

# De curator als milieuvervuiler

## *De positie van de curator bij bestuursrechtelijke handhaving van milieuvoorschriften*

mr. F.A. Pommer & mr. M.J.W. van Ingen\*

### 1. Inleiding

De curator wordt regelmatig geconfronteerd met een failliete onderneming die voor faillissement milieuovertredingen heeft begaan die daarna voortduren. Meestal hebben de overtredingen al aandacht van de overheid, die een handhavingstraject heeft opgestart tegen de failliete onderneming. De achterliggende problematiek is eenvoudig; vaak is het opruimen conform de geldende wet- en regelgeving een kostbare aangelegenheid die voor het faillissement door de onderneming in kwestie een lagere prioriteit had dan het voldoen aan opeisbare verplichtingen jegens schuldeisers. De curator wordt dus geconfronteerd met een boedel waarin zich een inrichting bevindt die milieuovertredingen heeft begaan. Hiervoor wordt hij vervolgens door de overheid aangeschreven; de curator moet de overtredingen ongedaan maken. Daar waar curatoren zelf actief milieuovertredingen (doen) begaan, speelt een andere problematiek. In deze bijdrage zullen wij enkel ingaan op de voortdurende milieuovertreding; een toestand die strijdig is met de milieuwetgeving (waaronder bijvoorbeeld de omgevingsvergunning), welke toestand is ontstaan voor faillissement en die na faillissement voortduurt.

### 2. De curator als milieuovertreder

De voor de onderneming geldende voorschriften vinden hun basis in milieuwetgeving. Die wetgeving is opgebouwd uit algemene regels (zoals het Activiteitenbesluit) en – in voor specifiek aangewezen gevallen – afzonderlijke vergunningen (de omgevingsvergunning, voorheen milieuvergunning). Op grond van art. 2.1 lid 1 sub 1 juncto 2.25 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo), die samen met de Wet milieubeheer (Wm) de grondslag vormt voor de voornoemde systematiek, wordt eenieder die zich gedraagt als ‘drijver van een inrichting’ – dat wil zeggen hij die activiteiten ontplooit die milieurechtelijk worden aangeduid als het in werking hebben van een ‘inrichting’ – qualitate qua verantwoordelijkheid gehouden voor de naleving van de voor die inrichting geldende regels:

#### *Artikel 2.1*

*1. Het is verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit:  
(...) het in werking hebben van een inrichting (...)*

#### *Artikel 2.25*

*1. Een omgevingsvergunning geldt voor eenieder die een project uitvoert waarop zij betrekking heeft. De vergunninghouder draagt zorg dat de aan de omgevingsvergunning verbonden voorschriften worden nageleefd. (...)*

Dit brengt met zich mee dat niet uitsluitend de eigenaar of vergunninghouder van de inrichting kan worden aangesproken op de naleving van milieuvoorschriften, maar ook ieder ander die om welke reden dan ook zeggenschap uitoefent, danwel feitelijke werkzaamheden verricht die zijn aan te merken als het in werking hebben van een inrichting. Het is in terminologie van de Wabo de activiteit zelf die kwalificeert als ‘inrichting’ en niet het feitelijke complex van zaken. De drijver van de inrichting is dan ook niet – wat ten onrechte vaak wordt aangenomen – slechts de vergunninghouder, maar kan ook een derde zijn die ongeacht de vergunning een activiteit verricht die als zodanig kwalificeert.<sup>1</sup> Dit uitgangspunt van de Wabo is zodanig ruim dat ook de curator, die op grond van de Faillissementswet de bevoegdheid toekomt tot de beschikking en het beheer van het vermogen van de gefailleerde, als drijver van een inrichting wordt aangemerkt.<sup>2</sup>

Art. 2.25 Wabo bestaat sinds 1 oktober 2010. Vóór de invoering van deze bepaling wees de Afdeling Bestuursrechtsspraak van de Raad van State (de ‘Afdeling’) in 1997 op dit punt voor de curator al een belangrijke uitspraak die verder voort dan het huidige art. 2.25 Wabo en tot op de dag van vandaag aan gelding niets heeft ingeboet. De Afdeling overwoog:

*‘De curator is, wanneer een inrichting in de zin van de Wet Milieubeheer, onderdeel is van de boedel, uit hoofde van zijn bijzondere gezagsverhouding verantwoordelijk voor naleving van de voor die inrichting geldende milieuwetgeving. Dat brengt mee dat de curator vanaf het moment van faillietverklaring onder dwangsom kan worden gelast om in ieder geval de op*

\* Franc Pommer en Maarten van Ingen zijn beiden werkzaam als advocaat bij Holla Advocaten te 's-Hertogenbosch.

1. Het sleutelen aan een brommer kan zo bijvoorbeeld onder omstandigheden al kwalificeren als een inrichting in de zin van de Wabo.
2. Het is overigens de vraag of dit uitgangspunt niet enige nuancering behoeft, nu de Afdeling in zijn eerdere uitspraak van 24 november 2009, nr. 200908275/1/M2 nog belang leek te hechten aan het feit of ten tijde van het constateren van de overtreding al dan niet sprake was van een activiteit die kon worden aangemerkt als ‘inrichting’ in de zin van de Wet milieubeheer en waarvoor de relevante vergunning het toetsingskader vormde. Het lijkt erop dat de Afdeling die nuance in latere rechtspraak niet meer maakt, in het bijzonder niet ingeval van faillissement, en in deze bijdrage gaan wij daar ook niet vanuit.

*dat moment bestaande overtreding van de milieuwetgeving te beëindigen of herhaling ervan te voorkomen*.<sup>3</sup>

Deze verstrekkende reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de naleving van de milieuwetgeving is door de Afdeling enkel aangenomen voor de curator. De Afdeling dicht aan andere rechtsfiguren niet een soortgelijke verantwoordelijkheid toe. Sinds 1997 hanteert de Afdeling dit uitgangspunt als bestendige lijn voor curatoren. Ook onder de Wabo. De curator wordt dus tegen wil en dank, door zijn enkele benoeming, 'de overtreder' zelve – aldus de Afdeling – en daarmee de boosdoener van voortdurende milieuovertredingen in de ogen van de overheid.

### 3. Sanctiemogelijkheden van de overheid

De overheid is er – terecht – erg op gebrand dat de milieuvoorschriften worden nageleefd en zet dat in de regel kracht bij door, bij een overtreding daarvan, de drijver van de inrichting aan te schrijven. Doel van die aanschrijving is de naleving van milieuwetgeving te bereiken, de daarmee strijdige situatie op te heffen en de 'rechtmatige toestand' te herstellen. Dit dient het algemene milieubelang. Nadrukkelijk moet deze handelwijze van de overheid worden onderscheiden van de bestraffing van de drijver. Dát wordt met de aanschrijving niet beoogd, ook al wordt de sanctie wel vaak als zodanig ervaren. Het louter bestraffen van een overtreder gebeurt onder de toepassing van zogenaamde 'punitieve sancties', zoals bijvoorbeeld een bestuurlijke boete. Voor het afdwingen van naleving van milieuwetgeving, waarover wij het hier hebben, hanteert de overheid de zogenaamde 'herstelsancties' die er zijn in twee smaken. Allereerst kan de overheid kiezen voor het opleggen van een last onder dwangsom, geregeld in art. 5:32 e.v. Awb. Deze figuur houdt in dat de overtreder wordt gelast om binnen een gegunde termijn (de begunstigingstermijn) de overtreding waarvoor hij wordt aangeschreven ongedaan te maken, waarna bij het niet (tijdig) voldoen aan deze last een vooraf bepaalde dwangsom wordt verbeurd.

Het andere instrument dat de overheid ter beschikking staat is de last onder bestuursdwang. Deze figuur, geregeld in art. 5:21 Awb, houdt in dat de overtreder wordt opgedragen binnen de begunstigingstermijn de overtreding te beëindigen, waarna, na het verstrijken van deze termijn de overheid zelf maatregelen treft op kosten van die overtreder.

De heersende leer is dat de overheid hier een discretionaire bevoegdheid heeft ten aanzien van de keuze van het door haar in te zetten instrument. In de regel kiest de overheid voor het opleggen van een last onder dwangsom, omdat – zo zou dat althans moeten zijn, waarover hierna meer – daarmee de volledige verantwoordelijkheid voor de naleving van voorschriften en het treffen van maatregelen, alsmede de uitvoering daarvan, berust bij de overtreder (drijver van de inrichting). De vervuiler dient naar vast uitgangspunt in het milieurecht immers te betalen.

Wel zij opgemerkt dat de overheid vastzit aan de eenmaal gemaakte keuze; is eenmaal een last onder dwangsom opgelegd, dan kan voor dezelfde overtreding niet tevens een last onder bestuursdwang worden opgelegd en vice versa (vgl. art. 5:6 Awb). Overigens geldt voor zowel de last onder dwangsom als voor de last onder bestuursdwang, dat de uiteindelijke kosten (zoals de verbeurde dwangsommen) op grond van afdeling 4.4.4 Awb langs civielrechtelijke weg

worden verhaald.<sup>4</sup> In art. 4:116 Awb staat opgenomen dat zulks uiteindelijk bij dwangbevel geschiedt. Het dwangbevel, dat door de overheid wordt uitgevaardigd, levert een executoriale titel op die met toepassing van de voorschriften van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten uitvoer wordt gelegd.

### 4. Ongelimiteerde keuze voor de overheid?

Wij menen goede gronden te hebben om aan te nemen dat de hiervoor geschetste discretionaire keuzebevoegdheid van de overheid niet ongelimiteerd is. En zeker niet in het geval van een faillissement. Dit hangt volgens ons op de eerste plaats samen met het doel van de toepasselijke milieuwetgeving dat de overheid beoogt te dienen. Dat doel is het ongedaan maken van milieuovertredingen, in het algemeen belang. De toepassing van herstelsancties dient – zoals gezegd – vooreerst dát doel te dienen. Wendt de overheid dan een herstelsanctie aan met een kennelijk ander doel dan waarvoor de bevoegdheid daartoe is verschaft, kwalificeert dat zelfs als détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb).

In de praktijk lijkt de overheid evenwel niet zelden een ander doel hogere prioriteit te geven. Namelijk het doel de vermeende overtreder financieel te belasten ten gunste van de overheid en daarmee de facto louter te bestraffen. Daarmee lijkt de overheid – zij zal dit uiteraard altijd ontkennen – het belang van 'eigen financieel gewin' (ook door zelf kosten uit te sparen) te stellen boven het primaire doel dat eigenlijk behoort te worden nagestreefd; het ongedaan maken van milieuovertredingen. Dit lijkt vooral de reden te zijn waarom de overheid ook in faillissementen, een nadrukkelijke voorkeur heeft voor het toepassen van een last onder dwangsom in plaats van een last onder bestuursdwang.

Naar wij menen dient de overheid echter te allen tijde het primaire doel voorop te stellen. Daarvoor zijn immers de bevoegdheden tot het toepassen van herstelsancties gegeven. Er geldt zelfs een beginselplicht tot handhaving voor de overheid. Deze komt er op neer dat de overheid, helemaal als zij daarom wordt verzocht, in beginsel verplicht is overtredingen aan te pakken, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen. Dit laatste wordt in de rechtspraak niet snel aangenomen.

De kwaliteit van het milieu moet dus te allen tijde boven alles gaan. Dat uitgangspunt brengt onzes inziens met zich mee dat de overheid bij het inzetten van een herstelinstrument met daaraan gekoppelde herstelsanctie zich de vraag moet stellen welk instrument dat doel het beste kan dienen. De overheid zal daarbij moeten onderzoeken – dit brengt het zorgvuldigheidsbeginsel met zich mee (art. 3:2 Awb) – of de curator in het faillissement de (financiële) mogelijkheid heeft om een milieuovertreding te beëindigen. Daar waar voorshands vaststaat, hetgeen in geval van een faillissement doorgaans het geval zal zijn, dat een dwangsom wegens het

3. ABRvS 11 juli 1997, zaaknr. E03.96.1463, AB 1998/268.
4. Alvorens de civielrechtelijke weg kan worden ingeslagen – dit geschiedt door middel van een dwangbevel – dient het bestuursorgaan eerst de hoogte van de verschuldigde geldsommen bij besluit vast te stellen, vgl. art. 5:25 lid 6 voor de bestuursdwang (de kostenverhaalsbeschikking) en art. 5:36 Awb voor de dwangsom (de invorderingsbeschikking).

ontbreken van (financiële) middelen niet zal leiden tot ongedaanmaking van een voortdurende milieuovertreding, waardoor een continue aantasting van het milieu dreigt, rest de overheid onzes inziens slechts één middel: het ‘zelf doen’ door middel de toepassing van bestuursdwang. Van een dwangsom gaat in dat geval immers geen enkele prikkel uit tot ongedaanmaking van de milieuovertreding, zodat dit instrument alsdan niet mag worden toegepast. Voor ons standpunt vinden wij steun in de wetgeschiedenis. Blijkt bestuursdwang meer aangewezen te zijn dan een last onder dwangsom, dan móet volgens de wetgever voor bestuursdwang worden gekozen.<sup>5</sup> De wet bepaalt dit met zoveel woorden in art. 5:32 lid 2 Awb, al wordt in de rechtspraak de toepasselijkheid daarvan niet snel aangenomen. Nadrukkelijk noemt de wetgever in de wetgeschiedenis bij genoemd artikel juist als voorbeeld, het bestaan van een voortdurende, ernstige milieuovertreding, waarvan niet het risico mag worden genomen dat de overtreding – ondanks een lastgeving – nog blijft voortbestaan. In dat geval is van een keuzevrijheid van de overheid geen sprake, aldus de wetgever. Michiels omschrijft dit heel treffend als volgt:<sup>6</sup>

*‘Dat de aangeschreven overtreder de op hem te verhalen kosten van door de minister uit te oefenen bestuursdwang niet zal kunnen betalen, omdat hij failliet is, kan natuurlijk niet afdoen aan de bevoegdheid bestuursdwang toe te passen. Stel je voor dat het recht niet meer kan worden gehandhaafd omdat de overtreder failliet is; dat zou tevens het faillissement van het bestuursrecht betekenen. Het faillissement van de overtreder zou wel een rol kunnen en moeten spelen wanneer de minister zou overwegen een last onder dwangsom op te leggen. Die last kan immers in bedoelde situatie niet dwingen omdat er de facto geen financieel drukmiddel is. Daarom is bestuursdwang in casu juist de aangewezen weg. Dat de minister zelf tot uitvoering zal moeten overgaan en met de kosten zal blijven zitten, is uiterst waarschijnlijk, maar doet niet af aan zijn bevoegdheid.’*

In die zin doet Michiels er dus zelfs nog een schepje bovenop, door als uitgangspunt te nemen dat daar waar sprake is van een faillissement, per definitie de financiële prikkel van een last onder dwangsom ontbreekt. Of dit standpunt, waar wel wat op af te dingen valt, ook in de rechtspraak navolging vindt, zal hierna nader aan de orde komen.

## 5. De curator als rechtsopvolger in de zin van de Wabo?

Civielrechtelijk wordt aangenomen dat de curator geen rechtsopvolger of vertegenwoordiger is van de gefailleerde. Hij verricht immers zijn taak in de eerste plaats ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>7</sup> Eenzelfde conclusie kan worden getrokken op basis van de Memorie van Toelichting bij art 25 Fw. Ook de Hoge Raad ziet de curator met nadruk niet als een zuivere vertegenwoordiger. Dit blijkt uit zijn overwegingen bij HR 31 mei 1988, *NJ* 1988/748 (*Banque de Suez/Bijkerk q.g.*), waar de Hoge Raad uitdrukkelijk spreekt over het handelen van de curator ‘ten behoeve van de crediteuren’, terwijl de bevoegdheid tot het nemen van executiemaatregelen op de curator is ‘overgegaan’. Dit laatste is niet mogelijk bij vertegenwoordiging.<sup>8</sup> Zo dat ook bestuursrechtelijk heeft te gelden, betekent dit dat vóór faillissement

verbeurde dwangsommen eveneens niet ten laste van de curator – als boedelschuld – kunnen worden ingevorderd, nu dat slechts mogelijk is ten laste van de overtreder aan wie de dwangsombeschikking is gericht.<sup>9</sup>

In de praktijk meenden echter veel overheden dat de curator wel als zodanig was aan te merken, gebaseerd op een interpretatie van de hiervoor geciteerde uitspraak van de Afdeling uit 1997. Dit vormde uiteindelijk de aanleiding voor de curatoren van Dutch Infratech om bij de Afdeling nogmaals de vraag voor te leggen wat de implicaties van het faillissement zijn ter zake de last onder dwangsom die vóór het faillissement aan de gefailleerde is opgelegd en waarmee een curator wordt geconfronteerd door invorderingsacties vanwege de overheid. De Afdeling wijst vervolgens op 13 februari 2013 een belanghebbende uitspraak, die hierna zal worden behandeld.<sup>10</sup>

## 6. De uitspraak Curatoren Dutch Infratech

Voor wat betreft het hiervoor aangegeven vraagstuk of de curator voor de nakoming van aan gefailleerde opgelegde lasten onder dwangsom kan worden aangemerkt als rechtsopvolger van de gefailleerde ‘drijver van de inrichting’, stelt de Afdeling buiten twijfel dat dit standpunt niet juist is. In r.o. 4.3 van de genoemde uitspraak overweegt zij:

*Het college gaat er van uit dat de curatoren als het ware als rechtsopvolger onder algemene titel (...), mede verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van de aan DIT (gefailleerde, auteurs) opgelegde lasten onder dwangsom. Deze veronderstelling is niet juist. De last is een bij besluit opgelegde verplichting gericht aan de in dat besluit gerichte persoon. (...) De curatoren (...) hoeven geen zorg te dragen voor de uitvoering van een niet aan hen, maar aan de gefailleerde, opgelegde last.*

Nu aldus vaststaat dat de curator geen rechtsopvolger kan zijn voor zover het gaat om de naleving van aan de gefailleerde opgelegde lasten onder dwangsom, rijst de vraag wat dan het lot is van de dwangsommen die aan de gefailleerde zijn verbeurd vóór het faillissement. Hierover overweegt de Afdeling in dezelfde uitspraak dat de dwangsommen die zijn verbeurd voor datum faillissement leiden tot vorderingen die ‘in de gefailleerde boedel vallen’. Ter zake van dwangsommen verbeurd op grond van de aan gefailleerde opgelegde last onder dwangsom ná datum faillissement overweegt de Afdeling dat deze – evenals na faillissement ontstane verde-

5. *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 81.
6. ABRvS 20 november 2001, LJN: AN6891, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
7. HR 4 december 1963, *NJ* 1964/144.
8. In gelijke zin: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, ‘De curator, vertegenwoordiger of niet?’, in: *De Curator een Octopus*, Serie Onderneming en Recht, Deventer 1988, p. 143.
9. P.J.J. van Buuren e.a., *Mastermonografieën Staat- en Bestuursrecht: Bestuursdwang en dwangsom*, Kluwer Deventer 2011, p. 195.
10. Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 13 februari 2013, 201104925/1/A4, AB 2013/95.

ringen inzake bestuursdwangkosten voortvloeiende uit een aan gefailleerde opgelegde last – als niet-verifieerbare schulden in de zin van de Faillissementswet zijn aan te merken.<sup>11</sup>

## 7. Een tussenconclusie

Met deze uitspraak van de Afdeling lijkt enige duidelijkheid te zijn geschapen over de vorderingen van overheidswege die voortvloeien uit een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang die aan gefailleerde is opgelegd voor en na het uitspreken van het faillissement. Om iets te kunnen zeggen over de gevolgen daarvan voor de faillissementspraktijk, moeten volgens ons drie situaties van elkaar worden onderscheiden: ten eerste de situatie waarin de last voor faillissement is opgelegd aan de gefailleerde en de daaruit voortvloeiende bestuurlijke vordering eveneens ontstaat voor faillissement (en wellicht nog door- c.q. oploopt), ten tweede de situatie waarin aan de gefailleerde voor faillissement een last is opgelegd, maar waarbij de daaruit voortvloeiende bestuurlijke vordering eerst dan ontstaat (doordat de begunstigingstermijn eerst in faillissement eindigt) na faillissement. Ten slotte is er de situatie waarin zowel de opgelegde last als de daaruit voortvloeiende bestuurlijke vordering ontstaan na faillissement. Nota bene, in dit laatste geval zal dus de curator eerst door de overheid moeten worden aangeschreven. Wij lichten de implicaties van de uitspraak hierna per situatie toe.

### *Ad 1. Last en bestuurlijke vordering voor faillissement*

Over de eerste situatie oordeelt de Afdeling dat de desbetreffende vordering ‘in de gefailleerde boedel’ valt. De Afdeling lijkt hiermee te impliceren dat de desbetreffende vordering ook verifieerbaar is. Voor zover de betreffende vordering voortspruit uit de kosten van bestuursdwang, onderschrijven wij dat deze vordering zich inderdaad leent voor verificatie. Naar wij menen geldt dit evenwel niet voor een vordering die voortvloeit uit verbeurde dwangsommen. Immers, met het hiervoor geschetste uitgangspunt van art. 4:116 Awb, geldt ook het bepaalde in art. 611e lid 2 Rv, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat dwangsommen die zijn verbeurd voor de datum van het faillissement niet worden toegelaten in het passief van het faillissement. Daarbij constateren wij dat de Afdeling enerzijds niet letterlijk stelt dat er sprake is van een verifieerbare vordering, maar zich anderzijds ook uitsluitend heeft kunnen uitlaten over de aan haar voorgelegde bestuursrechtelijke beslissingen in deze en zich mogelijkerwijs geen rekenschap heeft gegeven van de uiteindelijke uitkomst van de civielrechtelijke bepalingen ter zake de invordering (art. 4:116 Awb juncto 611e Rv).

### *Ad 2. Last voor faillissement en vordering ontstaan na faillissement*

Op dit punt is de Afdeling expliciet. Als na de datum van faillissement (nog) dwangsommen verbeuren vanwege een voor faillissement aan de gefailleerde opgelegde last, dan zijn die kosten – net als de kosten van bestuursdwang in soortgelijk geval – als niet-verifieerbare schulden aan te merken. Terzijde zij maar opgemerkt dat niet-verifieerbare schulden wel bestaande verplichtingen zijn, die echter slechts niet bij de afwikkeling van het faillissement worden betrokken en bijgevolg dus niet worden voldaan uit de gefailleerde boedel. Zo evenwel het faillissement eindigt en de gefailleerde niet is opgehouden te bestaan (bijvoorbeeld doordat de gefailleerde een natuurlijk persoon is, of het fail-

lissement eindigt wegens de homologatie van een akkoord), dan kan deze onverkort met de niet-verifieerbare schulden geconfronteerd worden.

### *Ad 3. Last en vordering na faillissement*

Over de derde situatie laat de Afdeling zich niet expliciet uit, hoewel met de standaardoverweging dat de curator in zijn hoedanigheid vanaf het uitspreken van het faillissement kan worden gelast tot naleving van milieuvoorschriften, de Afdeling voor ogen lijkt te staan dat indien de overheid een doorlopende milieuovertreding beëindigd wenst te hebben, zij de curator daarvoor zelve zal moeten aanschrijven. Wellicht heeft de Afdeling een zekere analogie voor ogen gestaan met art. 99 Faillissementswet (Fw), waaruit volgt dat alle voor de gefailleerde bestemde exploten en aanzeggingen aan de curator in zijn hoedanigheid moeten worden gedaan. Een zuivere analogie is volgens ons echter niet mogelijk. Want artikel 99 Fw beoogt uiteindelijk dat alle aan de gefailleerde gedaan exploten aan de curator kunnen worden gedaan zodat hij daarmee bekend raakt. Maar zoals wij al opmerkten is het vanuit milieurechtelijk oogpunt niet meer de gefailleerde die drijver is van de inrichting, maar de curator qualitate qua. Daarom moet dus de curator geadresseerd worden wil de uiteindelijk verbeurde last voor overheid op hem verhaalbaar zijn. Immers, een lastgeving geldt volgens de Awb uitsluitend voor degene aan wie deze is opgelegd.

De volgende vraag die rijst is dan wat de status is van de bestuurlijke vordering die voortvloeit uit een aldus opgelegde last aan de curator. Vormt dit nu een boedelschuld? Tekstra merkt op dat zo de taak die de curator uit hoofde van de Faillissementswet heeft eng wordt opgevat, in die zin dat vermogensbestanddelen die een negatieve waarde hebben zich niet lenen voor beheer en vereffening ingevolge artikel 68 Fw, dit met zich zou brengen dat deze last ook nimmer tot een boedelschuld zou kunnen leiden.<sup>12</sup> Tekstra koppelt daarmee de vraag of de bestuurlijke vordering een boedelschuld oplevert aan de vraag of een vermogensbestanddeel een positieve of een negatieve waarde heeft. Onzes inziens miskent hij daarmee ten eerste alleen dat het hier niet gaat om een schuld die in het kader van beheer over vermogen ontstaat, maar om een schuld die het gevolg is van een nalaten van de curator om te handelen in overeenstemming met op hem krachtens milieuwetgeving zelfstandig rustende verplichtingen (q.q.). Verder miskent Tekstra in onze optiek dat de schuld verbonden is aan de milieu-inrichting en niet aan een specifieke zaak, zoals wij hiervoor uiteengezet hebben. Naar wij menen is hier sprake van een nalaten van de curator te handelen in overeenstemming met een op hem rustende verplichting en betekent dit dat – ook het arrest van de Hoge Raad van 19 april 2013 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*)<sup>13</sup> in ogenschouw nemende – sprake is van een boedelschuld.<sup>14</sup>

11. Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 13 februari 2013, 201104925/1/A4, AB 2013/95 (r.o. 4.3).
12. A.J. Tekstra, ‘Drie soorten boedelschulden in faillissement’, *TFI* 2013/4, p. 126-133.
13. HR 19 april 2013, LJN BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).
14. In gelijke zin: T. van Hees, ‘Omwervingen van de Hoge Raad omtrent boedelvorderingen’, *TVI* 2014/28, p. 139-143.



Die uitkomst is ook bevredigend, omdat daarmee de naleving van de milieuvoorschriften, als een objectieve rechtsplicht wordt gezien die los van het belang van de schuldeisers moet worden nageleefd.<sup>15</sup>

## 8. Kritiek op het standpunt van de Afdeling

Het standpunt van de Afdeling stuit op weinig kritiek als het gaat om de eerste door ons beschreven situatie. Daar waar het bestuursorgaan redenen heeft om aan te nemen dat een deconfiture zal volgen en uitstel van de maatregelen niet kan worden verlangd, is zij beter af met de last onder bestuursdwang. Niet alleen brengt deze last immers met zich dat, zo de bestuursdwang na afloop van de begunstigingstermijn, maar voor faillissement, wordt geëffectueerd, dit leidt tot een verifieerbare vordering, maar daarmee is ook de voortdurende milieuovertreding een halt toe geroepen. Dit alles in tegenstelling tot wat de last onder dwangsom het bestuursorgaan in die situatie zou brengen.

In de tweede situatie is het eigenlijk eenvoudig. Immers, dan is een last (ongeacht of deze onder bestuursdwang of onder dwangsom is) al opgelegd, maar nog niet geëffectueerd. In dat geval dient het bestuursorgaan zich te realiseren dat door het faillissement, vanwege zijn bijzondere gezagsverhouding, er een nieuwe normadressaat is die zij een nieuwe last dient op te leggen, waarmee de laatstgenoemde situatie aan de orde is.

Lastiger wordt het in deze derde situatie. Niet zozeer vanwege de kwalificatie van de vordering die uit de op te leggen last voortvloeit, omdat wij hiervoor reeds constateerden dat deze kwalificeert als een concurrente boedelschuld.<sup>16</sup>

De keuzevrijheid, zo wij aannemen dat de situatie – gelet op de ernst van de overtreding – deze nog toelaat, wordt onzes inziens hier anders. Waar een bestuursrechtelijk uitgangspunt is, dat voor het opleggen van een last onder dwangsom de financiële draagkracht van de aangeschrevene geen rol behoort te spelen, menen wij dat dit in deze situatie bij de curator anders behoort te liggen. Immers, geconstateerd hebbende dat beide dwangmiddelen in deze situatie leiden tot een concurrente boedelschuld, dient ook het primaire doel van de handhaving in het oog te worden gehouden. Het primaire doel is immers de naleving van het algemene milieubelang door ongedaanmaking van de overtreding. Weliswaar heeft de curator, na aanschrijving, die verplichting tot ongedaanmaking, evenals de verplichting de boedelschulden niet onnodig op te laten lopen, maar beide verplichtingen kunnen niet zover strekkend zijn dat de curator de concurrente boedelverplichting tot ongedaanmaking laat voorgaan boven de voldoening van preferente boedelverplichtingen.

Anders gezegd; daar waar de boedel niet of onvoldoende batig is om tot voldoening van de boedelverplichtingen te komen, gaat er dan geen enkele prikkel uit van een dwangsom en dient het bestuursorgaan zich er rekenschap van te geven dat het dwangmiddel ‘last onder dwangsom’ slechts zal leiden tot enerzijds een onverhaalbare oplopende vordering op de boedel, maar bovenal het oneindig voortbestaan van de gewraakte milieuovertreding. Overigens is in de literatuur al vaker een lans gebroken om, juist in deze situatie, de keuzevrijheid van het bestuursorgaan los te laten en de last onder bestuursdwang aan te wenden.<sup>17</sup>

Uitsluitend daar waar de boedel voldoende batig is om tot een uitkering aan pre-faillissementscrediteuren te kunnen komen of dat voorzienbaar is, zal er voor de curator een werkelijke motivatie zijn – en ook moeten zijn – om de hem opgelegde last onder dwangsom na te komen. Dat betekent dat in het andere geval (de niet of onvoldoende batige boedel), het bestuursorgaan zich primair zal moeten bedienen van de last onder bestuursdwang, teneinde het milieubelang te dienen.

Overigens zou men uit andere rechtspraak van de Afdeling kunnen afleiden dat de last onder bestuursdwang in alle gevallen waarin een last ter zake wordt opgelegd aan de curator – ongeacht de stand van de boedel – de aangewezen weg is, omdat de Afdeling eerder heeft overwogen dat bij het nemen van een besluit op grond van art. 3:2 Awb alle relevante belangen moeten worden meegewogen en dat daartoe ingeval van faillissement ook de belangen van schuldeisers behoren.<sup>18</sup> Voor het bestuursorgaan is dit ook makkelijk te realiseren omdat, alvorens een bestuursorgaan een definitief handhavingsbesluit neemt, de art. 4:8 en 4:9 Awb met zich brengen dat de curator eerst de mogelijkheid moet krijgen hierover zijn zienswijze naar voren te brengen. Dit, tenzij sprake is van grote spoedeisendheid waardoor een ‘vooraankondiging’ niet kan worden afgewacht (vgl. art. 5:31 Awb)

## 9. Conclusie

Onze conclusie uit het voorgaande is dan ook dat, daar waar de bestuursorganen een voorkeur hebben voor de last onder dwangsom, zij zeker bij voortdurende milieuovertredingen in plaats daarvan eerder zouden moeten opteren voor de last onder bestuursdwang. Voor het uitspreken van het faillissement leidt dit instrument, anders dan de last onder dwangsom, tot een verifieerbare vordering in het geval er een faillissement volgt, maar bovendien is het primaire doel (de beëindiging van de milieuovertreding) daarmee hoe dan ook bereikt. In het geval de overtreding voortduurt terwijl de drijver van de inrichting faillieert, zal het bestuursorgaan een nieuwe last tot de curator dienen te richten. Onzes inziens dient daarbij zeker bij een negatieve boedel (dwingend) gekozen te worden voor een last onder bestuursdwang, maar menen wij tevens dat er goede gronden zijn om aan te nemen dat dit niet anders ligt in het geval van een positieve boedel.

15. A.A.J. Smelt, ‘Bestuursdwang, bestuurlijke dwangsom en bestuurlijke boete’, *TvI* 2008/40.

16. Een interessante vraag in dit verband is of het bestuursorgaan de handhaving kan uitstellen, enkel vanwege een te verwachten faillissement, om daarna eerst een last op te leggen om zo te prolongeren tot een boedelschuld. Wij menen dat dit niet kan, omdat dit in strijd komt met de bestuursrechtelijke beginselplicht tot handhaving. Maar, zelfs een vordering die ontstaat in strijd met deze beginselplicht, kwalificeert als een boedelschuld, tenzij men zou aannemen dat een dergelijk optreden een ongerechtvaardigde doorbreking van de *partitas* zou vormen.

17. O.a. Van Mil in zijn annotatie bij ABRvS 13 februari 2013, nr. 201104925/1/A4, AB 2013/95. Alsmede M.P.E.G. Murriss & R.L.G. Kraaijvanger, ‘De ondernemende curator en milieuvoorschriften’, *Lustrumbundel Insolad*, Deventer 2011, p. 144-145.

18. ABRvS 11 juli 1997, LJN: ZF2839.