de subsidieontvanger. Het is dan zeer aannemelijk en te verwachten dat de subsidie wordt teruggevorderd door het bestuursorgaan. Deze conclusie is gelet op de onderhavige Afdelingsuitspraak klaarblijkelijk niet anders in een (groot) faillissement. De curatoren van Meavita hadden deze situatie kunnen voorkomen, door tijdig de aanvraag tot subsidievaststelling in te dienen bij de Minister van VWS. Evenwel kunnen wij de redenering van de curatoren volgen dat wanneer zij een aanvraag zouden hebben ingediend, dit wellicht onnodige kosten voor de boedel met zich had meegenomen. In die zin is het gedane schorsingsverzoek dan ook begrijpelijk. De minister heeft dit verzoek echter op basis van de huidige wetgeving terecht niet gehonoreerd, omdat de Subsidietitel van de Awb en/of de betreffende subsidieregelingen daartoe geen voorziening bieden. De procedure vangt immers, zoals gezegd, volgens het bestuursrecht pas aan nadat in dit geval de Minister van VWS het vaststellingsbesluit tot subsidie heeft genomen. Schorsing van de procedure kan derhalve niet al bij de aanvraag tot vaststelling plaatsvinden.

Wanneer bij dit obstakel wordt opgeteld dat de Fw alweer uit 1893 stamt en het algemene bestuursrecht (inclusief subsidierecht) pas in de afgelopen 20 jaar een hoge vlucht heeft genomen, is het voorstelbaar dat de Awb dan wel de Fw aanpassing op dit punt behoeft om de noodzakelijke flexibiliteit te kunnen inbrengen. Ons voorstel is dan ook om in de Subsidietitel van de Awb een bevoegdheid voor het bestuursorgaan op te nemen om in bijzondere omstandigheden desgevraagd de aanvraag tot subsidievaststelling op te schorten. Met een dergelijke discretionaire bevoegdheid voor de subsidieverstrekker kan hij waar nodig (op aanvraag van de curatoren) maatwerk leveren, zoals het geval waarin curatoren wegens een langdurig en complex faillissement om een bijzondere behandeling vragen. De beslissing op het verzoek tot schorsing is dan een appellabel besluit waartegen bezwaar en beroep kan worden ingesteld.

5. De verifieerbaarheid van de vordering uit onverschuldigde betaling

De curatoren en Meavita hebben – ondanks het ontbreken van een aanvraag tot subsidievaststelling – met de onderhavige procedure (alsnog) geprobeerd te voorkomen dat de vordering uit onverschuldigde betaling van de

Minister van VWS ten laste komt van de boedel. Zij zijn er daarbij dan ook van uitgegaan dat de vordering van de Minister van VWS verifieerbaar is. Wij vragen ons af of de curatoren niet de alternatieve weg van de 'niet-verifieerbare vordering' hadden kunnen kiezen.^[21] De Minister van VWS heeft immers pas ruim na de datum van faillietverklaring het vaststellingsbesluit en het daaruit voortvloeiende besluit tot terugvordering genomen. Verdedigbaar lijkt ons dan de stelling dat pas na deze besluiten de (opeisbare) vordering van de minister tot terugbetaling van de subsidie is ontstaan. Wanneer deze lijn wordt gevolgd kan de formele rechtskracht van het subsidiebesluit geen kwaad doen in het faillissement van Meavita ten koste van andere (concurrente) schuldeisers. De niet-verifieerbare vordering van de minister had dan door de curatoren terzijde kunnen worden geschoven. Een bestuursrechtelijke procedure tot aan de Afdeling zou dan ook niet nodig zijn geweest.

De opkomende vraag is dan nog in hoeverre een subsidie-intrekkings- en terugvorderingsbesluit van de Minister van VWS vergelijkbaar is met een belastingaanslag. Wanneer een dergelijk subsidiebesluit daarmee zou kunnen worden vergeleken, zou de terugvordering van de minister minder gemakkelijk als een niet-verifieerbare vordering kunnen worden afgedaan. De Hoge Raad heeft immers inzake het faillissement van *Kovert* geoordeeld dat een belastingschuld die materieel reeds vóór de faillietverklaring van de schuldenaar is ontstaan, maar pas na de datum van faillissement is geformaliseerd via een aanslag, alsnog verifieerbaar is ondanks dat deze ten tijde van de faillietverklaring nog niet opeisbaar was.^[22] Wanneer deze lijn wordt doorgetrokken naar subsidies, zou de verifieerbaarheid van de vordering van de minister niet kunnen worden aangetast door het gegeven dat de vordering op de dag van faillietverklaring (9 maart 2009) nog niet was ontstaan en opeisbaar was. De curatoren hebben daarom kennelijk het zekere voor het onzekere genomen en – tot op heden – zich op het standpunt gesteld dat de vordering wel eens verifieerbaar zou kunnen zijn. In een eventuele verificatievergadering kunnen de curatoren en schuldeisers zich overigens alsnog (of opnieuw) uitlaten over de vraag of de vordering van de minister verifieerbaar is. Aldaar kunnen de curatoren en/of de schuldeisers oordelen dat de vordering uit onverschuldigde betaling van de minister in de zin van art. 4:57 Awb niet voor erkenning in aanmerking komt, omdat deze van na de datum van faillissement dateert. Gelet op de stand van zaken van het faillissement van Meavita waarin tot op heden nog onduidelijkheid bestaat over de vraag of, en zo ja in hoeverre, enige uitkering aan crediteuren zal kunnen plaatsvinden, is het in die zin ook nog wel (te) vroeg om te oordelen dat de subsidieterugvordering niet-verifieerbaar is.

Men zou echter ook kunnen oordelen dat een subsidieschuld naar zijn aard niet met een belastingschuld kan worden gelijkgesteld. Waar een belasting een verplichting van de belastingplichtigen inhoudt tot betaling van een bepaald bedrag aan de Staat ten behoeve van algemene voorzieningen, is het bij een subsidie omgekeerd. In dat geval keert de Staat een geldbedrag uit aan de vennootschap ten behoeve van aangewezen activiteiten of in een bepaald tijdvak. Daarbij kan moeilijk worden gesteld dat materieel gezien in dat tijdvak al een schuld ontstaat. Het intrekken of lager vaststellen van de subsidie is op dat moment volgens de parlementaire geschiedenis van de Awb-subsidietitel dan ook uit de aard der zaak pas na de subsidieverlening mogelijk.^[23] Een subsidie kan pas worden geweigerd als er sprake is van een daadwerkelijk bestaan van het faillissement (art. 4:35 lid 2 onder b Awb, waarover verderop in deze bijdrage meer).^[24] Een belangrijke indicator is verder dat in art. 1 lid 2 Invorderingswet 1990 is bepaald dat op deze wet de Subsidietitel 4.2 van de Awb niet van toepassing is.^[25] De redenering van de Hoge Raad in het arrest *Kovert* inzake belastingschulden zou alleen daarom al niet analoog van toepassing kunnen zijn op een subsidieterugvordering als hier aan de orde. De vordering van de minister uit onverschuldigde betaling, die pas opeisbaar is geworden na de datum van faillissement door de beschikking tot terugvordering van de subsidie, kan op deze gronden niet verifieerbaar worden geacht. Een ander daartoe strekkend argument zou nog kunnen zijn dat een subsidie zijn basis vindt in een beschikking en een belastingaanslag direct is te herleiden tot de wet. Anders gezegd, voor het ontstaan van een subsidieschuld is nog een handeling van het bestuursorgaan nodig terwijl bij de belasting de schuld reeds op grond van de wet is ontstaan. De aanslag is in die zin niet meer dan een formaliteit. De schuld bestond al vóór de datum van faillietverklaring. Dit is bij een subsidie niet aan de orde, omdat voor het aannemen van een schuld nog een handeling van de minister nodig is, namelijk een intrekkings- en terugvorderingsbesluit van de vastgestelde subsidie.^[26]

Gelet op het voorgaande hadden de curatoren zich naar ons idee minder voorzichtig hoeven op te stellen en hadden zij zich op de stelling mogen beroepen dat de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de belastingschuld niet van toepassing is op de onderhavige subsidiekwestie. Wanneer deze lijn wordt aangehouden, zouden de curatoren aldus hebben kunnen betogen dat de vordering van de minister niet verifieerbaar is, omdat

deze nog niet was verschuldigd de dato het faillissement.

6. Het bestuursrecht doorkruist niet de faillissementsprocedure

Maar zoals gezegd hebben de curatoren de lijn gehanteerd dat de vordering van de minister wel verifieerbaar is (of dat in ieder geval vooralsnog zou kunnen zijn). In dat kader hebben de curatoren en Meavita betoogd dat de minister zou hebben moeten meewerken aan het naleven van bepaalde bijzondere, faillissementsrechtelijke procedureregels, omdat de terugvordering van de Minister van VWS anders niet meer in de verificatievergadering zou kunnen worden betwist wegens de formele rechtskracht van het vaststellingsbesluit. Dit zou volgens Meavita en haar curatoren tot gevolg hebben dat de minister feitelijk door middel van de bestuursrechtelijke procedure wordt bevoordeeld boven andere concurrente crediteuren. Derhalve zou de bestuursrechtelijke rechtsgang volgens Meavita en de curatoren ten onrechte de faillissementsprocedure doorkruisen. Om deze doorkruising te voorkomen verzoeken de curatoren en Meavita op grond van art. 29 Fw de bestuursrechtelijke procedure aan te houden totdat meer duidelijkheid is verkregen in de verificatievergadering. De Afdeling gaat hierin echter om twee redenen niet mee. De verkrijging van formele rechtskracht van het subsidiebesluit leidt niet tot doorkruising van de faillissementsprocedure en art. 29 Fw is niet van (overeenkomstige) toepassing op het bestuursrecht, aldus de Afdeling.

De beroepsgrond dat de bestuursrechtelijke rechtsgang ten onrechte de faillissementsprocedure doorkruist is niet nieuw. In het faillissement van Stichting Salza had de daarin benoemde curator dit argument al aangevoerd bij de Afdeling in eveneens een subsidiekwestie.^[27] De Afdeling ging hierin, net als in de onderhavige uitspraak, niet mee. De Minister van VWS heeft weliswaar pas een vordering uit onverschuldigde betaling in de zin van art. 4:57 Awb wanneer hij in het voorafgaande vaststellingsbesluit de subsidie op nihil vaststelt en de betaalde voorschotten terugvordert, maar net als iedere andere schuldeiser moet de minister zijn vordering wel aanmelden voor de verificatievergadering. In die vergadering kunnen de andere schuldeisers en curatoren dan de vordering betwisten, wanneer zij daarvoor aanleiding zien. De door de curatoren en Meavita aangeboden oplossing om de bestuursrechtelijke procedure aan te houden op grond van art. 29 Fw totdat de verificatievergadering duidelijkheid heeft geboden, is in die zin ook niet nodig. Er is immers geen probleem (meer) waarvoor een oplossing moet worden gevonden.

Er zou kunnen worden betwijfeld of deze benadering van de Afdeling juist is. Betwisting van een vordering in de verificatievergadering gevolgd door een renvooiprocedure, die plaatsvindt nadat in een procedure door de bestuursrechter is geoordeeld dat het besluit van het bestuursorgaan rechtmatig is, lijkt namelijk feitelijk niet meer goed mogelijk. De Afdeling had daarom meer aandacht kunnen besteden aan de vraag in hoeverre de materiële grondslag van een vordering uit onverschuldigde betaling (in dit geval het vaststellings- en terugvorderingsbesluit) en de daaropvolgende bestuursrechtelijke procedure over die vordering, in de weg staan aan betwisting van de vordering ter verificatie. Maar niet gezegd kan worden dat de situatie waarin feitelijke betwisting in het kader van een verificatievergadering niet meer goed mogelijk is, een vreemde eend in de bijt is van het faillissementsrecht. Er zijn andere gevallen bekend waarin feitelijke betwisting eveneens niet meer goed mogelijk is. Te denken valt aan de hiervoor genoemde belasting. Bij een onherroepelijke aanslag kan ook daarvan de materiële verschuldigdheid niet meer worden betwist. Hetzelfde geldt voor de vordering van een schuldeiser waarover al een onherroepelijk vonnis is gewezen. Ook die vordering kan dan materieelrechtelijk niet meer door de schuldeisers worden betwist. In het licht bezien van deze voorbeelden is de redenering van de Afdeling zo gek nog niet. Het komt volgens het oordeel van de Afdeling simpelweg voor risico en rekening van de curator (en schuldeisers) dat de rechtmatigheid van het subsidie-intrekkings- en terugvorderingsbesluit is komen vast te staan. Formeel beschouwd kan dit besluit overigens nog steeds in het kader van de verificatie worden betwist; materieel gezien ligt dat na deze Afdelingsuitspraak anders.

7. De toepasselijkheid van de artikelen 26 en 29 Fw in de bestuursrechtelijke procedure

De Afdeling heeft vervolgens (terecht) geoordeeld dat in het bestuursrecht geen toepassing kan worden gegeven aan art. 29 Fw. In deze wetsbepaling is opgenomen dat wanneer op het moment van de faillietverklaring reeds aanhangige rechtsvorderingen voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, het geding na de faillietverklaring wordt geschorst in afwachting van de verificatievergadering. De schorsing wordt dan slechts opgeheven en de rechtsvordering wordt dan slechts doorgezet, indien de vordering in de verificatievergadering wordt betwist. Met deze bepaling wordt aldus beoogd voorrang te geven aan de verificatieprocedure ten nadele

van – in dit geval – de reeds aanhangige bestuursrechtelijke procedure over deze rechtsvordering. Deze redenering kan echter met betrekking tot de subsidieterugvordering om tweeërlei redenen niet opgaan. Ten eerste kan art. 29 Fw alleen van toepassing zijn op de situatie waarin de bestuursrechtelijke procedure al aanhangig was op het moment van de faillietverklaring. Dat is in casu niet aan de orde. Ten tweede heeft art. 29 Fw in deze kwestie geen werking, omdat dit wetsartikel niet van overeenkomstige toepassing is verklaard in art. 8:22 Awb. Het bestuursrecht is nu eenmaal een aparte tak van sport op basis waarvan de wetgever naar valt aan te nemen in art. 8:22 Awb slechts overeenkomstige toepassing heeft willen geven aan enkele bepalingen uit de Fw. Daarmee heeft de wetgever klaarblijkelijk de werking van overige Fw-bepalingen in bestuursrechtelijke procedures willen uitsluiten. Een verklaring hiervoor is niet gegeven door de wetgever, maar denkbaar is dat de wetgever eerst de (on)rechtmatigheid van het overheidsbesluit heeft willen laten vaststellen, alvorens toe te komen aan de vraag of de vordering in faillissementsrechtelijke (en privaatrechtelijke) zin zou moeten worden betwist. De conclusie kan volgens ons dan ook niet anders luiden dan dat art. 29 Fw geen werking heeft in de(z) bestuursrechtelijke procedure.

Een interessante, resterende vraag is nog wel welk effect art. 29 Fw zou kunnen hebben in bestuursrechtelijke zaken, indien deze bepaling wel in art. 8:22 Awb van overeenkomstige toepassing zou zijn verklaard. Voor de onderhavige subsidiezaak van Meavita zou dat overigens geen wezenlijk verschil maken, omdat – zoals gezegd – de onderhavige rechterlijke procedure niet al aanhangig was op de datum van faillietverklaring van Meavita. Mocht Meavita reeds in bezwaar zijn opgekomen tegen het bestreden subsidiebesluit ten tijde van de faillietverklaring, dan zou eveneens aan art. 29 Fw geen werking hebben kunnen toekomen, omdat met het begrip ‘rechtsvordering’ in art. 29 Fw een rechterlijke procedure wordt bedoeld.

Art. 26 Fw zou voor deze situatie mogelijk wel uitkomst kunnen bieden, omdat deze bepaling in tegenstelling tot art. 29 Fw ziet op vorderingen die vóór het faillissement zijn ontstaan, maar waarvoor nog geen procedure aanhangig is ten tijde van de faillietverklaring. Vorderingen als bedoeld in art. 26 Fw kunnen volgens dit wetsartikel op geen andere wijze dan door aanmelding ter verificatie worden ingesteld. De curatoren hebben zich blijkens het procesdossier ook op deze wetsbepaling beroepen, hoewel daarover niets is terug te lezen in de uitspraak van de Afdeling. Art. 26 Fw is echter evenmin in artikel 8:22 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard op bestuursrechtelijke procedures. Ook kan de toepassing van art. 26 Fw al stuk gaan op het gegeven dat dit wetsartikel uitsluitend betrekking heeft op verifieerbare vorderingen. In paragraaf 5 van deze bijdrage hebben wij al uiteengezet waarom valt te betwijfelen of hiervan sprake is bij de terugvordering van de verleende subsidie aan Meavita. Aldus heeft ook art. 26 Fw – net als art. 29 Fw – geen soelaas kunnen bieden voor de curatoren. Zou daarentegen art. 29 Fw, waarover de Afdeling in de uitspraak een oordeel geeft, wel verschil kunnen maken in de fictieve situatie dat Meavita tijdig een aanvraag zou hebben ingediend en vóór de datum van faillietverklaring al een procedure aanhangig zou hebben gemaakt bij de bestuursrechter over het besluit tot lagere subsidievestiging en (gedeeltelijke) terugvordering? In tegenstelling tot de toepassing van art. 26 Fw, zou art. 29 Fw de bestuursrechtelijke procedure over de subsidievestiging dan van rechtswege doen aanhouden totdat meer duidelijkheid is verkregen over de vordering in de verificatievergadering. In die vergadering kunnen zich dan vervolgens twee smaken voordoen: of de vordering uit onverschuldigde betaling van de minister wordt door de curatoren en schuldeisers erkend zodat deze vordering op de lijst van erkende schuldeisers wordt geplaatst (art. 121 Fw) of de vordering wordt door (één van) hen betwist zodat de route van art. 122 Fw dient te worden gevolgd. In dat laatste geval tracht de rechter-commissaris dan tot een schikking te komen tussen de schuldeiser(s) en/of de curator die de vordering hebben betwist en de Minister van VWS. In deze schikking zou kunnen blijken dat de minister in ruil voor zekerheid van erkenning slechts met erkenning van een gedeelte van de vordering genoegen neemt. Wanneer betrokken partijen echter geen schikking overeenkomen, wordt de betwiste vordering in beginsel voorgelegd aan de civiele rechter in een renvooprocedure als bedoeld in art. 122 Fw. Wanneer de vordering alleen is betwist door één of meerdere schuldeisers, zijn deze schuldeisers (en niet de curator) procespartij in deze renvooprocedure. Echter, uit de wettekst van art. 122 Fw volgt dat alleen aan die renvooprocedure wordt toegekomen, als niet ‘het geschil reeds aanhangig is’. Dat is in dit voorbeeld wel aan de orde, zodat na betwisting in de verificatievergadering en een schikkingspoging niet de renvooprocedure de volgende stap is, maar de eerder aangehouden bestuursrechtelijke procedure. Dit volgt ook uit de tekst van art. 29 Fw. Wanneer de curator de vordering van de minister in de verificatievergadering heeft betwist, kan hij op grond van art. 8:22 Awb als procespartij optreden in de bestuursrechtelijke procedure. Maar indien alleen één of meerdere schuldeisers de vordering betwisten, zou een ontvankelijkheidsprobleem kunnen ontstaan omdat de schuldeisers op grond van art. 1:2 lid 1 Awb geen belanghebbenden zijn bij het besluit tot subsidievestiging en terugvordering. Echter, ook zou

kunnen worden geredeneerd dat wanneer in de Awb overeenkomstige toepassing wordt gegeven aan art. 29 Fw daarmee ook zou moeten vaststaan dat schuldeisers die de vordering in de verificatievergadering betwisten, belanghebbenden zijn. De schuldeiser die de vordering betwist kan in het bestuursrecht in ieder geval op grond van art. 1:2 Awb niet als vanzelfsprekend (zelfstandig) zijn rechten uitoefenen, zoals hij dat wel zou hebben gekund in de civielrechtelijke renvooprocedure. Voor een dergelijke situatie zou in de Awb een uitdrukkelijke voorziening kunnen worden getroffen, in die zin dat de schuldeiser met zekerheid ontvankelijk wordt verklaard door de bestuursrechter. Een dergelijke wetswijziging lijkt echter niet in het verschiet te liggen. Mocht overigens nog geen bestuursrechtprocedure aanhangig zijn gemaakt, dan wordt na betwisting en een mislukte schikking de renvooprocedure aanhangig gemaakt. De eisende curator en/of schuldeisers stuiten dan echter op de vraag of de civiele rechter in de renvooprocedure wel bevoegd is te oordelen over de rechtmatigheid van de subsidievaststelling van de minister en dus over de vordering uit onverschuldigde betaling. De subsidievaststelling heeft immers een bestuursrechtelijk besluitkarakter. De Hoge Raad heeft daarover in *Heesch-Van de Akker* geoordeeld dat de burgerlijke rechter eisers niet-ontvankelijk dient te verklaren als er voor hen een rechtsgang openstaat die uiteindelijk kan leiden tot een uitspraak van een bestuursrechter.^[28] Wanneer in dit geval nog geen procedure tegen het vaststellingsbesluit aanhangig is gemaakt en vervolgens de betwiste vordering wordt voorgelegd aan de civiele rechter in de renvooprocedure, kan die rechter niet anders dan uitgaan van de rechtmatigheid van de subsidievaststelling. Immers, de bezwaar- en beroepstermijn van zes weken tegen het vaststellingsbesluit is dan hoogstwaarschijnlijk al verstreken zodat het besluit formele rechtskracht heeft verkregen.

8.De (on)mogelijkheden voor het bestuursorgaan bij (dreigend) faillissement

Ervan uitgaande dat de vordering van de minister niet verifieerbaar is, had de minister dan kunnen voorkomen dat hij met een niet-verifieerbare vordering tot terugvordering van eerder uitbetaalde subsidie bleef zitten? Volgens de betreffende subsidieregelingen kon de aanvraag tot subsidievaststelling tot 1 mei 2009 worden ingediend; ruim na de datum van faillietverklaring. Zou de minister de mogelijkheid hebben gehad om eerder de subsidie vast te stellen dan wel anderszins de betaalde voorschotten terug te vorderen? In de toepasselijke 'Beleidsregels handhaving subsidiepraktijk VWS' is geen expliciete voorziening opgenomen voor het geval er sterke aanwijzingen bestaan dat de subsidieontvanger failliet dreigt te gaan. Wel zou de Minister van VWS aansluiting hebben kunnen zoeken bij art. 3 lid 2 onder b van deze Beleidsregels. Volgens deze bepaling kan 'de verlening van voorschotten (...) worden ingetrokken of ten nadele van de subsidieontvanger worden gewijzigd indien er een ernstig vermoeden bestaat dat (...) b. de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen.' De bevoorschotting kan dan volgens de toelichting direct worden opgeschort, verlaagd, gestaakt of worden ingetrokken.^[29] Één van de verplichtingen volgens de betreffende subsidieregelingen is de meldplicht van de subsidieontvanger wanneer zich omstandigheden voordoen die van belang zijn voor een besluit tot wijziging, intrekking of vaststelling van de subsidie (art. 12 en 16). Volgens de toelichting gaat het hierbij om omstandigheden 'die, wanneer zij van te voren bekend waren geweest, het besluit over de subsidie anders hadden doen uitvallen (...).'^[30] Dat een dergelijke omstandigheid aan de orde was, mag volgens ons worden aangenomen. Bovendien was de benarde financiële positie van Meavita al voor de faillietverklaring bij de Minister van VWS bekend, gelet op zijn Kamerbrief van 28 januari 2009 over deze situatie.^[31] Dat de ernst van de situatie hem verder duidelijk was, mag worden aangenomen op basis van het feit dat de minister bij brieven van 9 maart 2009 (de datum van faillietverklaring) en 10 maart 2009 Meavita heeft herinnerd aan de einddatum voor het indienen van een aanvraag voor de subsidievaststelling. Is deze samenloop van data toeval? Wij vermoeden van niet. De formulering van art. 3 lid 2 onder b Beleidsregels, dat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de subsidieverplichtingen, komt ook terug in de Subsidiewetgeving. Ten eerste in art. 4:35 lid 2 onder b Awb, op grond waarvan de subsidieverlening in ieder geval kan worden geweigerd indien de aanvrager is failliet verklaard dan wel daartoe een verzoek bij de rechtbank is ingediend. Volgens de Memorie van Toelichting is bij deze weigeringsgrond 'uitsluitend beslissend het daadwerkelijk bestaan van de staat van faillissement (...) dan wel het ingediend zijn van een verzoek daartoe.'^[32] Deze strikte redenering is vergelijkbaar met de bevoegdheid van art. 10 lid 1 Invorderingswet 1990 op basis waarvan (pas) in geval van faillissement een belastingaanslag van de failliete belastingplichtige terstond en tot het volle bedrag invorderbaar wordt.

Ten tweede is art. 4:46 lid 1 onder b Awb relevant. Dit artikellid bevat het criterium dat wanneer de

subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de subsidieverplichtingen, er de mogelijkheid bestaat om de subsidie lager vast te stellen dan het bedrag als genoemd in het besluit tot subsidieverlening. Op grond van de wetsgeschiedenis is een lagere vaststelling mogelijk ingeval van faillissement of een verzoek daartoe. Echter, voor zover de ontvanger volgens de parlementaire toelichting de activiteiten volledig heeft verricht en ook anderszins zijn verplichtingen nakomt, is faillissement niet zonder meer reden om de subsidie lager of op nihil vast te stellen. Volgens de toelichting zouden in dat geval daardoor de schuldeisers van de subsidieontvanger op onredelijke wijze kunnen worden benadeeld.^[33] Wanneer deze (voorzichtige) benadering van de wetgever wordt doorgetrokken naar de situatie van Meavita, diende de Minister van VWS op grond van de Beleidsregels terughoudend te zijn in het resoluut terugvorderen van de bij subsidieverlening betaalde voorschotten. Aldus heeft hij in beginsel conform de wet- en regelgeving gehandeld, hoewel nog wel enige vraagtekens kunnen worden geplaatst nu hij niet na de datum van de verlening van voorlopige surseance van betaling – op 24 februari 2009 – alsnog van zijn bevoegdheden heeft gebruikgemaakt. Echter, wijsheid achteraf is dat Meavita failliet is gegaan en de subsidiegelden door het faillissement mogelijk niet meer kunnen worden teruggevorderd. Ons inziens zou de Subsidiewet- of regelgeving voor soortgelijke gevallen als die van Meavita toch een adequatere voorziening mogen bevatten, op basis waarvan de Minister van VWS de voorschotbeschikking (desnoods) tijdelijk (deels) kan intrekken wanneer faillissement dreigt en er andere aanwijzingen zijn dat niet aan de subsidieverplichtingen is of dreigt te worden voldaan. Wanneer daarna uit de aanvraag van de curatoren tot vaststelling volgt dat de subsidieontvanger ondanks zijn faillissement wel heeft voldaan aan alle subsidieverplichtingen, dan kan de subsidie alsnog worden vastgesteld conform het oorspronkelijk verleende bedrag. Met deze werkwijze behoeven de overige schuldeisers geen nadeel te lijden. Voordeel voor de minister is dan evenwel dat hij zijn vordering ter verificatie kan aanmelden en in ieder geval als een concurrente schuldeiser wordt aangemerkt.

9. Resumé van de voorstellen tot wijziging van de subsidieregels (in de Awb)

In de voorgaande paragrafen hebben wij drie concrete voorstellen gedaan tot wijziging van de Subsidietitel van de Awb of andere Subsidieregelgeving ten behoeve van een betere relatie tussen het subsidierecht en het faillissementsrecht.

Ons eerste voorstel is het opnemen van een discretionaire bevoegdheid voor de subsidieverstrekker tot het desgevraagd kunnen opschorten van de aanvraag tot subsidievaststelling indien zich bijzondere omstandigheden voordoen die een dergelijke opschorting rechtvaardigen. Bij bijzondere omstandigheden zou dan in ieder geval kunnen worden gedacht aan faillissementen. Deze beslissing kan dan worden aangemerkt als een appellabel besluit in de zin van art. 1:3 Awb waartegen bezwaar en beroep openstaat.

Het tweede voorstel is in de Subsidiewet (of -regelgeving) voor de subsidieverstrekker een voorziening op te nemen om tijdelijk (deels) de voorschotbeschikkingen in te kunnen trekken en de subsidie tijdelijk (deels) te kunnen terugvorderen wanneer faillissement dreigt en er andere aanwijzingen zijn dat niet aan de subsidieverplichtingen wordt voldaan of dreigt te worden voldaan. Dit voorstel hoeft niet te bijten met de eerstgenoemde wijziging, maar versterkt deze eerder. De Minister van VWS zou in dit geval erbij zijn gebaat wanneer hij de subsidie zou kunnen terugvorderen met het oog op het risico dat zijn latere terugvordering anders mogelijk een (materieel) niet-verifieerbare schuld oplevert. Daarentegen zouden de curatoren pas op een later moment, wanneer meer duidelijkheid bestaat over de vraag of ze tot uitkering aan de crediteuren toekomen, de aanvraag tot vaststelling van de subsidie kunnen indienen en dan pas de daarvoor benodigde kosten hoeven te maken. De Minister van VWS kan dan alsnog de subsidie conform de subsidieverlening betalen en het ingehouden geldbedrag weer terug overmaken aan de failliete vennootschap. De overige schuldeisers worden met deze werkwijze niet benadeeld. Tot slot hebben wij het voorstel gedaan om art. 29 Fw van overeenkomstige toepassing te verklaren in art. 8:22 Awb in combinatie met het opnemen van een bepaling dat schuldeisers in een bestuursrechtelijke renvooprocedure ontvankelijk dienen te worden verklaard door de bestuursrechter. Op deze wijze wordt meer recht gedaan aan de faillissementsprocedure zonder dat de bestuursrechtelijke procedure buitenspel wordt gezet. In renvoi komen de betreffende schuldeisers en/of curatoren immers uit bij de daarvoor reeds aanhangige bestuursrechtelijke procedure, die door toepassing van art. 29 Fw (tijdelijk) was geschorst. Voor de schuldeisers is van belang dat zij ontvankelijk worden verklaard in de bestuursrechtelijke procedure. Daarvoor zou eveneens een expliciete voorziening – naast de werking van art. 1:2 Awb – kunnen worden getroffen in de Awb waarin de schuldeisers het recht krijgen om bezwaar in te dienen en bestuursrechtelijk beroep in te stellen tegen het door hen betwiste intrekking- en terugvorderingsbesluit van het bestuursorgaan. Dit zou dan elke onduidelijkheid omtrent de bevoegdheid van schuldeisers in een bestuursrechtelijke renvooprocedure wegnemen.

10. De curator en het bestuursrecht in bredere zin

Naast het subsidierecht komt de curator ook regelmatig in aanraking met bestuursrechtelijke handhaving door een bestuursorgaan. In dit tijdschrift heeft Smelt in 2008 nog uitgebreid bij dit onderwerp stilgestaan.^[34] De Afdelingsuitspraak die in dit kader als eerste moet worden genoemd, betreft die in het faillissement van Alvat B.V. In deze uitspraak komen het bestuurs-, milieu- en faillissementsrecht samen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de uitspraak in tijdschriften van elk van de drie rechtsgebieden is gepubliceerd.^[35] In deze zaak waren enkele voorschriften van de milieuvergunning niet nageleefd, waarop vervolgens burgemeester en wethouders van Dordrecht een last onder dwangsom hebben opgelegd aan de curator van de inmiddels failliet verklaarde Alvat B.V. Dit is volgens de Afdeling toegestaan omdat de curator is belast met het beheer van de inrichting en vanaf de faillissementsdatum verantwoordelijk is voor de naleving van de voorschriften. Verder oordeelt de Afdeling 'dat de uit een vergunning voortvloeiende verplichtingen gelden voor ieder die in een bijzondere gezagsverhouding tot de inrichting staat; in geval van faillissement is dat de curator, ook als hij de vennootschap niet voortzet krachtens artikel 98 van de Faillissementswet.' Dat deze uitspraak stof heeft doen opwaaien blijkt uit het artikel van Mellenbergh.^[36] Voornaamste kritiek op deze uitspraak was volgens Mellenbergh dat met deze uitspraak de bestuursrechtelijke rechtsgang ten onrechte de faillissementsprocedure zou doorkruisen. De curator neemt als beheerder en vereffenaar van de failliete boedel een bijzondere positie in en behartigt de belangen van de schuldeisers; het is de gefailleerde die in beginsel zelf verantwoordelijk is voor naleving van de vergunningvoorschriften. Maar in de bestuursrechtelijke handhaving gaat dit argument dus blijkbaar niet op bij de Afdeling. De curator kan volgens de Afdeling worden aangesproken op de niet-naleving van vergunningvoorschriften wanneer de overtredingen zich al voor zijn tijd hebben voorgedaan. De verantwoordelijkheid van de curator heeft dus ook betrekking op het tijdsbestek van vóór het faillissement van de desbetreffende vennootschap.^[37]

Een vermeldenswaardig kenmerk van het bestuursrecht en voor curatoren een factor om rekening mee te houden, is de aan bestuursorganen toekomende beleids- en beoordelingsvrijheid. Deze beleids- en beoordelingsvrijheid wordt door de bestuursrechter gerespecteerd, in die zin dat hij vaak het aan hem voorgelegde geschil slechts marginaal toetst.^[38] In de handhavingspraktijk houdt deze marginale toetsing in dat het bestuursorgaan een ruime mate van beleidsvrijheid heeft in de keuze welke maatregel hij inzet ter bestrijding van de geconstateerde overtreding. De door curatoren aangevoerde grond dat de inzet van een bepaalde maatregel onevenredig is voor de gefailleerde en zijn werknemers, omdat een andere maatregel minder ingrijpend zou zijn geweest, wordt dan ook niet snel aanvaard.^[39] Ook ten aanzien van de hoogte van de last onder dwangsom komt het bestuursorgaan een bepaalde mate van vrijheid toe (mits gemotiveerd). De gestelde financiële omstandigheden van degene tot wie de last is gericht, zijn volgens de Afdeling daarom niet bepalend voor het vaststellen van de hoogte van de dwangsom.^[40]

Tot slot raden wij curatoren aan mogelijke wijzigingen van een vigerend bestemmingsplan in de gaten te houden. In een uitspraak van 22 juni 2011 heeft de Afdeling geoordeeld dat een bestemmingswijziging, waarin woningen worden toegestaan nabij het bedrijventerrein waar de gefailleerde is gevestigd, de failliete boedel kan raken omdat de bestemmingswijziging gevolgen heeft voor de waarde en mogelijkheid van overname van bedrijfspanden.^[41]

11. Conclusie

Gelet op de onderhavige Afdelingsuitspraak over de van Meavita teruggevorderde subsidies en gezien de jurisprudentie over andere bestuursrechtelijke (handhavings)praktijken waarmee een curator in aanraking kan komen, raden wij ten eerste curatoren aan de strikte procedurele regels en termijnen van het bestuursrecht ter harte te nemen. Zoals uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie blijkt, is het niet snel mogelijk om met succes de niet-naleving van de regel of een termijn te rechtvaardigen door te wijzen op bijzondere faillissementsrechtelijke regelingen. Wij achten de uitspraak van de Afdeling aangaande Meavita – op basis van het huidige subsidierecht – in zoverre dan ook terecht. Wel had de Afdeling in haar uitspraak meer aandacht mogen besteden aan de vraag in hoeverre de materiële grondslag van de vordering uit onverschuldigde betaling (in dit geval het vaststellings- en terugvorderingsbesluit) in de weg staat aan (feitelijke) betwisting van de vordering ter verificatie en in hoeverre de

bestuursrechtelijke procedure hieraan in de weg staat.

Ten tweede bevelen wij de Minister van VWS (en iedere andere subsidieverstrekker) aan – mede in het licht van het belang van verantwoording van de besteding van publieke middelen, waaraan de Afdeling in haar uitspraak nog refereert – tijdig maatregelen te treffen om een soortgelijke situatie als de onderhavige te voorkomen. Omdat de vordering van de minister tot terugbetaling van de verleende subsidie vermoedelijk pas is ontstaan en opeisbaar is geworden nadat Meavita failliet is verklaard, kan worden betoogd dat deze vordering niet meer ter verificatie kan worden aangemeld althans in het kader daarvan materieel niet meer kan worden betwist.

Wij achten het gelet op de knelpunten die in deze bijdrage zijn gesignaleerd van belang in de Subsidiewet- en regelgeving een uitdrukkelijke voorziening op te nemen op basis waarvan de minister meer dan nu het geval is eerder betaalde voorschotten van de verleende subsidie kan terughalen (door het intrekken van de voorschotbeschikkingen). Dit zou kunnen worden gecombineerd met een tweede nieuwe wettelijke voorziening in de Awb, waarin de subsidieverstrekker desgevraagd (op aanvraag van de curatoren) een appellabel besluit kan nemen op een verzoek tot schorsing van de aanvraag voor subsidie vaststelling wegens bijzondere omstandigheden. Als bijzondere omstandigheid zouden de curatoren dan het betreffende faillissement kunnen aanwijzen en de waarschijnlijkheid dat niet tot uitkering aan de schuldeisers zal worden overgegaan. Bij honorering van het verzoek tot schorsing kunnen de curatoren dan gerechtvaardigd de mogelijk hoge kosten ten laste van de boedel voor de aanvraag tot subsidie vaststelling vermijden. Mocht de vordering uiteindelijk wel verifieerbaar en ter verificatie betwistbaar zijn, dan heeft het voordelen indien art. 29 Fw, anders dan nu het geval is, van overeenkomstige toepassing wordt verklaard in art. 8:22 Awb. Indien blijkt dat de betreffende vordering wordt betwist, herleeft alsnog de bestuursrechtelijke rechtsgang over de vraag of de betreffende vordering rechtmatig is. Met een nieuwe voorziening in de Awb kunnen de schuldeisers dan zonder twijfel als belanghebbende in deze procedure optreden.

Maar voordat het zover is, dienen curatoren uit de uitspraak van de Afdeling die in deze bijdrage centraal heeft gestaan vooralsnog de les te trekken dat het bestuursrechtelijke subsidierecht leidend is wanneer het gaat om een vordering uit onverschuldigde betaling op grond van een vaststellings- en terugvorderingsbesluit van een subsidie in een faillissement.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Gelieve dit artikel aan te halen als: T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Bestuursrecht en faillissementsrecht: een ongemakkelijke relatie. De casus van de subsidie-intrekking', *TvI* 2012/18. Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en hoogleraar Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. M. Claessens is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.
- [2] ABRvS 7 december 2011, *LJN* BU7072; *AB* 2012/126, m.nt. J.H.A. van der Grinten.
- [3] Geïnteresseerden in het insolventierecht hebben waarschijnlijk al kennisgenomen van de beschikking van de Ondernemingskamer inzake de enquêteprocedure van 30 mei 2011 (*JOR* 2011, 219, m.nt. S.M. Bartman; zie ook Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 14 april 2010, *JOR* 2010, 185).
- [4] Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 mei 2010, *AB* 2011/291 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.
- [5] *Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 116.
- [6] CBB 13 november 2007, *AB* 2007/386, m.nt. I. Sewandono.
- [7] HR 1 mei 1914, *NJ* 1914/709. Het CBB verwijst in dat kader ook naar Hoge Raad op 12 februari 1931, *NJ* 1931/854.
- [8] HR 18 november 1984, *NJ* 1984/256.
- [9] Een explicieter oordeel van de Afdeling over de ontvankelijkheid van de gefailleerde volgt uit ABRvS 30 juni 2010, *LJN* BM9640, waarin het ging om een beroep van de failliet, dat later door de curator werd overgenomen.
- [10] Omdat de omvang van deze bijdrage een uitgebreide bespreking van het subsidierecht niet toelaat, verwijzen wij voor meer details naar het recentelijk verschenen (hand)boek van W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- [11] *Stcrt.* 2008, 113 en *Stcrt.* 2008, 181.

- [12] *Stcr.* 2008, 113.
- [13] Bevoorschotting in de zin van de betreffende subsidieregelingen (en zoals gebruikelijk in het subsidierecht) houdt overigens nog geen daadwerkelijke en definitieve verplichting tot betaling van de minister aan Meavita in. Dit is pas aan de orde indien de minister de subsidie heeft *vastgesteld*.
- [14] *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 69-70.
- [15] Zie laatstelijk ABRvS 8 februari 2012, *LJN* BV3200.
- [16] ABRvS 4 juli 2007, *AB* 2008/99, m.nt. N. Verheij.
- [17] De wettekst van art. 4:57 lid 1 Awb luidt als volgt: 'Het bestuursorgaan kan onverschuldigd betaalde subsidiebedragen terugvorderen.'
- [18] Wanneer wij in het vervolg van dit artikel dus spreken van onverschuldigde betaling, doelen wij hiermee op het stramen van art. 4:57 Awb op basis waarvan een bestuursorgaan de subsidie kan terugvorderen van de subsidieontvanger.
- [19] ABRvS 18 juli 2007, *AB* 2007/349, m.nt. T. Barkhuysen en W. den Ouden.
- [20] Een beroep op het evenredigheidsbeginsel is wel door de Afdeling gegrond verklaard in enkele bekostigingszaken in het onderwijsrecht, omdat uit de aangeleverde gegevens bleek dat de studenten die voor bekostiging in aanmerking kwamen wel het betreffende onderwijs hadden gevolgd. De Afdeling oordeelde in die zaken, dat het onredelijk is om dan alleen vanwege een administratieve fout de gehele bekostiging voor die studenten in te houden (o.a. ABRvS 26 augustus 2009, *LJN* BJ6097 en ABRvS 23 januari 2008, *LJN* BC2502).
- [21] Dit is overigens mogelijk nog steeds een begaanbare route.
- [22] HR 28 november 2003, *Tvl* 2004/27, m.nt. A.J. Tekstra.
- [23] *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 58.
- [24] *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 60.
- [25] *Stb.* 2009, 265.
- [26] Bovendien betreft deze handeling een discretionaire bevoegdheid, gelet op de 'kan'-formulering van art. 4:57 Awb. Vgl. ABRvS 24 januari 2000, *AB* 2001/255, m.nt. N. Verheij.
- [27] ABRvS 18 augustus 2010, *LJN* BN4255.
- [28] HR 16 mei 1986, *AB* 1986/573.
- [29] *Stcr.* 2008, 189, p. 12.
- [30] *Stcr.* 2008, 113, p. 8.
- [31] *Kamerstukken II* 2008/09, 26 631, nr. 293.
- [32] *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 60.
- [33] *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 60.
- [34] A.A.J. Smelt, 'Bestuursdwang, bestuurlijke dwangsom en bestuurlijke boete bij faillissement', *Tvl* 2008/40.
- [35] ABRvS 11 juli 1997, *AB* 1998/268; *M en R* 1997/130 en *JOR* 1997, 105.
- [36] R. Mellenbergh, 'De curator en de naleving van de milieuvergunning', *NJB* 2005, afl. 15, p. 784-789. Zie ook de reactie op dit artikel van A.A.J. Smelt en het naschrift van R. Mellenbergh (*NJB* 2005, afl. 32, p. 1699-1700).
- [37] ABRvS 9 mei 2007, *Tvl* 2007/34. Dit volgt (impliciet) ook al uit de genoemde jurisprudentie inzake Alvat B.V.
- [38] Dat dit niet altijd gemakkelijk is beschrijft J.H. Gerards in haar artikel 'Rechterlijke belangenafweging in het publiekrecht', *RM Themis* 2006/4, p. 147-159.
- [39] ABRvS 13 mei 2009, *LJN* BI3690.
- [40] ABRvS 1 juni 2011, *LJN* BQ6786.
- [41] ABRvS 22 juni 2011, *LJN* BQ8788. Voor een uitgebreide uitleg over de bestemmingsplanprocedure verwijzen wij naar P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2010.