

Wie boven het bestuurs- en faillissementsrecht uitstijgt ziet de eenheid¹

mr. F.A. Pommer & mr. M.J.W. van Ingen²

In TvCu 2014/1 schreven wij over de curator als milieuovertreder. Aanleiding voor dat artikel was de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 13 februari 2013 (Dutch Infratech). Sindsdien zijn er een tweetal belangrijke uitspraken op dit gebied geweest, die wij hierna onder elkaar zetten. Tijd om de balans op te maken in deze vervolgbijdrage over het snijvlak van het civiele en het administratieve recht.

1. Dutch Infratech

Zoals wij hebben toegelicht in onze eerdere bijdrage zagen de curatoren van Dutch Infratech zich geconfronteerd met een milieu-inrichting waarin vóór faillissement de afvalstoffen zich hadden opgesteld. Dit leverde meerdere milieuovertredingen op. In dat verband had het College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland (het College) vóór faillissement, aan Dutch Infratech verschillende lasten onder dwangsom opgelegd op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Omdat Dutch Infratech de lasten niet was nagekomen waren vóór faillissement enkele dwangsommen verbeurd. Gedurende de begunstigingstermijn werd Dutch Infratech failliet verklaard. Een deel van de dwangsommen verbeurde daardoor ná het faillissement van Dutch Infratech. Het College zag zich geconfronteerd met de vraag bij wie hij de verbeurde dwangsommen kon invorderen. 'Bij de curatoren', dacht het College, met waarschijnlijk in het achterhoofd de bestendige rechtspraak van de Afdeling dat de curator, wanneer een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer (Wm) onderdeel is van de boedel, uit hoofde van zijn bijzondere gezagsverhouding verantwoordelijk is voor naleving van de voor die inrichting geldende milieuwetgeving.⁴ De curatoren moesten volgens het College worden beschouwd als rechtsopvolgers onder algemene titel van Dutch Infratech en waren als zodanig, aldus het College, mede verantwoordelijk voor de uitvoering van de aan Dutch Infratech opgelegde lasten onder dwangsom. Deze vlieger ging volgens de Afdeling niet op. Daartoe overwoog zij:

'De last is een bij besluit opgelegde verplichting gericht aan de in dat besluit genoemde persoon, in dit geval DIT. De curatoren in het faillissement van DIT zijn verantwoordelijk voor naleving van de voor de inrichting geldende regels na het faillissement, maar hoeven geen zorg te dragen voor uitvoering van een niet aan hen, maar aan de gefailleerde, opgelegde last.'

De Afdeling maakte hiermee duidelijk dat de normadressaat van de last ten gevolge van het faillissement niet wijzigt. Dit strookt met de vaste lijn in de Afdelingsrechtspraak: alleen voor de normadressaat vloeien uit een last verplichtingen voort.⁵ Volgens de Afdeling kon dan ook uitsluitend Dutch Infratech (als normadressaat) de dwangsommen verbeuren vanwege de aan haar opgelegde lasten onder dwangsom, zowel vóór faillissement als ná faillissement.

Het enige gevolg dat de Afdeling aan het faillissement toedicht, als het gaat om de verbeuring van dwangsommen, ziet op de faillissementsrechtelijke 'status' van de vordering vanwege verbeurde dwangsommen. Volgens de Afdeling vallen de vóór faillissement door Dutch Infratech verbeurde dwangsommen 'in de failliete boedel' en kwalificeren de ná faillissement door Dutch Infratech verbeurde dwangsommen als 'niet verifieerbare schulden' in de zin van de Faillissementswet.⁶

De belangrijkste overweging in de uitspraak is dat volgens de Afdeling de curatoren door Het College ten onrechte verantwoordelijk zijn gehouden voor de uitvoering van de aan Dutch Infratech opgelegde last onder dwangsom. Indien – zo moet de Afdeling worden begrepen – het College iets van curatoren gedaan had willen krijgen, dan had hij

1. Vrij naar de Chinese filosoof Tsjwang-tse.
2. De auteurs zijn respectievelijk werkzaam bij Hekkelman Advocaten en Holla Advocaten.
3. ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261.
4. Sinds ABRvS 9 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4703 is dit de heersende leer.

5. ABRvS 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:836.
6. Dat laatste betekent niet dat het in civiele zin geen schulden zijn; slechts worden zij bij de afwikkeling van het faillissement niet in aanmerking genomen.

hen afzonderlijk door middel van een last moeten aanschrijven.

2. Bavin

Dezelfde overwegingen als in de Dutch Infratech-uitspraak komen naar voren in de uitspraak van de Afdeling van 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728, JOR 2015/19 (Bavin). In die casus schuilt echter een belangrijk verschil met Dutch Infratech, namelijk dat de milieuovertreding uitsluitend plaatsvond ná faillissement. In Bavin is tengevolge van een brand verontreinigd bluswater in het oppervlaktewater gekomen. De curator betoogt dat hij als curator daarvoor niet verantwoordelijk kan worden geacht; weliswaar was de brand ontstaan na faillissement, maar op de onroerende zaak waar de brand uitbrak werd retentierecht uitgeoefend. De Afdeling volgt de curator niet in dit betoog:

‘5.1. Gelet op artikel 5:1, tweede lid, van de Awb is de overtreder degene die het desbetreffende wettelijke voorschrift schendt. Dit is in de eerste plaats degene die de verboden handeling fysiek verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen degene die de overtreding niet zelf feitelijk begaat, doch aan wie de handeling is toe te rekenen, voor de overtreding verantwoordelijk worden gehouden en derhalve als overtreder worden aangemerkt. (...) Verder volgt uit onder meer de uitspraken van de Afdeling van 9 mei 2007 in zaak nr. 200604496/1 en 13 februari 2013 in zaak nr. 201104925/1/A4, dat een curator als beheerder van de boedel vanaf het moment van faillietverklaring van een bedrijf verantwoordelijk is voor de uit de milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen van het bedrijf.

5.2. (...) Of de curator feitelijk de mogelijkheid had om de overtreding te voorkomen dan wel te beëindigen, is niet relevant, nu hij overtreder is op grond van een toerekening aan hem van het handelen van de brandweer dat tot de overtreding heeft geleid. De rechtbank heeft dan ook terecht overwogen dat de curator als overtreder van artikel 6.2, eerste lid, aanhef en onder a, van de Waterwet kan worden aangemerkt.’

3. Thermphos

Een tweede uitspraak die verscheen na de Dutch Infratech-uitspraak is de uitspraak van de Rechtbank Zeeland West-Brabant van 19 maart 2014, JOR 2015/18 (Thermphos).⁷ Ook hier wijken de feiten af van Dutch Infratech. Thermphos produceerde fosfor voor diverse toepassingen. Op 21 november 2012 werd Thermphos failliet verklaard. Na de fail-

lisementsdatum zetten de curatoren *actief* de productie en verkoop van fosfor door. Het verschil met Dutch Infratech is dat de curatoren daarin geen bedrijfsactiviteiten voortzetten, maar enkel (passief) de status quo op het terrein van Dutch Infratech ten tijde van het uitspreken van het faillissement handhaafden.

Het terrein van Thermphos waarop die activiteiten plaatsvonden blijkt verontreinigd te zijn met zware metalen. Nadat de activiteiten door curatoren geleidelijk zijn afgebouwd blijkt dat het boedelactief onvoldoende is om de opruimkosten volledig te voldoen. Aan de curatoren van Thermphos worden vervolgens diverse lasten onder dwangsom opgelegd. Curatoren betwisten dat de dientengevolge verschuldigde dwangsommen kwalificeren als boedelschulden en daarover heeft – kort gezegd – de rechtbank te oordelen.

De rechtbank neemt als uitgangspunt (r.o. 4.7) dat de curatoren na de faillissement verantwoordelijk zijn voor de naleving van milieuwetgeving en daarmee ook voor de opruimverplichtingen. De rechtbank overweegt daartoe:

‘4.7. (...) Of en in hoeverre op de curatoren opruimverplichtingen rusten, of en in hoeverre de curatoren aan die opruimverplichtingen hebben voldaan en of en in hoeverre aan de curatoren handhavingsbesluiten terzake die verplichtingen kunnen worden opgelegd, is ter beoordeling aan de bestuursrechter en de civiele rechter is in dat opzicht aan dat oordeel gebonden.’

‘So far so good’, menen wij. Vervolgens gaat de rechtbank in op de kwalificatie van de betreffende vorderingen in het faillissement. Hierbij hanteert de rechtbank een wat ons betreft, verkeerde uitleg. In ieder geval wijkt die uitleg wezenlijk af van de uitleg van de Afdeling in de Dutch Infratech- en Bavin-uitspraak. De rechtbank overweegt als volgt:

‘4.8. De vraag of de opruimkosten, die voortvloeien uit de opruimverplichtingen, en de handhavingskosten, die voortvloeien uit de handhavingsbesluiten, kwalificeren als boedelschuld, is echter een vraag die door de civiele rechter dient te worden beantwoord. (...)

4.9. (...)

4.9.1. Voor zover de opruimverplichting reeds bestond ten tijde van de faillietverklaring geldt dat het faillissement op zichzelf geen wijziging brengt in de verplichting die voortvloeit uit de milieuwetgeving. Indien de curator besluit om de reeds bestaande verplichting die voortvloeit uit de milieuwetgeving niet na te komen, leveren de daaruit voortvloeiende handhavingskosten een concurrente vordering op in het faillissement. (...)

4.9.2. De opruimkosten en daar op betrekking hebbende handhavingskosten die voortvloeien

7. Tegen de uitspraak is appel ingesteld. Nadat van grieven is gediend heeft het bestuursorgaan om haar moverende redenen de procedure door laten halen.

uit een handelen of nalaten van de curator in verband met het voortzetten van Thermphos International na het faillissement zijn geen boedelschulden ingevolge de wet. Een wettelijke bepaling op dat punt ontbreekt. Die kosten leveren echter wel een boedelschuld op nu zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, respectievelijk het gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting.”

Wij gaan hieronder nader op deze overweging in.

4. Bestendige lijn?

Uit alle drie de bovenstaande uitspraken kan in ieder geval als bestendige lijn worden afgeleid, voor zover het gaat om de rol van de curator in het bestuursrechtelijke handhavingsspoor, dat de curator verantwoordelijk is voor de naleving van milieuwetgeving die geldt voor een in de faillissementsboedel vallende milieu-inrichting.

Wij merken op dat dit uitgangspunt – zoals met name de Dutch Infratech – uitspraak duidelijk maakt – iets anders inhoudt dan het naleven van verplichtingen die voortvloeien uit een, vanwege de schending van milieuwetgeving, opgelegde last onder dwangsom (of bestuursdwang). Voor de naleving van die last is namelijk niet de curator verantwoordelijk – tenzij die last aan hem zelve is opgelegd – maar uitsluitend de normadressaat van de bewuste last onder dwangsom. Vandaar de in de Dutch Infratech uitdrukkelijke toevoeging aan het hiervoor genoemde uitgangspunt (in r.o. 4.2):

‘Dat brengt mee dat de curator vanaf het moment van faillietverklaring onder dwangsom kan worden gelast om de op dat moment bestaande overtredingen van de milieuwetgeving te beëindigen of herhaling ervan te voorkomen.’

Wij zeiden het al; indien een bestuursorgaan iets van de curator gedaan wilt krijgen (onder dwangsom dan wel bestuursdwang), dan zal hij eerst aan de curator zelf een last moeten opleggen. Terzijde: de curator weet mogelijk niet eens van de overtreding, totdat hij daarop door het bestuursorgaan wordt gewezen door middel van de last.

Dat de curator vanaf faillissement verantwoordelijk is voor de naleving van milieuwetgeving mag dan de gemeenschappelijke deler van de drie uitspraken zijn, voor wat betreft de faillissementsrechtelijke ‘status’, zowel voor als na faillissement, van de vorderingen die voortvloeien uit verbeurde dwangsommen als de last niet wordt nagekomen, wijzen de uitspraken in verschillende richtingen. Of eigenlijk; de Thermphos-uitspraak⁸ wijkt op dit

onderdeel af van de Dutch Infratech- en Bavin-uitspraak. Dat komt volgens ons doordat de rechtbank de ‘bijzondere grondslag’ van de vordering, die (mede) voortvloeit uit enkele voor faillissement genomen handhavingsbesluiten miskent.

Het gaat mis in rechtsoverweging 4.9 van de Thermphos-uitspraak. De rechtbank maakt hier namelijk een opmerkelijke tournure ten opzichte van de andere twee uitspraken, door als uitgangspunt te nemen dat vorderingen die voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding ten tijde van het faillissement, een verifieerbare vordering opleveren in het faillissement. De rechtbank stelt dat, ‘indien de curator besluit om de reeds bestaande verplichting die voortvloeit uit de milieuwetgeving niet na te komen’, de daaruit voortvloeiende handhavingskosten een concurrente vordering opleveren in het faillissement. Wij menen uit de Dutch Infratech-uitspraak nu juist te moeten afleiden dat op de curator geen (enkele) ‘reeds bestaande verplichting die voortvloeit uit de milieuwetgeving’ rust. Dat zou hem immers, zoals nadrukkelijk in de Dutch Infratech-uitspraak verworpen, een soort rechtsopvolger onder algemene titel maken. Ja, de curator is verantwoordelijk voor de naleving van milieuwetgeving maar hij is daarmee nadrukkelijk niet ook verantwoordelijk voor de naleving van reeds bestaande verplichtingen die voortvloeien uit een last (onder dwangsom) die niet aan hem zelf, maar vóór faillissement aan de gefailleerde (Thermphos) is opgelegd. Anders dan de rechtbank ten onrechte veronderstelt, vloeien de kosten die genoemd worden in rechtsoverweging 4.9.1 en 4.9.2 van de Thermphos-uitspraak, niet voort uit een milieuovertreding maar uit de overtreding van een last (de handhavingsbesluiten). Voor zover die vóór faillissement aan Thermphos zijn opgelegd, is de curator geen normadressaat van deze last, maar (uitsluitend) Thermphos. De curator kan geen handhavingskosten verbeuren wegens overtreding van deze aan Thermphos gerichte last. Alleen voor zover de curator een aan hem opgelegde last wegens overtreding van milieuwetgeving niet nakomt, kan hij handhavingskosten verbeuren. Ook dan vloeien echter de kosten voort uit de last; niet uit de milieuovertreding.

Wat de rechtbank gedaan lijkt te hebben in deze casus, is louter *civielrechtelijk* te hebben gezocht naar de eerst mogelijke grondslag van de vordering, zonder acht te slaan op het (door haarzelf in r.o. 4.8 op zichzelf wel juist geformuleerde) uitgangspunt dat het ontstaan van de vordering in het *bestuursrecht* ligt. Het wezenlijke belang om oog te hebben voor het onderscheid tussen het civiele recht en het bestuursrecht voor de kwalificatie van de faillissementsrechtelijke ‘status’ van een vordering, stelden wij in ons eerdere artikel al aan de orde. Wordt dit onderscheid losgelaten, dan ontstaan de vergissingen die wat ons betreft in de Thermphos-uitspraak zijn gemaakt.

8. Tegen de uitspraak is appel ingesteld. Nadat van grieven is gediend heeft het bestuursorgaan om haar moverende redenen de procedure door laten halen.

5. De kern van onze visie

De uitspraak Dutch Infratech bracht ons tot een aantal conclusies ter zake de faillissementsrechtelijke 'status' van de vordering, voortvloeiend uit een last onder dwangsom (of bestuursdwang). Voor de volledigheid vatten wij samen hoe wij deze materie, op het grensvlak van het faillissements- en bestuursrecht beschouwen.

Uitgangspunt is onzes inziens dat zowel in als buiten faillissement een strikt, maar steeds identiek, onderscheid bestaat tussen de beide rechtsgebieden. Naar ons oordeel passen het bestuursrechtelijke en het faillissementsrechtelijke systeem naadloos in elkaar, zonder de omissies die door enkelen in de literatuur hieraan worden toegedicht. Het onderscheid luidt aldus dat het bestuursrecht bepaalt:

- a) welke norm geldt;
- b) wie als normadressaat wordt aangemerkt;
- c) welke sanctie bij overtreding van de norm heeft te gelden (wat wordt geconcretiseerd in de last, die de rechtsverhouding schept waaruit materieel vorderingen kunnen voortvloeien) en;
- d) de effectuering van die sanctie, daaronder begrepen het ontstaansmoment van een vordering als gevolg van de effectuering van de handhaving.

Het civiele recht bepaalt vervolgens (uiteindelijk) op welke wijze deze uit aan het bestuursrecht ontleende vordering:

- a) wordt verhaald (bijvoorbeeld door indiening ter verificatie) en;
- b) welke rangorde die vordering inneemt in het civiele systeem (uitgaande van het door het bestuursrecht aangewezen materiële ontstaansmoment).

Dat uitgangspunt verandert niet ingeval van een faillissement van de normadressaat. Het is dát wat de uitspraak van Dutch Infratech tot uitdrukking bracht.

6. De bestuursrechtelijke handhaving nader beschouwd

Om onze hiervoor uiteengezette visie nader uit te werken moeten wij eerst de bestuursrechtelijke handhaving nader bezien. Zoals gezegd vindt de handhaving van milieuwetgeving plaats binnen het domein van het bestuursrecht. Aan de hand van het hierboven gemaakte onderscheid van de thema's die tot het domein van het bestuursrecht horen, volgt hier een nadere analyse.

Ad a. Welke norm geldt?

De vraag die in het bestuursrechtelijk domein als eerste gesteld dient te worden bij het opstarten van een handhavingstraject is, welke norm er wordt overtreden. Hoewel dit op het eerste gezicht een eenvoudig te beantwoorden vraag lijkt, moet worden gerealiseerd dat voor één feitencomplex dat een overtreding oplevert, vaak meerdere juridi-

sche grondslagen bestaan voor handhaving. Zo kan het opslaan van afvalstoffen een overtreding van milieuwetgeving inhouden, maar tegelijkertijd in strijd zijn met het bestemmingsplan. Het bestuursorgaan kan ervoor kiezen om beide grondslagen aan een last onder dwangsom (of bestuursdwang) ten grondslag te leggen, of één van beide. De keuze die wordt gemaakt, heeft gevolgen voor de aan te schrijven normadressaat. Die kan namelijk per grondslag verschillen. Zo zou bijvoorbeeld in het hiervoor gegeven voorbeeld voor de milieuovertreding, alleen de houder van een omgevingsvergunning kunnen worden aangeschreven en voor het overtreden van bestemmingsplanvoorschriften (ook) de eigenaar van de grond. Het doel dat met de handhaving wordt nagestreefd is in beide gevallen hetzelfde, namelijk het verwijderen van de afvalstoffen. De wet stelt aan de keuze van de grondslag voor handhaving in beginsel geen eisen, hoewel in sommige wetten wel een nadrukkelijke verwijzing staat naar het 'proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel'. Op grond van deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dient een bestuursorgaan als hij voor het bereiken van een bepaald doel de keuze heeft uit meerdere middelen, dát middel aan te wenden, dat voor de betrokkene het minst belastend is. Hierover komen wij later in deze bijdrage nog te spreken.

Ad b. Wie kan als normadressaat wordt aangemerkt?

Is de overtreden norm (handavingsgrondslag) bekend, dan dient te worden bekeken wie als normadressaat kan worden aangeschreven in verband met de ongedaanmaking van de overtreding. Dit is in beginsel de overtreder.⁹ Op grond van art. 5:1 lid 2 Awb wordt daaronder verstaan: '*degene die de overtreding pleegt of medepleegt*'. Bij het opleggen van een last onder dwangsom wordt als aanvullende eis gesteld dat de overtreder die wordt aangeschreven het ook feitelijk en juridisch in zijn macht moet hebben om de overtreding te (doen) beëindigen.¹⁰ Verschillende curatoren hebben al tevergeefs gepoogd te bepleiten dat zij niet als overtreder zijn aan te merken omdat zij geen drijver waren van de milieu-inrichting die in hun boedel viel en dat zij het niet in hun feitelijke macht hadden om de overtreding te doen beëindigen, wegens het ontbreken van financiële middelen. De Afdeling blijkt hiervoor niet gevoelig te zijn. Dat de curator volgens de Afdeling vanwege zijn bijzondere gezagsverhouding vanaf het moment van de faillietverklaring verantwoordelijk is voor de uit de milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen en de financiële omstandigheden van degene tot wie een last is ge-

9. Op grond van art. 5:24 Awb kan bij een last onder bestuursdwang – niet bij de last onder dwangsom – naast de overtreder, ook de rechthebbende op het gebruik van de zaak waarop de last betrekking heeft worden aangeschreven. Alleen het kostenverhaal van bestuursdwang geschiedt krachtens art. 5:25 Awb ten laste van de overtreder.

10. ABRvS 28 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3294.

richt, zijn volgens de Afdeling niet bepalend voor het vaststellen van de (hoogte van de) dwangsom.¹¹ De conclusie is dan ook – zoals ook bevestigd in de hiervoor genoemde uitspraken – dat de curator in zijn hoedanigheid kan worden aangeschreven voor (kort gezegd) overtredingen.

Ad c. De op te leggen sanctie

Welke sanctie mag worden opgelegd, hangt af van het overtreden voorschrift. Deze moet te herleiden zijn tot een wettelijk voorschrift, waarin is bepaald dat een bestuursorgaan bevoegd is tot handhaving indien het overtreden voorschrift niet wordt nagekomen. Is die bevoegdheid gegeven, dan is uitgangspunt dat het bestuursorgaan – in ieder geval *buiten* faillissement – de autonome bevoegdheid heeft om te kiezen tussen de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang (art. 5:31 lid 1 Awb). Bij die keuze komt het bestuursorgaan volgens de Afdeling ruime beleidsvrijheid toe.¹² Alleen indien het belang dat het betrokken voorschrift beoogd te beschermen zich daartegen verzet, dan mag niet voor een last onder dwangsom worden gekozen (art. 5:32 lid 2 Awb). Interessant is de vraag of het faillissement van een overtreder kan maken dat het belang dat het overtreden voorschrift beoogt te beschermen zich verzet tegen toepassing van een last onder dwangsom. In dat geval kan immers de last niet dwingen omdat er de facto geen financieel drukmiddel is, vanwege het faillissement. Alleen bestuursdwang zou dan de aangewezen weg zijn. Dit geluid is alleen nog opgegaan in de literatuur, maar heeft tot nog toe geen opvolging gevonden in de rechtspraak.¹³ Wij komen hierop verderop in deze bijdrage nog terug.

De ervaring leert dat bestuursorganen de voorkeur geven aan het opleggen van een last onder dwangsom, omdat zij dan – anders dan bij bestuursdwang – niet het kostenrisico dragen van de te treffen herstelmaatregelen. Daarom wordt in deze bijdrage ook met name de last onder dwangsom behandeld. Op grond van art. 5:32a Awb dient een last onder dwangsom een omschrijving te bevatten van de te nemen herstelmaatregelen en tevens een termijn gedurende welke de overtreder de last kan uitvoeren, zonder dat een dwangsom wordt verbeurd (de zogenoemde begunstigingstermijn). Art. 5:32b Awb bepaalt voorts dat in een last onder dwangsom de hoogte van de dwangsom moet worden vastgesteld op een bedrag ineens, ofwel een bedrag per tijdsseenheid, ofwel een bedrag per overtreding. Tot slot dient in de last onder dwangsom het bedrag te zijn vastgesteld, waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd.

De inhoudelijke eisen die gesteld worden aan de last onder bestuursdwang zijn niet wezenlijk anders. Volgens art. 5:24 Awb bevat ook deze last een omschrijving van de te nemen herstelmaatregelen

en een begunstigingstermijn. Op grond van art. 5:25 Awb lid 2 vermeldt de last voorts in hoeverre de kosten van bestuursdwang ten laste van de overtreder zullen komen.

Ad d. Het ontstaan van een vordering

Tot slot regelt het bestuursrecht de effectuering van de opgelegde handhavingsmaatregel. De wijze waarop dit is geregeld, is voor een goed begrip van deze bijdrage van belang. Daarom besteden wij hieraan in het navolgende hoofdstuk afzonderlijk aandacht.

7. Het ontstaan van de bestuursrechtelijke vordering als grondslag voor de vordering in faillissement

Is er een last onder dwangsom opgelegd, dan verbeurt de dwangsom van rechtswege als na het verstrijken van de begunstigingstermijn (nog steeds) de last wordt overtreden. Art. 5:33 Awb bepaalt dat de dwangsom dient te worden betaald binnen zes weken nadat zij van rechtswege is verbeurd. Blijft de betaling uit, dan dient het bestuursorgaan de verbeurde dwangsommen in te vorderen. Op hem rust namelijk de zogenoemde '*beginselplicht tot invordering*'. De gedachte hierbij is dat een adequate handhaving vergt dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen worden ingevorderd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien.¹⁴

De invordering van bestuursrechtelijke geldschulden is geregeld in een afzonderlijke titel in de Awb: Titel 4.4 '*Bestuursrechtelijke geldschulden*'. Blijkens art. 4:86 Awb heeft als uitgangspunt te gelden dat de verplichting tot betaling van een bestuursrechtelijke geldsom eerst bij beschikking – de zogenoemde invorderingsbeschikking – moet worden vastgesteld. Zonder invorderingsbeschikking, geen betalingsverplichting dus. Van dit uitgangspunt bevat het hiervoor genoemde art. 5:33 Awb een uitdrukkelijk afwijkende regeling. Bij verbeurde van een dwangsom ontstaat de betalingsverplichting namelijk niet eerst door een invorderingsbeschikking, maar van *rechtswege* door de overtreding van de last.¹⁵ In dit opzicht bestaat er wel een belangrijk verschil met de last onder bestuursdwang, waarbij – zij het op basis van een eigenstandige grondslag in art. 5:25 lid 6 Awb (dus ook niet krachtens art. 4:86 Awb) – wel pas de betalingsverplichting ontstaat nadat het bestuursorgaan de hoogte van de verschuldigde kosten heeft vastgesteld (in de zogenoemde kostenverhaalsbeschikking).

Terug naar de last onder dwangsom. Blijft betaling van de verbeurde *dwangsom* uit, dan dient het bestuursorgaan op grond van art. 4:112 Awb de schul-

11. ABRvS 9 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4703.

12. ABRvS 25 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AV0288.

13. ABRvS 20 november 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6891 (AB 2002, 98, m.nt. Michiels).

14. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 115; Zie ook ABRvS 16 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY8501.

15. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 113.

denaar – in dit geval de normadressaat – (die in verzuim is) schriftelijk aan te manen tot betaling binnen een termijn van twee weken. Nadat binnen de in de aanmaning gestelde termijn de dwangsom nog steeds niet is betaald, kan het bestuursorgaan op grond van art. 4:117 Awb een dwangbevel uitvaardigen, waarmee hij zichzelf een executoriale titel verschafft, die blijkens art. 4:116 Awb met toepassing van de voorschriften van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kan worden tenuitvoergelegd. Maar alvorens het bestuursorgaan kan aanmanen tot betaling van de dwangsom, dient hij eerst bij beschikking te beslissen omtrent de invordering van de dwangsom door middel van een invorderingsbeschikking. Het doel van de invorderingsbeschikking als bedoeld in art. 5:37 Awb is meerledig. De wetsgeschiedenis zegt hierover:

*'Het bestuursorgaan dat een last onder dwangsom heeft opgelegd, dient in de eerste plaats een invorderingsbeschikking te geven, indien het van oordeel is dat dwangsommen zijn verbeurd en het daarom tot invordering wil overgaan [...]. Het dictum van de invorderingsbeschikking behelst in dit geval de beslissing om over te gaan tot invordering van een bepaald bedrag aan verbeurde dwangsommen. Ter motivering van deze beslissing zal het bestuursorgaan allereerst moeten aangeven op welke gronden het van oordeel is dat dwangsommen zijn verbeurd (dus: dat de last is overtreden), alsmede tot welk bedrag deze zijn verbeurd.'*¹⁶

Uit deze passage volgt dat de invorderingsbeschikking in de eerste plaats een vaststelling inhoudt dat er dwangsommen zijn verbeurd. Daartoe is nodig dat het bestuursorgaan motiveert dat de last – na het verstrijken van de begunstigingstermijn – is overtreden. Alleen door het overtreden van de last verbeuren immers dwangsommen. Die motivering dient volgens vaste rechtspraak te berusten op een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden.¹⁷ Vervolgens houdt de invorderingsbeschikking een wilsuïting in van het bestuursorgaan dat het daadwerkelijk wil overgaan tot invordering van de verbeurde dwangsommen. Hier speelt de eerder genoemde beginselplicht tot invordering een rol, die maakt dat de speelruimte van het bestuursorgaan in dit verband beperkt is. Tot slot behelst de invorderingsbeschikking de hoogte van het bedrag dat het bestuursorgaan wenst in te vorderen. Onder bijzondere omstandigheden kan een bestuursorgaan geheel of gedeeltelijk van invordering afzien.¹⁸ Dit laatste kan bijvoorbeeld het geval zijn als blijkt dat inmiddels, zij het na het verstrijken van de begunstigingstermijn, de overtreding waarvoor de aanschrijving heeft plaatsgevonden (deels) beëindigd is. Al deze thema's kunnen onderwerp zijn van een

bestuursrechtelijke procedure, omdat een invorderingsbeschikking een besluit is in de zin van art. 1:3 Awb waartegen rechtsmiddelen kunnen worden aangewend.

Waarom is dit relevant? Omdat er onzes inziens iets vreemds zit in dit systeem. Wat is namelijk de betekenis van art. 5:33 Awb in dit verband? Het doet een betalingsverplichting ontstaan bij de normadressaat van de last onder dwangsom, als dwangsommen van rechtswege zijn verbeurd. Maar het antwoord op de vraag óf er überhaupt dwangsommen zijn verbeurd dient het bestuursorgaan zelf gemotiveerd te geven in een invorderingsbeschikking. Bovendien is tot het moment van de invorderingsbeschikking onbekend óf het bestuursorgaan überhaupt de eventueel verbeurde dwangsommen wil invorderen en zo ja, tot welke hoogte. Wat heeft met het oog hierop de betalingsverplichting als bedoeld in art. 5:33 Awb om het lijf? De wetgever geeft hierover geen duidelijkheid en komt niet verder dan de volgende verklaring:

*'Nogmaals zij benadrukt, dat de invorderingsbeschikking in zoverre een declaratoir karakter heeft. De dwangsommen worden van rechtswege verbeurd door de overtreding van de last. De vaststelling bij beschikking dat en tot welk bedrag dit is geschied, is nodig om de geldschuld te kunnen invorderen, maar doet haar niet ontstaan.'*¹⁹

Tegen deze achtergrond beschouwen wij de navolgende overweging van de Afdeling in rechtsoverweging 4.3 van de Dutch Infratech-uitspraak:

'Indien voor de datum van het faillissement door DIT dwangsommen zijn verbeurd, leidt dit tot vorderingen van het college op DIT die in de failliete boedel vallen. Als na die datum door DIT dwangsommen worden verbeurd, zijn deze – evenals na faillissement ontstane vorderingen inzake bestuursdwangkosten; zie de uitspraak van de Afdeling van 26 juni 2002 in zaak nr. 200106195/1 (www.raadvanstate.nl) – als niet-verifieerbare schulden in de zin van de Faillissementswet aan te merken.'

Met het oog op het hiervoor uiteengezette systeem, met name gezien art. 5:33 van de Awb, is deze overweging van de Afdeling in *bestuursrechtelijke* zin op zichzelf juist. Maar wij vragen ons in het licht van het vorenstaande af – gezien het door ons bepleite onderscheid dat tussen het bestuursrecht en het civiele recht behoort te bestaan – of met het enkel verbeurd zijn van dwangsommen ook in *civielrechtelijk* opzicht, al sprake kan zijn van een vordering. Volgens ons is er veel voor te zeggen dat dit niet het geval is, maar dat de vordering die voortvloeit uit een last onder dwangsom naar *civiel recht* pas eerst ontstaat met de invorderingsbeschikking. Jurgens

16. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 115.

17. ABRvS 13 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW8183.

18. ABRvS 30 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4924.

19. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 115.

pleitte hier met zoveel woorden ook al voor. Volgens hem verdient het om precies dezelfde reden als door ons aangegeven – namelijk dat de hoogte van de verbeurde dwangsom nog niet is gespecificeerd – uit praktisch oogpunt aanbeveling om het moment van specificatie, dus het moment van in rekening brengen door middel van de invorderingsbeschikking, beslissend te achten voor het ontstaan van de geldschuld aan het bestuursorgaan.²⁰ Wij lichten dit hierna toe aan de hand van een nadere beschouwing van het civielrechtelijk kostenverhaal.

8. Het civielrechtelijk kostenverhaal

Als gezegd bepaalt het civiele recht, nadat een aan het bestuursrecht ontleende vordering is ontstaan, op de hiervoor genoemde wijze, a) hoe die vordering wordt verhaald en b) welke rangorde die vordering inneemt in het civiele systeem. In dit hoofdstuk werken wij dit nader uit.

Ad a. het verhalen van de vordering wegens verbeurde dwangsommen

Met de enkele verbeurde van de dwangsommen bestaat op grond van art. 5:33 Awb weliswaar een betalingsverplichting voor de normadressaat, maar het bestuursorgaan kan deze betalingsverplichting pas effectueren door middel van het afgeven van een invorderingsbeschikking. De invorderingsbeschikking fungeert als het ware als de toegangspoort tot het civielrechtelijk kostenverhaal (art. 5:37 jo. 4:112 Awb), dat op grond van art. 4:116 van de Awb uiteindelijk met toepassing van de voorschriften van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering plaatsvindt. Volgens ons is gelet hierop de vraag gerechtvaardigd of naar civiel recht niet pas na de invorderingsbeschikking een opeisbare vordering van het bestuursorgaan is ontstaan, in plaats van na verbeurde van de dwangsom. Ten minste levert volgens ons de enkele verbeuring van de dwangsom ten hoogste een 'vordering onder opschortende voorwaarde' op, namelijk onder de voorwaarde dat een invorderingsbeschikking wordt genomen. In deze gedachtenlijn is aldus, met het oog op art. 5:33 Awb, op zichzelf de vordering ter zake van verbeurde dwangsommen reeds ontstaan bij het van rechtswege verbeuren daarvan, maar wordt deze civielrechtelijk eerst opeisbaar na het nemen van de invorderingsbeschikking. Het bestuursorgaan kan immers met de enkele verbeurde van de dwangsommen voornamelijk geen nakoming afdwingen, zodat de vordering nog niet opeisbaar is. Maar belangrijker nog, zonder de invorderingsbeschikking van art. 5:37 Awb is het zelf volstrekt onbekend of het bestuursorgaan überhaupt een vordering heeft. Eerst moet immers vastgesteld worden of de last na het verstrijken van de begunstigingstermijn is overtreden. Als daarvan

is gebleken, dan is het vervolgens de vraag of het bestuursorgaan zijn vordering gestand zal doen en zo ja, tot welke hoogte. Volgens ons is daarom pleitbaar dat de vordering, voortvloeiend uit een last onder dwangsom naar *civiel recht* pas eerst ontstaat na de invorderingsbeschikking, voor zover daaruit volgt dat het bestuursorgaan een vordering van een bepaalde hoogte heeft die hij wil invorderen. Pas daarna ontstaat een titel voor het civielrechtelijke kostenverhaal.²¹

Daarbij dient overigens bedacht te worden dat o.i. bij een last onder dwangsom en de daaruit volgende invordering geen sprake is van een verifieerbare vordering. Immers, met het 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 vóór de datum van het faillissement niet worden toegelaten in het passief van het faillissement. Daarover wordt in de literatuur soms anders gedacht,²² met name op de grond dat hetgeen geldt voor de civielrechtelijke dwangsom niet geldt voor de bestuursrechtelijke dwangsom.²³

21. De invorderingsbeschikking kwalificeert als een 'eis in hoofdzaak' bij conservatoir beslag op voet van art. 700 lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Rb. Arnhem 26 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM6268, r.o. 4.2; E.A. van de Kuilen, 'Gemeenten hoeven niet meer te dagvaarden na conservatoir beslag', *Gst.* 2011/66 (afl. 7355); Beslagsyllabus, versie augustus 2016, p. 16 onder verwijzing naar president rechtbank Amsterdam 22 november 2001; ECLI:NL:RBAMS:2001:AH8533; KG 2001, 298. De vraag zou nog kunnen worden opgeworpen of de last onder dwangsom niet eveneens kan worden aangemerkt als eis in hoofdzaak. Naar wij menen is dat niet het geval. Weliswaar heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 3 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0347 (*Ontvanger/Heemhorst*) geoordeeld dat een belastingaanslag eveneens kan kwalificeren als een eis in hoofdzaak, maar het verschil is o.i. hier in gelegen dat een belastingaanslag een betalingsverplichting schept, die eerst opeisbaar wordt na het verstrijken van de betalingstermijn. Die kan dan leiden tot een executoriale titel door het uitvoeren van een dwangbevel. Een last onder dwangsom leidt op zijn vroegst tot een vordering als er niet aan de last wordt voldaan, zij het dat die vordering eerst opeisbaar zal worden met het nemen van een invorderingsbeschikking. Voor de last onder bestuursdwang geldt evenwel dat daar de vordering eerst zal ontstaan door het kostenverhaalsbesluit, zodat de last onder bestuursdwang ook om die reden niet kan kwalificeren als eis in hoofdzaak. De lijn van voornoemd arrest doortrekkend zal als hoofdzaak gelden de procedure (ongeacht of deze in het bestuurs- danwel het civiele recht plaats vindt) die tot een executoriale titel leidt en waarin over de gegrondheid van de vordering wordt beslist. Die procedure is het invorderings- c.q. kostenverhaalsbesluit, waartegen bestuursrechtelijk bezwaar en beroep open staat.

22. Ook Van Hees lijkt, in diens annotatie onder Dutch Infratech van mening dat de bestuursrechtelijke dwangsom een verifieerbare vordering oplevert.

23. Jurgens stelt in dat verband dat het bestuursrecht een aan art. 611^e Rv gelijkende bepaling niet kent voor zover het de bestuurlijke dwangsom betreft, vgl. Jurgens onder AB 1998/268. Daarbij merken wij overigens op dat Jurgens dit schreef in 1998, terwijl de wetswijzi-

20. ABRvS 11 juli 1997, ECLI:NL:RVS:1997:ZF2839, AB 1998/268 m.nt. Jurgens.

Dat uitgangspunt is o.i. onjuist, omdat juist in de derde tranche van de Awb er uitdrukkelijk voor is gekozen om de vorderingen die uit de Awb voortvloeiden civielrechtelijk te laten behandelen en invorderen. De wetgever heeft er – meer precies – uitdrukkelijk voor gekozen om op deze vorderingen alle bepalingen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing te verklaren die, direct of indirect, bij de totstandkoming en tenuitvoerlegging van executoriale titels een rol spelen.²⁴ Naar wij menen brengt dit met zich dat hetgeen geldt voor de civielrechtelijke dwangsom ook voor de bestuursrechtelijke dwangsom.

Voor de volledigheid merken wij op dat de bovenstaande discussie bij de last onder bestuursdwang niet aan de orde is, omdat daar de betalingsverplichting hoe dan ook pas ontstaat nadat het bestuursorgaan een kostenverhaalsbeschikking neemt. Voor de last onder bestuursdwang bestaat niet een vergelijkbare bepaling als art. 5:33 Awb.

Ad b. de rangorde van de vordering

Bij dat civielrechtelijke verhaal in een faillissementssituatie dient te worden onderscheiden in de typen vorderingen. Het faillissementsrecht onderscheidt drie typen schulden bij faillissement, die allemaal weer de rangorde kennen die de wet aan de schulden verbindt.

Allereerst zijn er de boedelschulden. Deze geven een onmiddellijke aanspraak tot betaling op de boedel, met dien verstande dat, zo de boedel onvoldoende middelen heeft om deze volledig te voldoen, deze schulden worden voldaan naar rato van hun rang. Ten tweede zijn er de verifieerbare schulden. Dit zijn de schulden die reeds bestonden bij aanvang van het faillissement of die voortvloeien uit een reeds voor faillissement bestaande rechtsverhouding. Deze schulden worden bij de verdeling van de fondsen (na voldoening van de boedelschulden) betrokken.

Tenslotte zijn er de niet-verifieerbare schulden, waartoe – kort gezegd – alle schulden behoren die niet vallen in de eerste twee categorieën. Deze schulden bestaan wel, maar worden eerst na afwikkeling van de faillissementsboedel betrokken bij een eventuele vereffening en in de praktijk betekent dit dat zij meestentijds onvoldaan zullen blijven.

Bij de afwikkeling van de faillissementsboedel komen (logischerwijs) eerst de schulden van die boedel zelf (de boedelschulden dus) voor voldoening in aanmerking. In het arrest *Koot Beheer/Tideman* kwam de Hoge Raad terug op het decennia lang gehanteerde ‘toedoen criterium’ mede naar aanleiding van de kritiek die in de literatuur op dat criterium is geuit. De Hoge Raad overwoog:²⁵

‘3.7.1. (...) Op grond van die wet zijn boedelschulden slechts die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Onder het aangaan van een schuld door de curator in deze zin is te verstaan dat de curator deze schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht (art. 3:33 en 35 BW).’

Het nieuwe criterium voor de boedelschulden onderscheidt gelet op deze overweging een drietal categorieën:

1. schulden die op grond van de wet boedelschuld zijn;
2. schulden die door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, waaronder is te verstaan dat de curator de schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht in de zin van de art. 3:33 en 35 BW;
3. schulden die het gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

Met dat uitgangspunt lijkt eenvoudig te concluderen dat een schuld ten gevolge van een handelen van de curator in strijd met een op hem rustende verplichting moet worden gekwalificeerd als een boedelschuld.

9. De drie uitspraken nader beschouwd

Het voorgaande brengt ons tot een nadere beschouwing van de drie uitspraken, waaronder met name de *Thermphos*-uitspraak.²⁶ Hiervoor maakten wij al duidelijk waarom wij deze laatste uitspraak niet onderschrijven. In de eerste plaats gaat het in deze uitspraak fout met de presumptie dat het begaan van de milieuovertreding materieel reeds een bestuursrechtelijke vordering doet ontstaan. Dit is niet juist. Het is immers alleen de last die de rechtsverhouding schept waaruit, bij overtreding daarvan, materieel een vordering kan ontstaan. Die vordering, althans de opeisbaarheid daarvan, bestaat – wat ons betreft – niet eerder dan nadat het bestuursorgaan dat heeft kenbaar gemaakt door middel van een invorderingsbeschikking. Juist alleen omdat in die zaak aan curatoren een last onder dwangsom was opgelegd, kon de Afdeling in de *Dutch Infratech*-uitspraak concluderen dat de niet-naleving van de last kon ‘leiden tot’ een boedelschuld (r.o. 4.3). Onzes inziens had de rechtbank in de *Thermphos*-uitspraak daarom niet mogen concluderen dat

ging waar wij onze visie op baseren van na die datum is.

24. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 62.

25. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *JOR* 2013/244 (*Koot Beheer/Tideman* q.q.)

26. Tegen de uitspraak is appel ingesteld. Nadat van grieven is gediend heeft het bestuursorgaan om haar motiverende redenen de procedure door laten halen.

de opruimkosten, die voortvloeien uit de opruimverplichtingen die bestonden vóór faillissement en de handhavingskosten, die voortvloeien uit de handhavingsbesluiten, reeds kwalificeerden als een boedelschuld. Immers, die opruimverplichtingen vloeiden niet voort uit een last die aan curatoren – die voor faillissement vanzelfsprekend nog niet eens in beeld waren – was opgelegd. Anders gezegd: vóór faillissement bestond er nog helemaal geen rechtsverhouding tussen het bestuursorgaan en de curator, zodat op deze laatste – ook niet in zijn hoedanigheid, zoals in de *Thermphos*-uitspraak ten onrechte wordt overwogen – geen concrete verplichting rustte ter zake milieuwetgeving, die hij diende na te leven.

De rechtsvraag of handhavingskosten al dan niet als boedelschuld zijn te beschouwen, kwam ook aan de orde in de hiervoor aangehaalde *Bavin*-uitspraak van de Afdeling. De Afdeling oordeelde daaromtrent, onder verwijzing naar het arrest *Koot Beheer/Tideman*:

‘7.1. De Hoge Raad heeft in het arrest van 19 april 2013 overwogen dat een boedelschuld kan ontstaan hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg is van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. In dit geval doet zich de laatstgenoemde situatie voor. De toepassing van bestuursdwang en een eventueel verhaal van de kosten daarvan zijn immers het gevolg van het handelen of nalaten van de curator in strijd met de uit hoofde van zijn hoedanigheid als curator (...) op hem rustende verplichting (...), althans handelen of nalaten dat aan hem in zijn hoedanigheid van curator kan worden toegerekend. De rechtbank heeft in hetgeen de curator aanvoert dan ook terecht geen aanleiding gezien voor het oordeel dat het dagelijks bestuur niet heeft kunnen beslissen dat de kosten van de toepassing van bestuursdwang worden verhaald op de boedel van Bavin.’

Deze overweging, in samenhang beschouwd met de hiervoor in paragraaf 2 aangehaalde overweging uit de *Bavin*-uitspraak, is volgens ons terecht. Ook hier geldt immers dat het bestuursorgaan eerst de curator zelf door middel van een last heeft aangeschreven, in verband met de overtreding waarop het bestuursorgaan wenst te handhaven.

Voor zover de rechtbank in de *Thermphos*-uitspraak (r.o. 4.9.2) bedoeld zou hebben aan te geven dat de last en de daaruit (kennelijk) volgende opruimverplichtingen, die vóór faillissement aan *Thermphos* was opgelegd, zou doorwerken voor de curatoren en om die reden een boedelschuld zou opleveren – hetgeen al niet strookt met het oordeel van de Afdeling in de *Dutch Infratech*-uitspraak dat de curator niet als rechtsopvolger (onder algemene titel) van de gefailleerde kan worden beschouwd – wijzen wij nog op een ander punt. Het is zeer wel mogelijk dat het faillissement wordt uitgesproken, hangende een

begunstigingstermijn van een dwangsombeschikking die vóór dat faillissement aan de gefailleerde is opgelegd. Doordat in dat geval de begunstigingstermijn eindigt ná het faillissement en – naar moet worden aangenomen – de overtredingen ondertussen niet zijn beëindigd, zullen op grond van art. 5:33 Awb de opgelegde dwangsommen verbeuren (van rechtswege) in het faillissement. Maar die verbeuring geschiedt ook in dat geval niet ten laste van de in het faillissement aangestelde curatoren – die immers de last niet hoefden na te komen – maar ten laste van de gefailleerde. In deze situatie menen wij dat hieruit in het beste geval een verifieerbare vordering kan voortvloeien. Er is materieel een rechtsverhouding met de gefailleerde, gegeven door de last, maar de vordering ontstaat eerst na het verstrijken van de begunstigingstermijn, die toevallig na het faillissement valt.²⁷ Dat is niet anders indien vóór het faillissement de begunstigingstermijn is verstreken en uit de van rechtswege verbeurde dwangsommen vorderingen voortvloeien. Overigens doet de curator er verstandig aan, indien een faillissement valt hangende de begunstigingstermijn, om er bij de gefailleerde op aan te dringen om het bestuursorgaan te verzoeken om opheffing van de last, of ten minste een vermindering van de opgelegde dwangsom, op grond van art. 5:34 Awb. Deze bepaling schept die mogelijkheid, ingeval van blijvende (of tijdelijke) onmogelijkheid van de overtreder (van de last) om aan zijn verplichtingen te voldoen. Dat hiervan sprake is bij de overtreder die hangende de begunstigingstermijn faillieert, lijkt ons een alleszins te bepleiten standpunt.²⁸

Dat neemt niet weg dat – zoals ook de hiervoor aangehaalde *Bavin*-uitspraak duidelijk maakt – nog steeds ook (het bestuur van) de feitelijk overtreder (mede) kan worden aangesproken. Er lijkt immers weinig op tegen om de gefailleerde natuurlijk persoon, de bestuurder(-s) van de gefailleerde rechtspersoon en/of de feitelijk overtreder eveneens een last op te leggen, althans – voor zover die last al was opgelegd – nakoming daarvan door hen te verlangen. Sterker nog: geen curator zal het de bestuurder beletten dat hij ‘zijn eigen rotzooi opruimt’ en niet op de laatste plaats, omdat een dergelijke actie niet is aan te merken als ‘een beschikking over vermogensbestanddelen’, waarover de curator exclusief het beheer voert en de beschikking heeft.²⁹

27. Met opzet spreken wij hier enkel over een vordering ter zake van bestuursdwang, nu na faillissementsdatum verbeurde dwangsommen o.i. niet voor verificatie in aanmerking komen gelet op art. 611° Rv.

28. Gewezen zij ook op art. 5:38 Awb, op grond waarvan ook een reeds gegeven invorderingsbeschikking vervalt, indien de intrekking of wijziging van de last onder dwangsom maakt dat de invorderingsbeschikking niet in stand kan blijven.

29. Het regide onderscheid dat in de bestuursrechtelijke literatuur wordt gemaakt, namelijk dat er een feitelijke onmogelijkheid bestaat voor de gefailleerde natuurlijke- en/of rechtspersoon om aan de last te voldoen, miskent dat het faillissement er enkel toe leidt dat het beheer over het vermogen is geëindigd

Slechts kan de vraag worden opgeworpen of een vordering ter zake van het kostenverhaal in het geval de invorderingsbeschikking wordt genomen ná het faillissement leidt tot een verifieerbare vordering. Dit hangt er vanaf of het formele ontstaansmoment van de vordering de invorderingsbeschikking en het materiële ontstaansmoment de last, moet worden aangemerkt, of dat de engere redenering wordt gevolgd dat zowel het formele als het materiële ontstaansmoment gelegen is in de invorderingsbeschikking, in welk geval volgens ons slechts een niet-verifieerbare vordering ontstaat.³⁰ Ten slotte is er de mogelijkheid dat na faillietverklaring een last wordt opgelegd aan de curator als nieuwe normadressaat. Dat is evenzeer mogelijk ter zake van milieuovertredingen die vóór het faillissement reeds waren begaan en nog steeds voortduren, of indien na de faillietverklaring nieuwe milieuovertredingen worden begaan of ontstaat. Alleen in dát geval kan volgens ons, bij het niet naleven van de last binnen de daarvoor geboden begunstigingstermijn, een boedelschuld ontstaan. Voor zover de rechtbank dit in de *Thermphos*-uitspraak huldigt, moeten wij haar gelijk geven, maar zo lezen wij deze uitspraak niet. De rechtbank maakt immers niet het onderscheid tussen de hiervoor genoemde situaties en baseert de vordering in algemene zin op de enkele milieuovertreding, die vervolgens aan de curator, in zijn hoedanigheid als verantwoordelijke voor de naleving van de milieuwetgeving vanaf het faillissement, kan worden geadresseerd, aldus de rechtbank. Was – zoals de Afdeling in de *Dutch Infratech*-uitspraak wel heeft gedaan – nadrukkelijker gekeken naar de *daadwerkelijke* verplichtingen van de curatoren, dan kon de rechtbank niet tot de conclusie komen dat de opruimkosten een boedelschuld zouden opleveren, alleen vanwege de niet-naleving van milieuwetgeving. Die daadwerkelijke verplichtingen konden enkel volgen uit een aan de curatoren opgelegde last. Alleen uit die last kon – als deze niet zou worden nageleefd – een vordering voortvloeien die een boedelschuld kon opleveren, doch (volgens ons) pas nadat daartoe een invorderingsbeschikking is genomen.

Wat in faillissementsrechtelijk opzicht gevoelsmatig steekt, is het uitgangspunt dat in alle drie de uitspraken wordt gehuldigd – welk uitgangspunt wij overigens wel onderschrijven – dat ook voor een overtreding die al is begaan en/of ontstaan vóór het faillissement, de curator kan worden gelast om deze ongedaan te maken.³¹ Dit druist in tegen iede-

en is overgegaan op de curator (zie bijv. Jurgens in AB 1998/268).

30. Overigens is er natuurlijk nog de mogelijkheid dat het bestuursorgaan een last oplegt aan de gefailleerde na faillietverklaring. Die last zal in ieder geval slechts kunnen leiden tot een niet-verifieerbare vordering, maar het geval van de niet-oplettende overheid laten wij verder buiten beschouwing.
31. Brans en Van der Weide wijzen er op dat criticasters de uitspraak op dit punt als onjuist aanmerken omdat slechts de civiele rechter kan gaan over de kwalifica-

re vezel in de faillissementspraktizijns. Immers, de overtreding is dan ontstaan voor faillissement en gevoelsmatig ‘prolongeert’ de overheid daarmee tot een boedelschuldeiser. Wat de faillissementspraktizijns echter uit het oog verliezen is dat cruciaal is dat de overtreding niet is ‘begaan’, maar ‘ontstaan’. Het begaan van de overtreding is immers het niet voldoen aan de last door de curator en juist dat maakt dit een boedelschuld. Dit dient ook te worden onderscheiden van de vraag of de curator zelf gehouden is de milieuwetgeving in acht te nemen. De curator dient uiteraard zich aan toepasselijke wet- en regelgeving te houden. Maar dat laat onverlet dat hij rechtens kan worden aangeschreven voor een reeds begane, nog altijd gedurende het faillissement voortdurende,³² milieuovertreding.

10. Wordt het anders als de curator zelf actief de milieunorm overtreedt?

In onze vorige bijdrage hebben wij opgemerkt dat de situatie waarin de curator zelf ‘actief’ de milieuovertreding heeft begaan tot andere conclusies zou kunnen leiden. Wij zien reden om op dat standpunt terug te komen. Ook in dat geval zal namelijk de curator een last worden opgelegd en zal het niet voldoen aan die last tot gevolg hebben dat een invorderingsbeschikking wordt genomen, terwijl de daaruit voortvloeiende geldvordering heeft te kwalificeren als een boedelschuld.

Het enkele feit dat de curator zelf ‘actief’ milieuovertredingen begaat, bijvoorbeeld bij het voortzetten van de gefailleerde milieu-inrichting, maakt dat uitgangspunt niet anders en daaraan kan ook geen hogere rang worden ontleend. Het enige waarin een dergelijke, tijdens het faillissement begane milieuovertreding kan verschillen, is dat bij de overtredingen die begaan zijn door de curator, denkbaar is dat de curator persoonlijk aansprakelijk kan zijn voor de geldvordering die uiteindelijk uit die last voortvloeit. Dat laatste zal slechts het geval zijn indien de curator aldus niet heeft gehandeld, zoals een over voldoende ervaring en inzicht beschikkende curator in redelijkheid zou behoren

tie van de schuld in het faillissement, waarbij deze verwijzen naar het arrest van de Hoge Raad van 24 juni 2005, NJ 2005/382 (*Decidewise*). Onzes inziens terecht menen zij dat die verstrekkende beslissing niet voortvloeit uit dat arrest, omdat het tot de taak van de bestuursrechter behoort om na te gaan of de last aan de juiste partij is opgelegd. Vgl. E.H.P. Brans en J.H. van der Weide, ‘Faillissement en milieu. Waartoe is de curator gehouden na faillissement van de onderneming?’, *Gst.* 2016/42, par. 4.

32. Het ‘voortduren’ in dit verband duidt niet op het onder verantwoordelijkheid van de curator verder overtreden van de voorschriften, maar enkel op een overtreding die nog altijd aanwezig is. Zij is eenvoudigweg niet weggenomen. Het is ook logisch dat de curator ter zake een last kan worden opgelegd, omdat, zoals wij hiervoor reeds aangaven, de last zelf nog geen vordering doet ontstaan.

te doen (de zgn. Maclou-norm). Op dat terrein ligt zeker nog wat onontgonnen gebied op het snijvlak van het bestuurs- en civiel recht, maar naar de huidige stand van de jurisprudentie zal het hier al snel om welbewuste milieuovertredingen gaan.

In dat verband ligt er echter wel een taak voor bestuursorganen. Het bestuursorgaan zal al snel concluderen dat de curator, die immers in een bijzondere gezagsverhouding staat tot de inrichting, zich maar 'op de hoogte moet stellen van alle toepasselijke milieuwetgeving'. Hierbij wordt uit het oog verloren dat de curator door derden eenvoudig 'alwetendheid' wordt toegedicht, maar dat hun kennis van niet alleen het bestuursrecht, maar ook van de vaak technische en soms zeer omvangrijke milieu(vergunning)voorschriften in de regel beperkt is. Bij de vraag of de curator kennis had behoren te hebben en dientengevolge milieuovertredingen had dienen te voorkomen, bij gebreke waarvan hij persoonlijk voor de gevolgen daarvan dient in te staan, is niet voor niets de vraag, wat de over voldoende ervaring en inzicht beschikkende curator onder gelijke omstandigheden zou hebben gedaan (de Maclou-norm). Daarbij speelt weer een rol dat milieuwetgeving buitengewoon complex is en vrijwel structureel aan verandering onderhevig, met name vanwege Europees- en internationaalrechtelijke invloeden. Het is dus geen 'elementaire basiskennis' die aanwezig behoort te zijn bij iedere willekeurige curator. Anders dan slechts toe te zien en te ageren als het kwaad al is geschied (lees: de milieuovertreding al is begaan), kan van de verantwoordelijke overheid – die beter thuis is in die voorschriften – ook verlangd worden dat zij bij een inrichting waarvan de overheid weet dat daar grote risico's op milieuverontreiniging bestaan, de curator informeert. Die informering kan formeel, maar ook formeel in de vorm van een voornemen tot het opleggen van een last – al dan niet preventief, indien zich daar de omstandigheden voor lenen – met een voldoende lange termijn om te mogen reageren (op grond van art. 4:8 Awb).

11. De berekenende overheid

Volgens ons schuilt in de heersende leer, mede op basis van de drie uitspraken die wij hiervoor hebben besproken, wel een risico wat wij aanduiden als 'de calculerende overheid'. Zeker indien een faillissement op de loer ligt, kan bij bestuursorganen de neiging bestaan om met de handhaving van milieuwetgeving te wachten tot na de faillietverklaring. Vóór het faillissement kunnen de kosten van handhaving het bestuursorgaan, gezien de behandelde uitspraken, immers ten hoogste een verifieerbare vordering opleveren. Dat die vordering wordt voldaan komt zelden voor. Wordt daarentegen in het faillissement jegens de curator handhavend opgetreden, dan 'prolongeert' de daaruit voortvloeiende vordering tot een (concurrente) boedelschuld. De kans op (gedeeltelijke) betaling van de handhavingskosten is dan aanmerkelijk groter.

De kosten van handhaving zijn hoog en – zoals eerder gezegd – zal de overheid daarom trachten deze zoveel mogelijk te kunnen verhalen, onder het mom: 'de gemeenschap moet niet de kosten hoeven dragen van een overtreding van een individu', of – iets wat ook vaak wordt gezegd – 'schuldeisers mogen niet profiteren van het voortbestaan van een milieuovertreding, ten kosten van de gemeenschap'.³³ Om deze reden is de last onder dwangsom ook het meest ingezette handhavingsinstrument.

Zonder meer is voor deze gedachte wat te zeggen. Maar volgens ons zal een bestuursorgaan met name de vraag moeten beantwoorden, door het verrichten van een belangenafweging, waarmee de gemeenschap in een concreet geval het meest is gediend: is dat het ongedaan maken van een overtreding, óf is dat het besparen van handhavingskosten als het bestuursorgaan zelf die overtreding ongedaan zou maken. Dit afwegingskader komt mogelijk vreemd over omdat handhaving altijd in het algemeen belang is, maar is volgens ons toch zeker realistisch. Het dwingt het bestuursorgaan namelijk te kijken naar met name de ernst van de overtreding en de noodzaak tot ingrijpen. Moet een overtreding zo snel mogelijk worden beëindigd, omdat dit anders tot (acuut) gevaar voor het milieu, of onomkeerbare milieuschade leidt, dan lijkt ons dat het algemeen belang 'no matter what it takes' belang heeft bij directe ongedaan making van de overtreding. Of de handhavingskosten daarbij wel of niet (grotendeels) door de overheid gedragen worden, zou in dat geval – volgens ons – van ondergeschikt belang moeten zijn. Is een overtreding minder ernstig – in de *Dutch Infratech*-uitspraak bijvoorbeeld had één last bijvoorbeeld betrekking op een afvalberg die in strijd met het bestemmingsplan hoger was dan 5 meter – dan rijst de vraag of het algemeen belang daarvan de kosten behoort te dragen. Een last onder bestuursdwang, waarbij het kostenrisico bij het bestuursorgaan rust, ligt dan minder voor de hand. Maar rechtvaardigt dit wel de oplegging van een last onder dwangsom?

In onze vorige bijdrage wezen wij er al op dat de vraag is of het een bestuursorgaan vrij staat altijd te kiezen voor een last onder dwangsom. Weliswaar heeft de curator in dat geval, na aanschrijving, de verplichting tot ongedaanmaking, maar tegelijkertijd heeft hij de verplichting de boedelschulden niet onnodig op te laten lopen. Beide verplichtingen kunnen niet zover strekkend zijn dat de curator de concurrente boedelverplichting tot ongedaanmaking laat voorgaan boven de voldoening van preferente boedelverplichtingen. In de literatuur is al vaker bepleit om in deze situatie, zeker in het geval de boedel niet voldoende batig is, de keuzevrijheid van het bestuursorgaan te verlaten en de last onder bestuursdwang aan te wenden.³⁴ Wij omarmen dit

33. Zie ook Jurgens in AB 1998/268.

34. 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 en R.L.G. Kraaijvanger, 'De ondernemende curator en milieuwetgeving', Lustrumbundel Insolad, De-

pleidooi. De keuzevrijheid tussen een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom, zo wij aannemen dat de situatie – gelet op de ernst van de overtreding – deze nog toelaat, wordt onzes inziens in een dergelijke situatie 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 bij de curator anders behoort te liggen. Immers, de strekking van de last onder dwangsom is dat er een financiële prikkel (drukmiddel) moet zijn voor de overtreder om de last na te komen. Maar als – ingeval van een faillissement met daarin een niet-batige boedel – financiële middelen ontbreken, wordt een dergelijke prikkel niet ervaren, althans sorteert een dergelijke last uiteindelijk geen effect. Precies dít beschouwen wij als een omstandigheid die zich er tegen verzet dat voor een last onder dwangsom wordt gekozen, als bedoeld in art. 5:32 lid 2 Awb.³⁵ Dit kan alleen anders zijn, daar waar de boedel wél voldoende batig is om tot een uitkering aan pre-faillissementscrediteuren te kunnen komen, of zulks voorzienbaar is. In dat geval zal er voor de curator een werkelijke motivatie zijn – en ook moeten zijn – om de hem opgelegde last onder dwangsom na te komen. Een financiële prikkel wordt dan namelijk wél ervaren.

Dit betekent volgens ons dat in het geval van een niet of onvoldoende batige boedel, het bestuursorgaan zich primair zal moeten bedienen van de last onder bestuursdwang, teneinde het milieubelang te dienen. Ten minste mag van het bestuursorgaan verwacht worden dat het onderzoekt of op basis van een andere handhavingsgrondslag, ook anderen – bijvoorbeeld de gefailleerde zelf – kan worden aangeschreven. Of het wenselijk is dat het bestuursorgaan de kosten van handhaving draagt, is daarbij onderwerp van de hiervoor door ons geschetste belangenafweging.

Dat bestuursorganen zich zouden moeten onthouden van de bevoegdheid tot toepassing van de last onder bestuursdwang, omdat schuldeisers dan zouden profiteren van het voortbestaan van een milieuovertreding ten kosten van de gemeenschap, achten wij in dat geval in strijd met een ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur; het zogeheten 'égalité-beginsel' (voluit: 'égalité devant les charges publiques').³⁶ Dit beginsel – dat ook wel 'gelijkheid voor publieke lasten' wordt genoemd – komt erop neer dat de kosten die in verband met het algemeen belang worden gemaakt, niet in het bijzonder op een burger of een groep van burgers mogen drukken. Gebeurt dat wel, dan behoren deze burgers voor het nadeel dat zij lijden te worden gecompenseerd. Toegepast op de schuldeisers in een faillissement zou dit beginsel met zich mee

moeten brengen dat de kosten voor het ongedaan maken in het algemeen belang, van de overtreding die is veroorzaakt door de gefailleerde, niet in het bijzonder op de schuldeisers zou mogen drukken. De schuldeisers hebben immers part noch deel aan deze overtreding en hebben 'de pech' dat zij met het faillissement van de overtreder zijn geconfronteerd. De last onder dwangsom staat met dit beginsel op gespannen voet, terwijl bij de toepassing van bestuursdwang de gehele gemeenschap de kosten van ongedaanmaking van de overtreding deelt. Profiteren de schuldeisers hier nu van? Wij menen van niet: de schuldeisers krijgen met een beetje geluk (gedeeltelijk) terug wat hen toekomt en delen alsnog – net als de rest van de gemeenschap – in de handhavingskosten.

Overigens mag een bestuursorgaan bij de toepassing van handhavingsbevoegdheden niet volledig voorbij gaan aan de belangen van schuldeisers. Uit rechtspraak van de Afdeling volgt dat als een last onder dwangsom (of bestuursdwang) wordt opgelegd aan de curator – ongeacht de stand van de boedel – op grond van art. 3:2 en 3:4 Awb alle relevante belangen moet meewegen, waaronder de belangen van deze schuldeisers.³⁷

Een welbewust wachten met handhaving tot na een faillissement teneinde tot boedelschuld te 'prolongeren', of te kiezen voor de last onder dwangsom op te leggen aan de curator, terwijl dat nimmer het gewenste effect kan sorteren, is volgens ons niet het handelen van een verantwoordelijke overheid in het algemeen belang, maar het handelen van een calculerende, financieel gedreven bestuursorgaan.³⁸ Uiteindelijk zal de afweging die de overheid maakt, altijd moeten uitkomen op die bevoegdheidstoepassing, waarmee het algemeen belang dat zij beoogt te dienen, in de gegeven omstandigheden het beste is gediend.³⁹

37. ABRvS 11 juli 1997, LJN: ZF2839.

38. Dan kan de vraag worden opgeworpen of een financieel gedreven bestuursorgaan zich niet schuldig maakt aan *détournement de pouvoir*, art. 3:3 Awb.

39. Brans en Van der Weide merken in dit verband op dat zich laat voorstellen dat de calculerende burger een berekenende keuze maakt om zich al of niet aan zijn wettelijke verplichtingen te houden, maar dat de curator – onder verwijzing naar de Insolad praktijkregels – een dergelijke keuze niet toekomt. Vgl. E.H.P. Brans en J.H. van der Weide, 'Faillissement en milieu. Waartoe is de curator gehouden na faillissement van de onderneming?', *Gst.* 2016/42, par. 5. Dat standpunt verdient nuancerings, los van de vraag wat de wettelijke status is van de Insolad praktijkregels. Die praktijkregels laten zich meer kenmerken als niet-bindende richtlijnen, maar worden o.i. vaak ten onrechte aangegrepen om als pseudo-wetgeving te dienen, omdat dit nu eenmaal dienstig voorkomt.

Voor zover betoogd wordt dat de curator zelf niet actief milieuovertredingen moet begaan bij de uitoefening van zijn taak is dit juist. Maar als wij de verplichting van de curator opvatten als de verplichting voortvloeiend uit de aan de curator opgelegde last zijn wij van mening dat de curator in een situatie komt waarin het belang van de gezamenlijke crediteuren leidend zal zijn bij de vraag of hij die verplichtingen

venter: Kluwer 2011, p. 144-145.

35. Zie ook Michiels in diens annotatie bij ABRvS 20 november 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6891 (AB 2002, 98).

36. ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762, AB 1997, 229 (Van Vloderop).

12. Conclusie

De aanleiding voor deze vervolgbijdrage, de uitspraken *Bavin* en *Thermphos*, hebben ons gebracht tot een verdieping van ons eerder ingenomen standpunt en wij lezen daarin een bevestiging van dat standpunt. Het systeem van het bestuursrecht past op de wijze, zoals wij in paragraaf 5 van deze bijdrage hebben uiteengezet, in en sluit aan op het faillissementsrechtelijk systeem. Er zijn nog genoeg vragen die opdoemen op dit grensvlak. De status van de verifieerbaarheid van een verbeurde dwangsom is er maar een van. Een tweede is de vraag naar het ontstaansmoment van de betalingsverplichting. De gehoudenheid van de curator aan hem gericht te lasten op te volgen, of daarin een calculerende afweging te maken en de mogelijke (persoonlijke) aansprakelijkheid ten gevolge van die keuze, is een andere evenals de vraag of hij het maatschappelijk belang ten laste van het conglomeraat mag laten, of misschien zelfs moet laten prevalleren. Bestuursrechtelijk zijn er ook nog de nodige vragen te beantwoorden, waaronder het meest verstrekkend de vraag, of het bestuursorgaan ingeval van een faillissement de keuzevrijheid behoudt tussen de last onder dwangsom of onder bestuursdwang.

Deze vragen laten onverlet dat onze conclusie is dat er een vloeiende overgang is tussen het bestuurs- en faillissementsrecht en dat deze samen een eenheid vormen, die zich duidelijk manifesteert bij de bestuurlijke handhaving. Om dat te onderkennen moet buiten de kaders van het eigen systeem getreden worden.

nakomt. Het belang van het conglomeraat is primair leidend. Weliswaar heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten het mede tot de taak van de curator gerekend om 'belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid' in zijn beleidsafweging te betrekken (HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472; *Sigmaacom II*, alsmede HR 19 april 1996, NJ 1996, 727; *Maclou*), maar waar in het eerste arrest nog werd gesproken over 'behoort', werd in het laatste arrest de behartiging van een belang van maatschappelijke aard geplaatst binnen de wettelijke context van de beleidsvrijheid die aan de curator bij de uitoefening van zijn taak toekomt. Hierin klinkt een discretionaire bevoegdheid van de curator door. In de beide arresten ging het dan nog om maatschappelijke belangen van sociale aard (werkgelegenheid), maar of onder die belangen ook het algemeen maatschappelijke belang van het milieu valt is een vraag die nog niet aan de Hoge Raad is voorgelegd. Juist de curator dient derhalve calculerend te zijn en hier afwegingen in te maken.