

De curator als overtreder

Mr. E.M.N. Noordover, datum 01-02-2015

Datum

01-02-2015

Auteur

Mr. E.M.N. Noordover^[1]

JCDI

JCDI:ADS213458:1

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Faillissement

Een failliet bedrijf kan aanlopen tegen handhavingsacties van bestuursorganen. Het bestuursorgaan komt dan de curator tegen. De curator is als overtreder aan te spreken voor overtredingen begaan na faillissement en de kosten van de naleving komen dan ten laste van de boedel. Daarbij is niet van belang dat dezelfde overtreding ook al was begaan door de onderneming voorafgaand aan het faillissement. Hoogstens zou de status van faillissement onder omstandigheden mee kunnen spelen bij de afweging om wel of niet tot handhaving over te gaan. Het is dan wel aan de curator om de hiervoor relevante omstandigheden aan te dragen.

1. Inleiding

Na jaren een goed lopend bedrijf te zijn geweest, is onderneming X recente jaren in zwaar weer geraakt. Onderneming X drijft al meerdere decennia een zwaar industrieel bedrijf met bijhorende milieubelasting. Over de jaren heen is het bedrijf verouderd en door gebrek aan financiële middelen, dan wel een gebrek aan prioritering van de beschikbare middelen, bestond geen ruimte om te investeren in betere, milieuvriendelijkere technieken dan wel beheersing van de milieubelasting. Kortom, over de jaren heen heeft onderneming X de omgeving vervuild. Zolang de onderneming in bedrijf bleef en banen bood aan de omgeving waren weinigen geïnteresseerd in de vervuiling, voor zover er al inzicht in de vervuiling bestond. Onderneming X is echter failliet gegaan. In de boedel zit nu een zwaar verontreinigd industrieel terrein en tussen de curator en verschillende overheidsinstanties is discussie over de verantwoordelijkheden voor de milieuverontreiniging.

In de hiervoor omschreven situatie lopen de overheidsinstanties aan tegen de curator als beheerder van de boedel. Kunnen de overheidsinstanties die bevoegd zijn om tegen bepaalde overtredingen op te treden nu de curator aanspreken tot naleving van de wettelijke verplichtingen ten aanzien van de milieuverontreiniging die voorheen op de onderneming rustten? In andere woorden: is de curator een overtreder waartegen handhavingsacties kunnen worden genomen? Dit artikel geeft antwoord op deze vraag, waarbij primair wordt gekeken naar het milieurecht. Eerst komt het juridisch kader voor de bevoegdheid van overheidsinstanties om te handhaven ter sprake, waarbij onder meer de twee meest gebruikte handhavingsinstrumenten kort worden beschreven. Vervolgens wordt een overzicht gegeven van de jurisprudentie waarmee de status van de curator bij handhaving inzichtelijk wordt gemaakt. In een volgend onderdeel komt de verhaalbaarheid van de handhavingskosten op de boedel ter sprake. Het artikel geeft tot slot een analyse van de jurisprudentie, waaronder de mogelijke wenselijkheid om de huidige aanpak te veranderen.

2. Het juridische kader voor handhaving

De Algemene wet bestuursrecht (“**Awb**”) bevat bepalingen betreffende overtredingen en de handhavingsacties daarentegen.^[2] Deze bepalingen vormen het kader voor de mogelijkheid om een bestuursrechtelijke sanctie op te leggen en de invulling van een dergelijke sanctie. Dit deel van het artikel geeft een beknopt overzicht van de belangrijkste bepalingen. Bij sommige onderwerpen wordt ook ingegaan op de specifieke toepassing in faillissementen.

2.1 Overtreding en overtreder

Een overtreding is volgens de Awb een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.^[3] Onder gedraging valt zowel het doen als het nalaten. Ook niet-handelen kan dus tot een overtreding leiden, bijvoorbeeld het laten voortbestaan van een verboden toestand. Verder is het mogelijk dat één feitelijke gedraging leidt tot twee of meer overtredingen van meerdere, naast elkaar bestaande wettelijke voorschriften. Tegen elke overtreding kan dan

apart worden gehandhaafd.^[4]

Het gebruik van het woord “krachtens” maakt vervolgens duidelijk dat deze bepaling zich niet beperkt tot naleving van wettelijke voorschriften, maar zich ook uitstrekt tot de naleving van lagere regelgeving. Onder dergelijke regelingen vallen bijvoorbeeld ook provinciale en gemeentelijke verordeningen. Bij of krachtens wettelijk voorschrift kan vervolgens zijn bepaald dat het verboden is om zonder vergunning of in strijd met een vergunning een bepaalde handeling te verrichten, hetgeen grond geeft om tegen een overtreding van de vergunning handhavend op te treden.

Alleen aan de overtreder kan een bestuursrechtelijke sanctie worden opgelegd. Uit de Awb volgt dat een overtreder degene is die de overtreding pleegt of medepleegt.^[5] Het gaat dan om de partij die het desbetreffende wettelijk voorschrift schendt. Welke partij is aan te merken als de overtreder hangt af van de formulering van het wettelijk voorschrift, zijnde de normadressaat.^[6] Hieronder valt in ieder geval de partij die de verboden handeling zelf fysiek verricht. Daarnaast kan in bepaalde gevallen ook aan een partij een handeling worden toegerekend, waardoor deze partij voor de overtreding verantwoordelijk kan worden gehouden.^[7] Een eigenaar van een boot is bijvoorbeeld verantwoordelijk voor verontreiniging afkomstig van deze boot, ook in het geval derden deze verontreiniging hebben veroorzaakt.^[8] Andere voorbeelden zijn de toerekening van overtredingen als gevolg van bluswerkzaamheden door de brandweer aan de eigenaar van het brandende pand^[9] en de toerekening aan de eigenaar van gronden van het door derden gebruiken daarvan in strijd met het bestemmingsplan.^[10] In de juridische literatuur is geconstateerd dat de bestuursrechter een ruim overtreder-begrip hanteert.^[11]

2.2 Beginselplicht tot handhaving

Als het bevoegd gezag een overtreding vaststelt en een overtreder identificeert, rijst de vraag in hoeverre hiertegen mag of moet worden opgetreden. Behoudens enkele uitzonderingen is er enkel sprake van een bevoegdheid tot handhaving, hetgeen betekent dat er geen verplichting tot handhaving bestaat. Vanwege het karakter van een bevoegdheid moet het bevoegd gezag bij de overweging om een sanctie op te leggen wel alle betrokken belangen die voor of tegen handhaving pleiten afwegen.^[12] Deze afwegingsruimte is door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“**Afdeling**”, de hoogste bestuursrechter inzake milieuregelgeving) echter beperkt. De Afdeling hanteert namelijk als uitgangspunt de zogeheten beginselplicht tot handhaving. Deze beginselplicht betekent dat het bevoegd gezag over moet gaan tot handhaving, behoudens bijzondere omstandigheden. Door de Afdeling wordt de beginselplicht al een klein decennium als volgt geformuleerd:

“Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie moet worden afgezien.”^[13]

Kort en goed, in principe moet het bevoegd gezag optreden tegen een illegale situatie. Dit is enkel dan anders als er concreet uitzicht op legalisatie bestaat dan wel handhaving onevenredig is in het concrete geval. Beide uitzonderingen worden hierna kort toegelicht.

Van concreet zicht op legalisatie is kort gezegd sprake als voorzienbaar is dat de geconstateerde overtreding op korte termijn wordt opgeheven. Legalisatie kan op meerdere manieren gebeuren. Een mogelijkheid betreft de komst van een nieuw bestemmingsplan, waarbinnen het thans illegale gebruik wordt toegestaan.^[14] Ook kan zicht op legalisatie bestaan als het bevoegd gezag bereid is tot vergunningverlening over te gaan, waarbij gedacht kan worden aan de mogelijkheid om een vergunning te verlenen voor een zonder vergunning geplaatst bouwwerk.^[15] Bij vergunningverlening bestaat veelal zicht op legalisatie als een aanvraag is ingediend die volgens het bevoegd gezag voldoende gegevens bevat voor beoordeling van de aanvraag.^[16] Hierbij kan onder meer worden gedacht aan een vergunningaanvraag voor een milieubelastend bedrijf. In de uitspraak van de Afdeling betreffende de curatoren van Thermphos, welke uitspraak verderop in dit artikel nader wordt besproken, bestond geen zicht op legalisatie, omdat het bevoegd gezag een ingediende aanvraag onvolledig achtte.^[17] De bereidheid van een bevoegd gezag om mee te werken aan de legalisatie legt in ieder geval veel gewicht in de schaal. Als het bevoegd gezag bijvoorbeeld aangeeft dat geen ontheffing wordt verleend, is er geen concreet zicht op legalisatie.^[18] Overigens heeft de Afdeling recent overwogen dat ook ondanks de aanwezigheid van concreet zicht op legalisatie handhavend optreden mogelijk is. Hiertoe kan aanleiding zijn als de overtreding ernstige overlast veroorzaakt dan wel anderszins nadelige gevolgen heeft.^[19] Niet-handhaven vanwege zicht op legalisatie komt in de praktijk veelvuldig voor.

De uitzonderingsgrond vanwege onevenredigheid is daarentegen slechts zelden in de praktijk toepasselijk. De rechtspraak is in ieder geval terughoudend met het erkennen van een situatie waarin handhaving onevenredig zou uitpakken.^[20] Door Damen e.a. worden wel drie situaties onderscheiden waarin van handhaving kan worden afgezien (behoudens legalisatie), namelijk (i) als het achterliggende belang of een ander beschermingswaardig belang beter wordt gediend met niet-

handhaving, dan wel situaties waarin handhaving anderszins leidt tot aperte onevenredigheid; (ii) als een geslaagd beroep kan worden gedaan op een rechtsbeginsel of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur; of (iii) als het handhavingsbelang gering is.^[21] Naar mijn weten is er geen uitspraak waarin de evenredigheid in het kader van handhaving bij faillissement een rol heeft gespeeld.

3. De bestuurlijke sancties

Hiervoor zijn de juridische kaders voor het overgaan tot handhaving kort geschetst. Als eenmaal is vastgesteld dat een overtreding is begaan waartegen handhavend wordt opgetreden, rijst vervolgens de vraag wat voor soort sanctie opgelegd gaat worden. Hierna komen achtereenvolgens de last onder bestuursdwang en last onder dwangsom ter sprake. Daaraan voorafgaand worden enkele algemene opmerkingen over sancties gemaakt.

3.1 Wat is een bestuurlijke sanctie?

Een bestuurlijke sanctie is volgens de Awb een door het bevoegd gezag wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak.^[22] Uit deze bepaling volgt het belang om eerst een overtreding vast te stellen, aangezien dit vereist is voor het opleggen van een bestuurlijke sanctie. Als er sprake is van een bestuurlijke sanctie, dan zijn specifieke bepalingen uit de Awb van toepassing. Voorop staat dat een bevoegd gezag enkel een bestuurlijke sanctie mag opleggen voor zover hiertoe een bevoegdheid bestaat bij of krachtens de wet. Verder kan een bestuurlijke sanctie slechts worden opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven.^[23] Beide eisen, namelijk toekenning bij wet van de bevoegdheid en een omschrijving van de verboden gedraging, vloeien voort uit het zogeheten legaliteitsbeginsel.

Aan de inhoud van een bestuurlijke sanctie worden ook nog enkele andere eisen gesteld. Ten eerste moet er een beschrijving worden opgenomen van de overtreding en het overtreden voorschrift. Daarnaast moet een aanduiding worden gegeven van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd.^[24]

Overigens is het voor handhaving niet noodzakelijk dat al een overtreding is begaan. De wet biedt namelijk de mogelijkheid om een bestuurlijke sanctie op te leggen zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt.^[25] Dit is de zogeheten preventieve sanctie. Voor de invulling van een klaarblijkelijke dreiging wordt gekeken of er sprake is van een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dat de overtreding zal gaan plaatsvinden.^[26]

Hoewel ik hiervan nog geen voorbeeld heb gevonden, zou een faillissement een grond kunnen zijn om tot het opleggen van een preventieve sanctie over te gaan. In het faillissement werd wel een reden gevonden om over te gaan tot handhaving, vanwege het risico op ernstigere overtredingen.^[27] Door het bevoegd gezag was een last onder bestuursdwang opgelegd vanwege een overschrijding van een maximaal toegestane hoeveelheid zoutslakken in opslag. Tegen dit besluit stelden curatoren dat er geen milieuhygiënische noodzaak tot handhaving bestond. De Afdeling stelde echter op basis van de stukken vast dat de opslag van zoutslakken nadelige gevolgen voor het milieu kon hebben indien de vochtigheid in de hal toenam. Vanwege de bestaande overschrijding van de maximaal toegestane hoeveelheid en de beperking van de bedrijfsactiviteiten in het faillissement onderschreef de Afdeling een toename van het risico op en de omvang van nadelige gevolgen voor zowel het milieu, als de veiligheid van omliggende bedrijven als de volksgezondheid. Dat ten tijde van het nemen van het besluit nog geen nadelige gevolgen voor het milieu waren ingetreden, stond aan het opleggen van de last onder bestuursdwang niet in de weg, aangezien daarmee juist werd beoogd het risico daarop te voorkomen. Oftewel, vanwege het faillissement zag het bevoegd gezag een risico op het ontstaan van een milieuonwenselijke situatie. Dit vormde de aanleiding voor handhavend optreden, hetgeen de Afdeling accepteerde.

Ik kan mij goed voorstellen dat juist de omstandigheid van een faillissement aanleiding geeft om over te gaan tot preventieve handhaving. In lijn met de hiervoor beschreven situatie kan in een faillissement een dreiging voor het milieu ontstaan, omdat niet meer afdoende middelen, kennis of personeel binnen een bedrijf beschikbaar zijn om bepaalde processen te beheersen. Ook kan worden gedacht aan ernstige vervuiling van bodem of installaties dan wel de aanwezigheid van afvalstoffen, waarin een dreiging van (verdergaande) verontreiniging ligt. Vanwege dergelijke risico's kan een bevoegd gezag bekijken of door het faillissement overtredingen dreigen, waarbij trouwens ook zicht op een doorstart van de failliet mee kan spelen.

3.2 De last onder bestuursdwang

Een specifieke bestuurlijke sanctie is de zogenaamde last onder bestuursdwang. Deze last strekt ertoe een overtreding geheel of gedeeltelijk te herstellen en, voor zover niet of niet tijdig aan de last uitvoering wordt gegeven, de bevoegdheid aan het bevoegd gezag toe te kennen om de last door feitelijk handelen zelf uit te voeren.^[28] De last omschrijft welke handelen de overtreder moet verrichten om de overtreding ongedaan te maken en geeft een termijn waarbinnen de overtreder dit moet doen.^[29] Als de overtreder niet binnen deze termijn aan de last heeft voldaan, dan kan het bevoegd gezag zelf de last uitvoeren. De kosten van het bevoegd gezag voor de uitvoering van de bestuursdwang komen voor

rekening van de overtreder, tenzij deze kosten redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van de overtreder behoren te komen.^[30]

3.3 De last onder dwangsom

De last onder dwangsom is vergelijkbaar met de last onder bestuursdwang, maar biedt niet de mogelijkheid aan het bevoegd gezag om zelf tot actie over te gaan. Deze last beoogt een overtreding geheel of gedeeltelijk te herstellen door het opleggen aan de overtreder van een verplichting tot betaling van een dwangsom indien deze last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.^[31] Een bestuursorgaan dat bevoegd is tot het opleggen van bestuursdwang is tevens bevoegd tot het opleggen van een last onder dwangsom. Er mag echter niet voor een last onder dwangsom worden gekozen als het belang dat met de handhaving wordt gediend zich hiertegen verzet.^[32] De last onder dwangsom omschrijft de te nemen herstelmaatregelen en geeft daarbij een termijn voor het nemen van deze maatregelen.^[33] De dwangsom kan worden bepaald op een bedrag ineens of op een bedrag per tijdseenheid dan wel overtreding. Daarbij moet ook een maximum bedrag worden opgenomen.^[34]

Bij het vaststellen van de hoogte van de dwangsom spelen de financiële omstandigheden van degene tot wie de last is gericht geen rol. De hoogte van een dwangsom moet niet worden afgestemd op de draagkracht van een partij. Het bedrag van de dwangsom moet in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom staan.^[35] De Afdeling hanteert deze regel ook in geval van een last onder dwangsom opgelegd aan een curator. Het ontbreken van afdoende middelen in de boedel is geen aspect dat betrokken moet worden bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom.^[36]

Voor de volledigheid zij er nog op gewezen dat de invordering van dwangsommen een apart besluit vereist.^[37] Ook aan het besluit tot invordering worden eisen gesteld. In ieder geval moet het bevoegd gezag bewijzen dat een overtreding heeft plaatsgevonden, aangezien anders geen dwangsommen zijn verbeurd. Dergelijk bewijs kan bijvoorbeeld worden geleverd door het overleggen van foto's.^[38]

4. Terzijde: artikel 8:22 Awb

Het juridisch kader voor handhaving kent geen aparte regelingen voor een faillissement dan wel voor de rol van de curator. De Awb kent wel een regeling voor het overnemen van een lopende gerechtelijke procedure door de curator in geval van faillissement van een procederende partij. De artikelen 25, 27 en 31 Faillissementswet zijn op grond van artikel 8:22 Awb van toepassing in het geval van een faillissement.^[39] Kort en goed volgt uit deze bepalingen dat voor zover een besluit ziet op de failliete boedel enkel de curator hiertegen in beroep bij de rechtbank kan komen of een lopend beroep kan voortzetten.

Voor het belang van artikel 8:22 Awb verwijs ik naar een recente uitspraak van de Afdeling inzake hoger beroep tegen een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.^[40] In hoger beroep lag de vraag voor of de rechtbank terecht had geoordeeld dat de curator de procedure niet had overgenomen. De rechtbank had tweemaal aan de curator verzocht aan te geven of de curator conform artikel 8:22 Awb de procedure wenste over te nemen. Beide malen gaf de curator aan dat er sprake was van een overeenkomst van lastgeving op grond waarvan een aandeelhouder van de failliet de procedure kon voeren. De curator gaf expliciet aan deze lastgeving te hebben bekrachtigd. De rechtbank achtte hiermee niet gegeven dat de curator de procedure overnam. Het gevolg was dat het beroep niet-ontvankelijk werd verklaard.

De Afdeling ziet in tegenstelling tot de rechtbank in de correspondentie van de curator afdoende grond voor de stelling dat het beroep ten behoeve van de curator is ingesteld. Uit de correspondentie blijkt voorts dat de curator de lastgeving tot het instellen van bezwaar en beroep heeft bekrachtigd, met als gevolg dat de failliet op eigen naam in rechte kon optreden. De procedure kon dan ook in naam van de curator worden gevoerd.^[41]

5. De curator als verantwoordelijke voor de naleving

Kan een curator nu als overtreder worden aangeschreven met een bestuurlijke sanctie? Via meerdere uitspraken van de Afdeling is de positie van de curator als overtreder uitgekristalliseerd. Dit onderdeel van het artikel beschrijft enkele relevante uitspraken van de Afdeling.

5.1 De naleving van vergunningplichten

In 1997 deed de Afdeling een eerste belangrijke uitspraak met als gevolg dat ook curatoren aangeschreven konden worden voor de naleving van voorschriften verbonden aan vergunningen die aan de failliet waren verleend.^[42]

Deze uitspraak betrof een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom aan de curator van Alvat voor het niet voldoen aan voorschriften verbonden aan een vergunning onder de Hinderwet (via de Wet milieubeheer thans de Wet algemene

bepalingen omgevingsrecht, “**milieuvergunning**”). Het bevoegd gezag achtte de curator gehouden ervoor te zorgen dat de milieuvergunning zou worden nageleefd. De curator stelde hiertegen dat na de faillietverklaring van Alvat de activiteiten van deze onderneming niet zijn voortgezet in de zin van artikel 98 Faillissementswet. Verder achtte de curator geen boedelverplichting aanwezig, mede omdat de verplichting tot naleving van de vergunning reeds bestond voor faillietverklaring. Als laatste stelde de curator nog dat er sprake was van een publiekrechtelijke verplichting, waaraan een curator die de failliete onderneming niet voortzet niet hoeft en ook niet kan voldoen. Het voldoen aan de opgelegde verplichting zou volgens de curator een ongeoorloofde bevoordeling van één der crediteuren betekenen.

In reactie op het betoog van de curator stelde de Afdeling eerst vast dat de verleende vergunning op grond van toen nog artikel 8.20 lid 1 van de Wet milieubeheer gold voor eenieder die de inrichting van Alvat zou drijven.^[43] Uit deze bepaling volgde dat een vergunning niet enkel geldt voor de partij waaraan hij is verleend, maar ook voor andere partijen die de inrichting drijven. Volgens de Afdeling ging de Wet milieubeheer ervan uit dat de uit een vergunning voortvloeiende verplichtingen gelden voor eenieder die in een bijzondere gezagsverhouding tot de inrichting staat. Bij een faillissement is dit de curator, ongeacht het al dan niet voortzetten van de failliete onderneming.

De Afdeling overwoog verder dat de curator vanaf het moment van de faillietverklaring belast is met het beheer van de inrichting en daarmee ook verantwoordelijk is voor de naleving van de aan Alvat verleende vergunning. Dit brengt mee dat de curator kan worden aangesproken op het niet-naleven van vergunningvoorschriften. Het bevoegd gezag had dan ook terecht de last onder dwangsom gericht tot de curator.

5.2 Rechtstreeks werkende verplichtingen

Een stap verder dan de naleving van vergunningplichten is de naleving van rechtstreeks werkende wettelijke bepalingen. De curator is ook voor de hieruit voortvloeiende verplichtingen aan te spreken, zoals uit de navolgende uitspraken blijkt.

In het faillissement van Amazing Disc Factory (“**ADF**”) was sprake van een bodemverontreiniging. Het bevoegd gezag legde de curator via een last onder dwangsom de verplichting op om een nader bodemonderzoek uit te voeren naar die verontreiniging. Bij de Afdeling voerde de curator aan dat hij niet was gehouden tot het doen van een nader bodemonderzoek, omdat de verontreiniging had plaatsgevonden voor de faillissementsdatum.

De Afdeling stelde vast dat de bodemverontreiniging het gevolg was van de bedrijfsactiviteiten van ADF voorafgaand aan het faillissement.^[44] De curator betwiste ook niet dat ADF de bodemverontreiniging had veroorzaakt, waarna de Afdeling overwoog dat hiermee voldoende grond bestond voor het toeschrijven van de bodemverontreiniging aan ADF. De curator betoogde wel dat hij de inrichting van ADF niet dreef of had gedreven. De Afdeling achtte dit niet van belang voor de overtredingen, aangezien de curator vanaf het moment van faillietverklaring verantwoordelijk is voor de uit de milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen van ADF.

Dit laatste standpunt is nogmaals bevestigd bij uitspraak van 13 februari 2013, waarin het geschil een opslag van afvalstoffen betrof. Deze opslag was al aanwezig voorafgaand aan het faillissement, maar pas na faillissement werden curatoren aangesproken voor deze opslag. Curatoren stelden dat zij niet als de overtreders waren aan te merken, omdat zij niet verantwoordelijk konden worden gehouden voor de door de failliet gepleegde overtredingen. De Afdeling overwoog echter dat bepalend is dat er een opslag van afvalstoffen aanwezig is. Of curatoren verdere handelingen met betrekking tot die opslag verrichten is niet van belang. De Afdeling achtte ook na het faillissement van het bedrijf nog een inrichting aanwezig was, ongeacht of en, zo ja, de mate waarin curatoren de inrichting voortzetten.^[45]

Voorgaande uitspraken tonen aan dat het er niet toe doet in hoeverre curatoren hebben bijgedragen aan het ontstaan van de overtreding dan wel voornemens zijn verdere handelingen te verrichten. Afdoende is dat tijdens het faillissement een overtreding kan worden geconstateerd.

5.3 Handelingen van derden in het faillissement

De curator wordt vanwege zijn bijzondere gezagspositie ten aanzien van al hetgeen zich in de boedel bevindt aangemerkt als overtreder bij niet-naleving van milieuverplichtingen. Zoals al hierboven reeds aangestipt is het niet noodzakelijk dat de overtreder zelf fysiek handelingen verricht. In 2014 heeft de Afdeling bevestigd dat de curator in voorkomende gevallen ook als overtreder kan worden aangemerkt bij een handeling van een derde. De uitspraak betrof een lozing van verontreinigd bluswater als gevolg van een brand in het failliete bedrijf Bavin.^[46] Het bluswater vloeide via een naastgelegen bedrijf in een sloot. Het waterschap paste spoedeisende bestuursdwang toe door het plaatsen van afsluitbalgen in de duikers van de sloot om de verontreiniging in te perken. Hierna werd bovendien nog een nieuwe last onder dwangsom opgelegd, waarbij aan de curator de last werd opgelegd om de watergang op te schonen en verontreinigd oppervlaktewater en waterbodempaste af te voeren.

De grondslag voor de handhaving lag in het zonder vergunning brengen van stoffen in een oppervlaktewater. De curator werd hier dus verweten een bij wet verboden handeling te verrichten, ondanks dat deze handeling door een derde werd verricht. Wederom overweegt de Afdeling 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. De gevolgen van de bluswerkzaamheden van de brandweer die leidde tot lozing van verontreinigd bluswater konden dan ook aan de curator worden toegerekend.

5.4 Curator ook verantwoordelijk voor persoonsgebonden vergunningen

Op 23 juli 2014 heeft de Afdeling een verduidelijking gegeven van de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van de curator door te oordelen dat de curator ook de naleving van een vergunning met een persoonsgebonden karakter moet borgen.^[47] Een persoonsgebonden vergunning moet worden onderscheiden van een zaaksgebonden vergunning, zoals de milieuvergunning. Een zaaksgebonden vergunning ziet op een bepaald object of een bepaalde handeling, waarbij de persoon van de aanvrager geen tot weinig belang speelt bij de verlening. Een persoonsgebonden vergunning is daarentegen verleend aan een specifieke rechts- of natuurlijk persoon, die daarbij voldeed aan specifieke voorwaarden. Een voorbeeld van een persoonsgebonden vergunning is een vergunning verleend op grond van de Kernenergiewet.^[48]

Door de Minister van Economische Zaken was aan de curatoren van Thermphos een last onder dwangsom opgelegd vanwege handelen in strijd met een vergunning op grond van de Kernenergiewet. De curatoren voerden aan dat zij geen overtreder waren en dat zij vanwege het persoonsgebonden karakter van de vergunning daaraan niet waren gebonden. Daarbij wezen curatoren op het verschil tussen dergelijke persoonsgebonden vergunningen en omgevingsvergunningen voor milieu, welke laatstgenoemde vergunningen zaaksgebonden zijn en van rechtswege gelden voor de drijver of beheerder van de inrichting of de uitvoerder van het project waarvoor de vergunning is verleend.

In reactie op dit betoog begint de Afdeling met een verwijzing naar de Bavin-uitspraak, waaruit volgt dat de curator als beheerder van de bedoel verantwoordelijk is voor de naleving van de milieuverplichtingen van dat bedrijf. Vervolgens schrijft de Afdeling:

“Daartoe behoort in dit geval mede de verplichting om de aan Thermphos verleende Kernenergiewetvergunning na te leven. Dat die vergunning persoonsgebonden is, maakt dit niet anders.”

De Afdeling geeft geen nadere invulling of motivering van dit standpunt. Dit is opvallend, aangezien een persoonsgebonden vergunning niet automatisch overgaat op een nieuwe drijver of beheerder van een inrichting. Niettemin is het persoonsgebonden karakter dus geen reden om anders over de verantwoordelijkheden van de curator te oordelen.

6. Kostenverhaal ten laste van de boedel

Nu de conclusie kan worden getrokken dat de curator als overtreder kan worden aangeschreven, is de vervolgvraag in hoeverre kosten verbonden met de handhaving te verhalen zijn op de boedel.^[49]

Bij het kostenverhaal moet rekening worden gehouden met de adreesaat van de bestuurlijke sanctie en het moment waarop de sanctie is opgelegd, namelijk voor of na de faillietverklaring. Is bijvoorbeeld het besluit opgelegd aan de failliet zelf na datum van het faillissement, dan zijn de kosten aan te merken als niet-verifieerbare schulden.^[50]

Een uitspraak die zeer illustratief is voor de mogelijkheid om de boedel aan te kunnen spreken voor handavingsacties betreft het faillissement van DIT.^[51] Voorafgaand aan het faillissement had het bevoegd gezag al een last onder dwangsom opgelegd aan DIT vanwege een overtreding van de vergunning. Na het faillissement legde het bevoegd gezag twee nieuwe lasten onder dwangsom op aan de curatoren voor andere overtredingen. Vervolgens stuurde het bevoegd gezag aan de curatoren een besluit tot invordering van dwangsommen vanwege het niet-uitvoeren van de last opgelegd aan DIT. Op latere datum nam het bevoegd gezag ook invorderingsbesluiten vanwege het niet-uitvoeren van de lasten opgelegd aan de curatoren. Bij de Afdeling lag vervolgens de vraag voor welke dwangsommen konden worden verhaald op de boedel.

Wat betreft de last opgelegd aan DIT nam het bevoegd gezag het standpunt in dat de curatoren als het ware als rechtsoptolger onder algemene titel van DIT mede verantwoordelijk waren voor uitvoeren van deze lasten. De Afdeling achtte dit standpunt onjuist. De last is een bij besluit opgelegde plicht gericht aan de in dat besluit genoemde persoon, in dit geval DIT. De curatoren waren weliswaar verantwoordelijk voor de naleving van de voor de inrichting geldende regels na het faillissement, maar hoefden geen zorg te dragen voor uitvoering van een niet aan hen opgelegde last. In het verlengde hiervan oordeelde de Afdeling dat eventuele voorafgaand aan de faillietverklaring verbeurde dwangsommen vanwege de last aan DIT tot vorderingen van het bevoegd gezag op DIT leidde. De Afdeling stelt dat deze vorderingen in de boedel vallen.^[52] Dwangsommen die verbeuren na het faillissement en voortvloeien uit de niet-naleving van een aan de schuldenaar opgelegde last gelden volgens de Afdeling als niet-verifieerbare schulden.^[53]

In de Bavin-uitspraak stelde de curator dat het bevoegd gezag ten onrechte had beslist dat de kosten van toepassing van bestuursdwang konden worden verhaald op de boedel.^[54] De curator achtte geen boedelschuld aanwezig en wees daarbij op het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. van 19 april 2013.^[55] In deze uitspraak overwoog de Hoge Raad dat een boedelschuld in drie situaties kon ontstaan, namelijk (i) ingevolge de wet; (ii) ingevolge handelen van de curator in die

hoedanigheid; en (iii) ingevolge handelen van de curator in strijd met een door hem in deze hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

De Afdeling ziet vervolgens in de derde optie een grond voor een boedelschuld. De toepassing van bestuursdwang en daaropvolgend kostenverhaal zijn volgens de Afdeling het gevolg van het handelen of nalaten van de curator in strijd met de op hem in zijn hoedanigheid van curator rustende verplichtingen om de milieuwetgeving na te leven. Oftewel, de schulden als gevolg van bestuursrechtelijke sancties zijn het gevolg van handelen of nalaten dat de curator in diens hoedanigheid kan worden toegerekend.

In de Thermphos-uitspraak oordeelt de Afdeling ook in een enkele zin over kosten om de last na te leven:

“De kosten om aan de last te voldoen worden door de curatoren als beheerders van de boedel aangegaan en komen derhalve ten laste van de boedel.”^[56]

De bestuursrechter is er dus duidelijk in: de naleving van bestuurlijke sancties door de curator dient op kosten van de boedel te gebeuren.

7. Moet de curator een aparte status krijgen?

De jurisprudentie van de bestuursrechter is er duidelijk in: bij handhaving van overtredingen is er geen sprake van een aparte status voor het faillissement en de curator. De curator wordt vanwege diens gezagspositie aangemerkt als de drijver van een inrichting en daarmee verantwoordelijk gehouden voor de naleving van milieuwetgeving, ongeacht het al dan niet voortzetten van de bedrijfsvoering van de inrichting.

De Afdeling geeft geen uitgebreide toelichting op het standpunt om de curator vanwege diens gezagspositie aan te merken als de drijver. De lijn van de bestuursrechter komt er in ieder geval niet op neer dat er een overgang of overdracht van vergunning of milieuverplichtingen plaats heeft gevonden. De vergunningen komen niet op naam van de curator te staan en de verplichtingen blijven rusten op dezelfde persoon, namelijk de failliet. Niettemin is de curator vanwege diens verantwoordelijkheid voor de inrichting of de zaken waarop de vergunning betrekking heeft de aangewezen persoon om aan te spreken bij het begaan van een overtreding.^[57] Deze aanpak is ook charmant vanwege de praktische uitkomst. In een faillissement is er niemand behalve de curator die een overtreding ongedaan kan maken.

Het aanmerken van de curator als overtreder heeft ook kritiek ontmoet.^[58] Smelt acht het in ieder geval goed om voor het antwoord op de vraag voor de naleving van welke milieuverplichtingen de curator verantwoordelijk moet zijn, naar het stelsel en de strekking van de Faillissementswet te kijken. Door Smelt wordt onderscheid gemaakt tussen de naleving van verbintenisrechtelijke rechtsplichten en objectieve rechtsplichten. Objectieve rechtsplichten zijn de niet-verbintenisrechtelijke rechtsplichten die voortvloeien uit het objectieve recht (niet: goederenrechtelijke verplichtingen).^[59] Smelt acht de curator gehouden tot naleving van de objectieve rechtsplichten.^[60]

Niettemin heeft het aanmerken van de curator als overtreder ook ondersteuning gekregen. Michiels ondersteunt het standpunt dat ondanks het faillissement de bevoegdheid tot toepassen van handhaving blijft bestaan:

“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.”^[61]

Door Michiels wordt wel een nuance gemaakt door het standpunt in te nemen dat in het faillissement enkel bestuursdwang dient te worden toegepast en geen dwangsom zou mogen worden opgelegd. Het instrument van de dwangsom vormt namelijk geen financieel drukmiddel.^[62] Door Mellenberg wordt dit ondersteund.^[63] Mijns inziens is het niet nodig om het bevoegd gezag bij voorbaat in te perken in diens handhavingsmogelijkheden. Het opleggen van dwangsommen is niet bezwaarlijk, aangezien van de curator verwacht mag worden de overtredingen te beëindigen. Dit kan anders zijn als (i) het beëindigen van de overtreding significante kosten met zich draagt; en (ii) de boedel deze kosten niet volledig kan dragen. In een dergelijke situatie zou het bevoegd gezag bestuursdwang kunnen toepassen en de kosten zo veel mogelijk verhalen op de boedel. Een andere mogelijkheid is om de curatoren alvast een start te laten maken met de beëindiging van de overtreding, waarna het bevoegd gezag het overneemt. Dit is mogelijk als er bijvoorbeeld meerdere overtredingen zijn vast te stellen. In overleg kunnen het bevoegd gezag en de curator bepalen welke overtredingen eerst door de curatoren worden beëindigd.

Moet voor de curator een aparte regeling worden gecreëerd, bijvoorbeeld ten behoeve van het behoud van de boedel voor de schuldeisers? Ik zie hier geen reden toe. Als de curator besluit de bedrijfsvoering door te zetten, bijvoorbeeld vanwege een beoogde doorstart, dan moet de bedrijfsvoering in overeenstemming zijn met wet- en regelgeving. Net als het hiervoor weergegeven citaat van Michiels vind ook ik dat de staat van faillissement niet mag afdoen aan de naleving van wet- en regelgeving en geldende vergunningen. Het kan niet zo zijn dat voor een failliete inrichting andere, bijvoorbeeld minder strenge, regels gelden dan voorafgaand aan het faillissement golden. Verder waren de kosten voor de naleving van wet- en

regelgeving voorafgaand aan het faillissement ook voor rekening van de onderneming.^[64] Zoals Jurgens naar mijn mening terecht naar voren heeft gebracht, zou het niet kunnen afdwingen van de milieurechtelijke verplichtingen leiden tot een bevoordeling van de schuldeisers. Dwingende verplichtingen die eerst op de schuldenaar zouden rusten zouden dan immers na diens faillissement opeens komen te vervallen en niet meer behoeven te worden nagekomen.^[65]

De verrijking van de boedel gebeurt ten koste van de gemeenschap. Als handhaving in het faillissement niet langer of beperkter mogelijk zou zijn, moet de gemeenschap, via het bevoegd gezag, opdraaien voor de milieubelasting van een bedrijf. Dit voelt temeer onrechtvaardig aan, aangezien gedurende de bedrijfsvoering de schuldeisers economisch voordeel hebben kunnen genieten van het bedrijf. De schuldeisers zouden vervolgens extra bevoorrecht worden als de negatieve consequenties van de bedrijfsvoering niet ten laste van het bedrijf zouden kunnen worden gebracht.

Het lijkt wel mogelijk om in het kader van de beginselplicht tot handhaving rekening te houden met het faillissement. In een mogelijke doorstart kan bijvoorbeeld een legalisatie liggen. Hierbij denk ik aan een beëindiging van een overtreding, doordat na de doorstart weer afdoende middelen beschikbaar zijn om na te kunnen leven. Ook is niet ondenkbaar dat de mogelijkheid van een doorstart de handhaving onevenredig maakt. Als het bijvoorbeeld gaat om een relatief kleine overtreding, terwijl handhaving daarop de doorstart zou bemoeilijken dan wel misschien zou blokkeren. In een dergelijke situatie is het niet ondenkbaar dat de toepassing van bestuurlijke sancties dusdanig onevenredig is dat hiervan moet worden afgezien. Overigens verdient het de voorkeur om een discussie over het al dan niet afzien van handhaving buiten een rechtszaal te voeren. Als een curator argumenten heeft voor niet-handhaving, dan is het gesprek aangaan met het bevoegd gezag de meest effectieve manier om handhaving te voorkomen.

8. Conclusie

In het milieurecht lijkt er geen reden om nog te twifelen. De curator van onderneming X is als overtreder door een bevoegd gezag aan te spreken voor overtredingen begaan na faillissement. Daarbij is niet van belang in hoeverre dezelfde overtreding ook al was begaan door onderneming X voorafgaand aan het intreden van het faillissement. Ook de curator zelf kan voor dezelfde overtredingen worden aangesproken, mits deze overtredingen inderdaad na faillissement plaatsvinden. Dit is voor een bevoegd gezag een goed werkbaar aanpak. Verder wordt hiermee voorkomen dat onderneming X na faillissement bevoordeeld wordt ten opzichte van de situatie voor faillissement. Hoogstens zou de status van faillissement onder omstandigheden mee kunnen spelen bij de afweging om wel of niet tot handhaving over te gaan. Het is dan wel aan de curator om de hiervoor relevante omstandigheden aan te dragen.

Voetnoten

[1]

Mr. E.M.N. Noordover is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

[2]

Afd. 5 Awb.

[3]

Art. 5:1 lid 1 Awb.

[4]

Art. 5:8 Awb, P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2011, p. 67.

[5]

Art. 5:1, lid 2 Awb.

[6]

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2011, p. 68 en L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht Deel 1*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 649.

[7]

ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2728.

[8]

ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7463.

[9]

ABRvS 15 oktober 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF8999.

[10]

ABRvS 10 november 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR5450.

[11]

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2011, p. 70. Zie ook S.C.J.J. Kortmann in zijn noot onder ABRvS 11 juli 1997, *JOR* 1997/105 (*Alvat*).

[12]

P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: Kluwer 2011, p. 85.

[13]

Zie onder veel meer: ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004/293, ABRvS 11 augustus 2004, *AB* 2004/444, ABRvS 18 augustus 2004, *AB* 2004/424, ABRvS 14 september 2005, *AB* 2005/409, CBB 1 november 2007, *JB* 2008/34.

[14]

ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0725.

[15]

ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1805.

[16]

ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1058.

[17]

ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2752.

[18]

ABRvS 13 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1125.

[19]

ABRvS 21 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1823.

[20]

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht Deel 1*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 735.

[21]

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht Deel 1*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 737.

[22]

Art. 5:2, lid 1, onder a Awb.

[23]

Art. 5:4 Awb.

[24]

Art. 5:9 Awb.

[25]

Art. 5:7 Awb.

[26]

H. Ph. J. A. M. Hennekens, 'Preventieve handhaving van de openbare orde', *Gst.* 2010/2.

[27]

ABRvS 6 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT8769.

[28]

Art. 5:21 Awb.

[29]

Art. 5:24, lid 1 en 2 Awb.

[30]

Art. 5:25, lid 1 Awb.

[31]

Art. 5:31d Awb.

[32]

Art. 5:31 Awb.

[33]

Art. 5:32a Awb.

[34]

Art. 5:32b, lid 1 en 2 Awb.

[\[35\]](#)

Art. 5:32b, lid 3 Awb.

[\[36\]](#)

ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261; ABRvS 9 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA4703.

[\[37\]](#)

Art. 5:37, lid 1 Awb.

[\[38\]](#)

ABRvS 20 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4924; zie voor meer informatie T.N. Sanders, 'De invorderingsbeschikking – Een analyse van de knelpunten bij de invordering van dwangsommen onder de vierde tranche', *NTB* 2013/25.

[\[39\]](#)

Art. 8:22 Awb, zie ook T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Bestuursrecht en faillissementsrecht: een ongemakkelijke relatie. De casus van de subsidie-intrekking', *TvI* 2012/18.

[\[40\]](#)

ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014/4564; Rb. Amsterdam 16 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:82.

[\[41\]](#)

Zie voor de toepassing van art. 8:22 Awb bij een bestemmingsplan ABRvS 22 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ8788.

[\[42\]](#)

ABRvS 11 juli 1997, E03.96.1463/125-250, *JOR* 1997/105.

[\[43\]](#)

Een vergelijkbare bepaling is thans te vinden in art. 2.25 lid 1 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

[\[44\]](#)

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

[\[45\]](#)

ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261.

[\[46\]](#)

ABRvS 23 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2014:2728.

[\[47\]](#)

ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2752.

[\[48\]](#)

Zie onder meer C.L. Knijff, 'Rechtsopvolging bij bouwvergunning en vrijstelling', *BR* 2006/108 en C.N.J. Kortmann, 'Naar een wettelijke regeling van overgang van vergunningen', *NTB* 2013/2.

[\[49\]](#)

Zie daarover laatstelijk in dit tijdschrift A. van Hees, *TvI* 2014/28.

[\[50\]](#)

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

[\[51\]](#)

ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1261.

[\[52\]](#)

Zie evenwel art. 611e lid 2 Rv, dat echter geldt voor gerechtelijke dwangsommen ter zake van civielrechtelijke verplichtingen.

[\[53\]](#)

Zie evenwel art. 611e lid 1 Rv, dat echter geldt voor gerechtelijke dwangsommen ter zake van civielrechtelijke verplichtingen.

[\[54\]](#)

ABRvS 23 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2014:2728.

[\[55\]](#)

HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108.

[\[56\]](#)

ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2752.

[\[57\]](#)

[\[58\]](#)

Zie onder meer R. Mellenberg, 'De curator en de naleving van de milieuvergunning', *NJB* 2005/15 voor een overzicht van voor- en tegenstanders naar aanleiding van de Alvat-uitspraak.

[\[59\]](#)

J.M. Hummelen, 'Met lege handen? Verborgene bodemverontreiniging en faillissement', *NTBR* 2012/35.

[\[60\]](#)

A.A.J. Smelt, 'Bestuursdwang, bestuurlijke dwangsom en bestuurlijke boete bij faillissement', *TvI* 2008/40, p. 257.

[\[61\]](#)

Zie noot F.C.M.A Michiels bij ABRvS 20 november 2001, *AB* 2002/98.

[\[62\]](#)

Zie noot F.C.M.A Michiels bij ABRvS 20 november 2001, *AB* 2002/98.

[\[63\]](#)

R. Mellenberg, 'De curator en de naleving van de milieuvergunning', *NJB* 2005/15, p. 789.

[\[64\]](#)

Zie ook A.A.J. Smelt, 'Bestuursdwang, bestuurlijke dwangsom en bestuurlijke boete bij faillissement', *TvI* 2008/40.

[\[65\]](#)

Zie noot G.T.J.M. Jurgens bij ABRvS 11 juli 1997, *AB* 1998/268.