Universiteit
Leiden
The Netherlands

Invordering door de overheid : de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb

Sanders, T.N.

Citation
Sanders, T. N. (2018, October 17). *Invordering door de overheid : de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb*. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/66263

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/66263

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/66263 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Sanders, T.N.
Title: Invordering door de overheid : de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb
Issue Date: 2018-10-17

Invordering door de overheid:

de invordering van geldschulden
uit herstelsancties onder de Awb

Invordering door de overheid:

de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor
Promoties te verdedigen op woensdag 17 oktober 2018 klokke 16.15 uur

door
Thomas Nicolaas Sanders
geboren te Eindhoven in 1986

Promotoren	prof. mr. T. Barkhuysen prof. mr. M.W. Scheltema (Erasmus Universiteit Rotterdam)
Promotiecommissie	prof. mr. M.J. Jacobs (Vrije Universiteit Amsterdam) prof. mr. A.W. Jongbloed (Universiteit Utrecht) prof. mr. G.T.J.M. Jurgens (Universiteit Utrecht) prof. mr. W. den Ouden prof. mr. J.E.M. Polak

Lay-out en omslag: Corps Ontwerpers

Dit onderzoek is mede tot stand gekomen dankzij een financiële bijdrage van het Meijers Instituut en AKD advocaten, notarissen en fiscalisten.

© 2018 T.N. Sanders / Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-529-0
978-94-6274-903-0 (e-book)

NUR 823

www.boomjuridisch.nl

OPDRACHT

Voor Johannes ('Jan') Petrus Sanders
(*) Rotterdam 13-07-1956
(†) Den Haag 08-06-2014

Als liefde alleen genoeg was geweest om jou in leven te houden,
dan had jij voor altijd geleefd

VOORWOORD

Het schrijven van een proefschrift is ontzettend leuk om te doen, maar kost ongelofelijk veel tijd en doorzettingsvermogen. Zeker naast een fulltime baan als advocaat. Dat lukt dus alleen maar met de steun van de mensen om je heen. Zonder de liefde en steun van mijn vrouw Elise was dit onderzoek dan ook nooit afgerond. Mijn kinderen verdienen natuurlijk ook vermelding. Hoewel het niet bijzonder behulpzaam was als mijn kinderen weer eens kwamen onderzoeken wat de stand van zaken was in de studeerkamer, en of papa al weer mee kon spelen, was het wel een welkome afleiding.

Dankzij de bijdrage van (de partners van) AKD, in het bijzonder Bart Roozendaal en Jos van der Velden, in de vorm van tijd en praktische ondersteuning in de eindfase van dit proces, heb ik van mijn losse annotaties en artikelen in diverse tijdschriften een klassiek proefschrift kunnen maken zoals nu voor u ligt. Zonder de ruimte die mijn toenmalige baas Jan Reinier van Angeren mij bood bij Stibbe was het proces nooit aangevangen. Hen ben ik dan ook bijzonder erkentelijk.

Mijn promotores Tom Barkhuysen en Martijn Scheltema ben ik zeer dankbaar voor alle tijd en moeite die zij – naast hun drukke praktijken als advocaat en hun hoogleraarschappen – in mij en mijn proefschrift hebben gestoken.

Dit proefschrift draag ik op aan mijn vader, Jan. Hij heeft het begin van deze tocht in de wetenschap van zijn jongste zoon mogen meemaken, maar de promotie bijwonen was hem niet gegund. Hij overleed aan de gevolgen van alvleesklierkanker op 57-jarige leeftijd.

Dit proefschrift is op 1 juni 2018 afgerond. Latere ontwikkelingen zijn niet meegenomen in het onderzoek.

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding **15**
1.1 Over brandbommen en een hekwerk 15
1.2 Plaatsbepaling, terminologie en nut van dit onderzoek 18
1.3 Het invorderen van sancties onder de vierde tranche van de Awb 23
1.4 Reikwijdte van dit onderzoek 26
1.5 Onderzoeksvragen 29
1.6 Verhouding van dit onderzoek tot de evaluatie geldschuldenregeling 31
1.7 Onderzoeksopzet en methode 33

2. De invordering van dwangsommen **39**
2.1 Inleiding 39
2.2 De last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking 39
2.3 Het rechtskarakter van de last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking 45
2.3.1 De literatuur: invordering nooit punitief 48
2.3.2 Invordering onder omstandigheden toch punitief? 49
2.3.3 Wanneer is iets een invorderingsbeschikking? 53
2.4 Verhouding tussen de dwangsombeschikking en de invorderingsbeschikking 57
2.5 (Het bewijzen van) de overtreding van de last 62
2.6 De beginselplicht tot invordering en bijzondere omstandigheden 66
2.6.1 Overtreder en overtreding 69
2.6.2 Hoogte dwangsom en draagkracht overtreder 69
2.6.3 Overtreding (alsnog / partieel) beëindigd 71
2.6.4 Het niet tijdig kunnen voldoen aan de last 71
2.6.5 Overige omstandigheden 75
2.6.6 Gecombineerde omstandigheden 76
2.6.7 Criteria voor het aannemen van bijzondere omstandigheden bij de invordering van dwangsommen 78
2.7 Knelpunt: de verwijtbaarheid en draagkracht als bijzondere omstandigheid 86
2.7.1 Moeten verwijtbaarheid en draagkracht een rol spelen? 86
2.7.2 Wanneer zijn beperkte verwijtbaarheid en draagkracht doorslaggevend? 91
2.8 Knelpunt: de formele rechtskracht van het sanctiebesluit 95
2.8.1 De formele rechtskracht 98
2.8.2 Waarom hebben wij de formele rechtskracht in het bestuursrecht? 105
2.8.3 Uitgezonderd van / uitzonderingen op de rechtmatigheidsfictie 121
2.9 Tussenconclusie 132

3. De invordering van de kosten van bestuursdwang 137
3.1 Inleiding 137
3.2 De last onder bestuursdwang en het kostenverhaal 137
3.3 Verhouding tussen de bestuursdwangbeschikking en de kostenverhaalsbeschikking 141
3.3.1 Wanneer moet de precieze overtreder aangewezen worden? 141
3.3.2 Wanneer moet worden bepaald of kostenverhaal redelijk is? 147
3.3.3 Formele rechtskracht en de gevolgen van het (mis)plaatsen van een onderwerp 149
3.3.4 Tussenconclusie verhouding bestuursdwangbeschikking en kostenverhaal 152
3.4 Welke kosten kunnen worden verhaald? 152
3.4.1 Kosten die te herleiden zijn tot de last 153
3.4.2 Noodzakelijke, redelijke en daadwerkelijk gemaakte kosten 155
3.4.3 Na de begunstigingstermijn en bij zeer spoedeisendheid geen voorbereidingskosten 158
3.5 Kostenverhaal als uitgangspunt en het (gedeeltelijk) afzien van invordering 158
3.5.1 Ontbreken van verwijtbaarheid en mate waarin algemeen belang is betrokken 159
3.5.2 Hoogte van de kosten 160
3.5.3 (Criteria voor) de bijzondere omstandigheid 161
3.5.4 Draagkracht en verwijtbaarheid als bijzondere omstandigheid 166
3.5.5 Enkel de bijzondere omstandigheid als toetsingsmaatstaf? 166
3.6 Tussenconclusie 166

4. De terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie 171
4.1 Inleiding 171
4.2 Het intrekken en terugvorderen van een subsidie 171
4.3 Verhouding tussen het intrekken en het terugvorderen 183
4.4 Terugvordering als uitgangspunt en het (gedeeltelijk) afzien van terugvordering 186
4.4.1 Onaanvaardbare psychische gevolgen 188
4.4.2 Onaanvaardbare financiële gevolgen 189
4.4.3 Andere onaanvaardbare gevolgen 194
4.4.4 Criteria voor een onaanvaardbaar gevolg 195
4.5 Tussenconclusie 196

5. De terugvordering van uitkeringen bij wijze van sanctie 199
5.1 Inleiding 199
5.2 Het herzien en terugvorderen van een uitkering 200
5.3 Verhouding tussen het herzien en het terugvorderen 204
5.4 Terugvordering als uitgangspunt en het (gedeeltelijk) afzien van terugvordering 205
5.4.1 Onaanvaardbare sociale gevolgen 208
5.4.2 Onaanvaardbare financiële gevolgen 209
5.4.3 Andere onaanvaardbare gevolgen 210
5.5 Tussenconclusie 211

6. De invordering van bestuurlijke boetes 213

7. Synthese: een geharmoniseerd toetsingskader voor effectueringsbesluiten? 219
7.1 Inleiding 219
7.2 De verhouding tussen de beschikkingen 221
7.3 Hoe wordt het effectueringsbesluit genormeerd? 224
7.4 Een geharmoniseerd toetsingskader voor effectuering? 235
7.4.1 Is een geharmoniseerd toetsingskader wenselijk? 235
7.4.2 Hoe zou het geharmoniseerd toetsingskader eruit moeten komen te zien? 238
7.5 Tussenconclusie 240

8. Accessoire beschikkingen 245
8.1 Inleiding 245
8.2 Het besluit om de geldschuld te verrekenen 245
8.2.1 Het besluit om te verrekenen 245
8.2.2 Evenredigheid van de verrekening 249
8.3 Het besluit om uitstel van betaling te verlenen 252
8.3.1 Het besluit om uitstel te verlenen 253
8.3.2 Evenredigheid van (de voorwaarden van) het besluit om uitstel te verlenen 254
8.4 Het besluit om de geldschuld kwijt te schelden 257
8.4.1 Is kwijtschelding een impliciete bevoegdheid? 259
8.4.2 Evenredige kwijtschelding 260
8.5 Het besluit om de wettelijke rente in te vorderen 261
8.6 De concentratiebepalingen: artikel 4:125, 5:31c en 5:39 Awb 265
8.6.1 Verschillen en overeenkomsten tussen artikel 4:125, 5:31c en 5:39 Awb 266
8.6.2 Welke beschikkingen vallen onder het bereik van de concentratiebepalingen? 267

8.6.3 Geen formele rechtskracht bij accessoire beschikking bij geconcentreerde rechtsbescherming 274
8.6.4 De betwistingseis 275
8.6.5 Wanneer mag de bestuursrechter terugverwijzen? 277
8.6.6 De rechterlijke herrineringsplicht 278
8.7 Tussenconclusie 278

9. De invordering bij dwangbevel 281
9.1 Inleiding 281
9.2 Het besluit om aan te manen 282
9.3 Het dwangbevel 285
9.4 Het inleiden van een executiegeschil 289
9.5 De omvang van het geding 290
9.5.1 Juridische of feitelijke misslag 292
9.5.2 Noodtoestand 293
9.6 De formele rechtskracht(-fictie) en de toetsing van bestuursrechtelijke besluiten in het executiegeschil 294
9.7 Beslag bij bestuursrechtelijke geldschulden 300
9.7.1 Conservatoir beslag 300
9.7.2 Executoriaal beslag 303
9.8 De beslagvrije voet en beslagverboden 305
9.9 Moet het bestuursrecht de schuldenaar (meer) bescherming bieden? 310
9.10 Tussenconclusie 316

10. Verjaring en verval 319
10.1 Inleiding 319
10.2 Verjaring en verval 319
10.3 De reguliere verjaring ex artikel 4:104 Awb 321
10.4 De verjaring ex artikel 5:35 Awb bij dwangsommen 324
10.4.1 De 'bevoegdheid tot invordering' 324
10.4.2 Wat verjaart er eigenlijk: een voorstel tot verduidelijking van artikel 5:35 Awb 324
10.5 De termijn ex artikel 4:57, lid 4, Awb bij subsidies 331
10.6 De termijn van artikel 5:45 Awb bij bestuurlijke boetes 332
10.7 Het voorkomen van de verjaring door het bestuursorgaan 333
10.7.1 Het tijdig benutten van hetgeen verjaart 333
10.7.2 Het stuiten van de verjaring 333
10.7.3 De verlenging van de verjaring 336
10.8 Tussenconclusie 337

11. De positie van de derde-belanghebbende **341**
11.1 Inleiding 341
11.2 Wie is er belanghebbend bij in- of terugvordering? 341
11.2.1 Bij de invordering van dwangsommen *342*
11.2.2 Bij het kostenverhaal *347*
11.2.3 Bij het terugvorderen van subsidies *348*
11.2.4 Bij het terugvorderen van uitkeringen *352*
11.2.5 Bij het invorderen van een bestuurlijke boete *352*
11.3 Het afdwingen van een in- of terugvorderingsbesluit 353
11.3.1 Het afdwingen van een invorderingsbeschikking *353*
11.3.2 Het afdwingen van een terugvorderingsbesluit bij subsidies *355*
11.4 Het afdwingen van daadwerkelijke invordering 356
11.5 De verjaring en de derde-belanghebbende 358
11.5.1 De verjaring en de derde-belanghebbende bij dwangsommen *359*
11.5.2 De verjaring en de derde-belanghebbende bij subsidies *361*
11.6 Op weg naar een betere (rechts)positie voor de derde? 362
11.7 Tussenconclusie 368

12. Slotbeschouwing **371**
12.1 Samenvatting 371
12.2 Beantwoording onderzoeksvraag 380
12.3 Conclusie 384

English summary – results and findings **387**
Curriculum Vitae **391**
Lijst van aangehaalde literatuur **392**
Lijst van aangehaalde jurisprudentie **397**
Europees Hof van Justitie 397
Europees Hof voor de Rechten van de Mens 397
Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (en haar rechtsvoorgangers) 397
Staatsraad Advocaat-Generaal 402
College van Beroep voor het bedrijfsleven 402
Centrale Raad van Beroep 403
Hoge Raad 405
Advocaat-Generaal 406
Gerechtshoven 406
Rechtbanken 406
Kamer voor Gerechtsdeurwaarders 408
Trefwoordenregister **409**

Bijlage I: Fiscaal recht en titel 4.4 Awb **412**
Tabel 1: afwijkingen van het fiscale recht ten opzichte van titel 4.4 Awb 412
Verdere toelichting 414
Stellingen behorende bij het proefschrift 'De invordering en executie van (herstel)sancties bij dwangbevel' van T.N. Sanders 417

1

1. INLEIDING

1.1 Over brandbommen en een hekwerk

In de zomer van 2012 komt het dorp Haelen, onder de rook van Roermond, in het landelijk nieuws. Een man houdt met een jachtboog gemeenteambtenaren en de politie onder schot. Bewapend met molotovcocktails die hij met regelmaat richting de dienders en ambtenaren gooit, maakt hij iedereen duidelijk dat het hekwerk op zijn perceel niet zonder slag of stoot zal worden verwijderd: "*jullie gaan het hekwerk niet verwijderen, het is mijn eigendom*".[1] Op de beelden van die dag is te zien hoe de marechaussee, de brandweer, de gemeente en een arrestatieteam van de politie massaal zijn uitgerukt om Gijsbert R. te bedwingen en het hekwerk te verwijderen. Uiteindelijk slaagt de gemeente erin het hekwerk te verwijderen. De dag eindigt met Gijsbert R. in de cel voor poging tot doodslag.[2]

Het geschil blijkt een lange voorgeschiedenis te hebben. Gijsbert R. leeft al ruim 15 jaar in onmin met de bewoners van het woonwagenkamp aan de andere kant van de weg. Hij en zijn vrouw worden regelmatig getreiterd en bedreigd. Hun eigendommen en dieren worden regelmatig beschadigd, vernield of gedood. De politie en de gemeente kunnen Gijsbert R. niet (voldoende) helpen in zijn geschil noch beschermen. Om zichzelf en zijn eigendommen toch te beschermen plaatst Gijsbert R. een hekwerk van twee meter hoog, met prikkeldraad erop, om zijn perceel heen. Zonder omgevingsvergunning en in strijd met het bestemmingsplan. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Leudal besluit om daartegen handhavend op te treden. Gijsbert R. wordt een last onder bestuursdwang opgelegd inhoudende dat hijzelf het hekwerk dient te verwijderen. Doet hij dat niet, dan zal het college bestuursdwang toepassen en het hekwerk zelf verwijderen op kosten van Gijsbert R. Op de dag van de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang loopt het, zoals geschetst, volledig uit de hand.

De kosten voor het toepassen van bestuursdwang komen in beginsel voor rekening van de overtreder. Het college besluit daarom om de kosten voor het optreden die dag op Gijsbert R. te verhalen op grond van artikel 5:25, lid 6, jo. 4:86 Awb. De rekening voor het verwijderen van het hekwerk komt uiteindelijk op € 8.663,32 waarvan een groot deel komt door de (extreme) escalatie op de dag zelf.

1 "*Nader bekeken: Escalatie Hekwerk Grote Kampweg Haelen (21-6-2012)*", http://www.3ml.nl/gemist.php?id=2224, geraadpleegd op 3 februari 2018.

2 "*Gijsbert uit Haelen opgepakt*", https://www.hartvannederland.nl/top-nieuws/2012/gijsbert-uit-haelen-opgepakt/, geraadpleegd op 3 februari 2018.

In beroep tegen de kostenverhaalsbeschikking betoogt Gijsbert R. onder meer dat het aan het gemeentebestuur te wijten is dat de kosten zo hoog zijn opgelopen. Daarbij komt dat de spanningen tussen Gijsbert R. en de woonwagenkampbewoners voor een deel zijn ontstaan door onhandig optreden van het gemeentebestuur. Gijsbert R. betoogt daarom dat sprake is van bijzondere omstandigheden die aanleiding zouden moeten zijn voor het college om geheel af te zien van kostenverhaal.

De rechtbank Limburg,[3] en in hoger beroep de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State,[4] buigen zich over de zaak. Vaststaat uiteindelijk dat de last onder bestuursdwang mocht worden opgelegd aan Gijsbert R. Ook staat vast dat Gijsbert R. de last niet tijdig heeft uitgevoerd, zodat het college gerechtigd was om het hekwerk zelf te (laten) verwijderen. De (volledige) kosten daarvan komen in beginsel voor rekening van Gijsbert R. De ratio daarachter is dat als de kosten niet bij de overtreder in rekening worden gebracht, er geen prikkel is voor de overtreder om de last zelf uit te voeren en de sanctie niet meer geloofwaardig is.

De belangenafweging die de bestuursrechters moesten maken in het geval van Gijsbert R. was dus tussen enerzijds het algemene belang bij het uitvoeren van een sanctie en anderzijds het belang van de overtreder om onder bepaalde omstandigheden gevrijwaard te mogen blijven van de uitvoering van die sanctie. Dit proefschrift gaat in de kern over deze belangenafweging.

Het algemene belang is duidelijk. Een sanctie die niet wordt geëffectueerd verliest haar afschrikwekkende werking. Een burger die niet hoeft te vrezen voor effectuering van een sanctie die is opgelegd door de overheid zal zich immers niet laten weerhouden van gedrag waarvoor hij door de overheid benadeeld zou kunnen worden. Er is namelijk geen risico dat hij door die benadeling daadwerkelijk zal kunnen worden geraakt. Sancties die nooit worden geëffectueerd verliezen daarom hun werking. Als sancties hun werking verliezen, is het niet langer mogelijk voor de overheid om naleving van gewenst gedrag langs die weg af te dwingen. Als de overheid niet langer in staat is om gewenst gedrag af te dwingen, dan zullen de normen die de overheid opstelt over het gewenst gedrag op een gegeven moment ook geen waarde meer hebben. Wie houdt zich nog aan een regel waar niemand anders zich aan houdt en waar niemand de overtreder op aanspreekt? Een overheid die geen normen opstelt en daadwerkelijk handhaaft, is eigenlijk geen overheid meer. Het kenmerk van een overheid is immers dat deze burgers verplichtingen oplegt, rechten toekent en zo nodig die rechten en plichten kan afdwingen. Zo bezien leidt het consequent niet effectueren van sancties door de overheid uiteindelijk tot het verdwijnen van de overheid.

3 Rb. Limburg 28 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.

4 ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:935.

Hiertegenover staat het belang van de overtreder om onder bepaalde omstandigheden gevrijwaard te blijven van de effectuering van een sanctie. In sommige gevallen valt de overtreder niet te verwijten dat de overtreding niet is beëindigd. Soms valt de overheid juist een verwijt te maken over de wijze waarop zij heeft gehandeld. En soms is de rekening zo hoog dat het maar de vraag is of het redelijke kosten zijn en of de overtreder die rekening ooit zal kunnen afbetalen.

Gelet op het grote belang gemoeid met het tenuitvoerleggen van de sanctie moet het belang van de overtreder zeer zwaarwegend zijn om bij de belangenafweging tot de conclusie te komen dat de sanctie niet geëffectueerd mocht worden, ondanks dat zij terecht is opgelegd. In het geval van Gijsbert R. kwam de rechtbank uiteindelijk tot de conclusie dat het ontstaan van de situatie deels aan de gemeente kon worden verweten.

> *"Uit het door* [Gijsbert R.] *bedoelde evaluatierapport komt naar voren dat het ontstaan en de escalatie van het conflict tussen* [Gijsbert R.] *enerzijds en de bewoners van het woonwagencentrum anderzijds mede aan het gemeentebestuur is te verwijten en ook dat de commissie kritisch staat tegenover de beslissing om in de ontstane veiligheidssituatie tot handhavend optreden jegens* [Gijsbert R.] *over te gaan. De commissie acht echter de handhavingsactie op 21 juni 2012 zelf wel proportioneel en constateert dat de rol van het gemeentebestuur daarin, nu de politie de leiding daarvan heeft overgenomen, beperkt is geweest. In het bijzonder gelet op de conclusies van genoemde commissie ziet de rechtbank in het betoog van* [Gijsbert R.] *geen grond voor het oordeel dat verweerder de door hen verschuldigde kosten op nihil had moeten stellen. Wel is de rechtbank van oordeel dat de gespannen toestand ter plaatse voor een belangrijk deel aan het optreden van het gemeentebestuur, althans niet aan* [Gijsbert R.]*, was te wijten. De rechtbank houdt het er daarom voor dat verweerder de kosten die voortvloeien uit de extra voorbereidende maatregelen die nodig waren in verband met die gespannen toestand, niet onder de ten laste van* [Gijsbert R.] *komende kosten had mogen brengen en dat verweerder het kostenbesluit derhalve had moeten beperken tot de kosten die in een normale situatie hadden moeten worden gemaakt voor het verwijderen van een hekwerk als het onderhavige."* [5]

De rechtbank matigde daarom het kostenverhaal tot € 1.964,57 (circa 22% van het oorspronkelijk bedrag van € 8.663,32), de ABRvS liet die matiging in hoger beroep in stand. De casus Gijsbert R. is een van de zeldzame voorbeelden van een casus waarin het algemene belang moet wijken voor het belang van de overtreder.[6]

5 Rb. Limburg 28 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.

6 Gijsbert R. werd uiteindelijk tot 18 maanden cel, waarvan 12 maanden voorwaardelijk,

De casus Gijsbert R. roept veel vragen op. Was deze matiging terecht? Of ging de matiging juist niet ver genoeg? Voor sommigen was Gijsbert R. een held, voor anderen was hij gewoon een overtreder. En hoe verhoudt deze matiging zich tot de andere gevallen? Zijn er criteria voor het matigen? En wijken die af per sanctie, of zijn er algemene regels te formuleren voor wanneer een geldschuld voortvloeiend uit een terechte sanctie (ten dele) niet mag worden ingevorderd? In dit proefschrift wordt naar deze vraag onderzoek gedaan.

1.2 Plaatsbepaling, terminologie en nut van dit onderzoek

Een belangrijk deel van de sancties die de Nederlandse overheid aan burgers en bedrijven oplegt bestaat uit zogenaamde 'bestuurlijke sancties'. In artikel 5:2, lid 1, onder a, Awb wordt de bestuurlijke sanctie gedefinieerd als zijnde *"een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak"*. Een belangrijk deel van de bestuurlijke sancties bestaat uit sancties die ertoe strekken dat de burger een geldbedrag (een bestuursrechtelijke geldschuld) aan de overheid verschuldigd is. Deze sancties noem ik 'bestuurlijke geldelijke sancties'. Bestuurlijke geldelijke sancties worden doorgaans geëffectueerd door de bestuursrechtelijke geldschuld die daaruit voortvloeit in te vorderen. Onder invordering versta ik het geheel aan handelingen die worden verricht bij het in rechte opeisen van de betaling van een bestuursrechtelijke geldschuld. Een bestuurlijke geldelijke sanctie kan echter ook strekken tot het beperken van de aanspraak van de burger op financiële middelen die nog feitelijk moeten worden verstrekt door de overheid (bijvoorbeeld het lager vaststellen van een reeds verleende, maar nog aan de ontvanger uitbetaalde subsidie). In dat geval is er geen sprake van de invordering van een bestuursrechtelijke geldschuld voortvloeiende uit een bestuurlijke geldelijke sanctie.

Een voorbeeld kan de door mij in dit onderzoek gebruikte terminologie verduidelijken. Als reactie op een overtreding van het bestemmingsplan treedt het bestuursorgaan handhavend op door aan de overtreder een last onder dwangsom op te leggen. Dit is de bestuurlijke geldelijke sanctie. De overtreder voldoet niet aan de last. De overtreder is de dwangsom daarom verschuldigd aan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort. Dit is de bestuursrechtelijke geldschuld voortvloeiend uit de bestuurlijke geldelijke sanctie. Betaalt de overtreder de dwangsom niet vanzelf, dan gaat het bestuursorgaan over tot het in rechte opeisen van de betaling van de bestuursrechtelijke geldschuld voortvloeiend uit de bestuurlijke geldelijke sanctie. Dit is de invordering van de bestuursrechtelijke geldschuld voortvloeiend uit een bestuurlijke geldelijke sanctie.

veroordeeld bij arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:907 voor poging tot doodslag.

Dit onderzoek richt zich uitsluitend op de invordering van bestuursrechtelijke geldschulden voortvloeiend uit bestuurlijke geldelijke sancties. Omdat dit geen handzame formulering is, zal ik in het vervolg spreken van *"de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties"*. Daarmee bedoel ik de invordering van de bestuursrechtelijke geldschuld die voortvloeit uit de opgelegde bestuurlijke geldelijke sanctie.

In dit onderzoek zal ook de term terugvordering worden gebruikt. Terugvordering is voor het doel van dit onderzoek gelijk te stellen met invordering. Het onderscheid tussen de twee termen is dat terugvordering ziet op een bestuursrechtelijke geldschuld die eerst aan de overtreder is betaald en daarna bij wijze van sanctie in rechte wordt teruggeëist door het bestuursorgaan, terwijl invordering ziet op een bestuursrechtelijke geldschuld die niet eerst aan de overtreder is betaald die bij wijze van sanctie in rechte wordt opgeëist. In beide gevallen gaat het echter over het in rechte opeisen van de betaling van de bestuursrechtelijke geldschuld voortvloeiend uit een bestuurlijke geldelijke sanctie.

Dit onderzoek heeft als doel om een geïntegreerd en volledig beeld te geven van de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties door middel van titel 4.4 van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb'), de knelpunten te identificeren en daarbij oplossingen aan te dragen die praktisch, effectief en evenredig zijn met het oog op de belangen van de verschillende bij handhaving betrokken partijen (de overheid, de overtreder en de derde-belanghebbende).

Van een knelpunt spreek ik in dit onderzoek indien een bepaald aspect in het bestaande recht of de rechtspraak naar mijn mening niet voldoet aan mijn criteria van praktisch, effectief en evenredig. Ik heb voor deze criteria gekozen omdat dit de criteria zijn die naar mijn mening het beste samenvatten waar de regeling volgens mij aan zou moeten voldoen.

Onder 'praktisch' versta ik eenvoudig (toegankelijk) en duidelijk (rechtszeker). Het recht en de daarop gebaseerde rechtspraak moeten naar mijn mening zo eenvoudig mogelijk zijn en zodanig duidelijk zijn dat een gemiddelde burger het recht zelfstandig zou moeten kunnen interpreteren. Het recht moet met andere woorden toegankelijk, maar tegelijkertijd rechtszeker zijn. Eenvoud en duidelijkheid kunnen soms met elkaar in tegenspraak zijn. Soms is het bijvoorbeeld noodzakelijk om een precieze formulering te hanteren omwille van de duidelijkheid, hoewel die formulering niet eenvoudig is. In dat geval acht ik de duidelijkheid van groter belang, nu het belang van de rechtszekerheid mijns inziens groter is dan het belang van eenvoud (toegankelijkheid).

Onder 'effectief' versta ik doeltreffend. Het recht en de daarop gebaseerde rechtspraak heeft een bepaald oogmerk, een doel. Als het doel is om een bepaalde

sanctie desnoods door middel van een dwangbevel in te vorderen bij de overtreder, dan is het naar mijn mening bijvoorbeeld niet doelmatig als het bestuursorgaan geen dwangbevelbevoegdheid is toegekend door de wetgever. Anderzijds, als het doel van een maatregel is om de burger te beschermen (zoals de beslagvrije voet), en de maatregel biedt niet de gewenste bescherming, dan is dat eveneens niet doelmatig te achten.

Onder 'evenredig' versta ik dat er een redelijk evenwicht moet worden gezocht tussen de verschillende bij de invordering betrokken belangen. Onder redelijk evenwicht versta ik een objectief te rechtvaardigen evenwicht. Bij de invordering zijn de belangen die daarbij moeten worden meegenomen de belangen van de overheid, de overtreder en de derde-belanghebbende. Een aspect is naar mijn mening niet evenredig indien één van de genoemde belangen zodanig moet wijken voor de andere betrokken belangen dat geen sprake meer is van een redelijk evenwicht.

In dit onderzoek wordt derhalve onderzocht of de invordering van de bestuurlijke geldelijke sancties door middel van titel 4.4 van de Awb eenvoudig, duidelijk, doelmatig en evenwichtig is. Met andere woorden: hoe wordt een sanctie nu ingevorderd en wat gaat er goed, wat gaat er mis en hoe kan het beter? Belangrijke deelvragen zijn: is de overheid altijd gehouden om een sanctie in te vorderen? Wanneer mag de overheid juist niet meer invorderen, ondanks dat de overheid dat wel wil? En heeft de buurman van de overtreder het recht om de overheid te dwingen om in te vorderen? Wanneer moet de overheid een sanctie kwijtschelden, of een betalingsregeling aanbieden? En is dat voor alle bestuurlijke geldelijke sancties gelijk? Deze en andere vragen hoop ik in dit proefschrift te kunnen beantwoorden en, als uit het antwoord blijkt dat de stand van zaken niet bevredigend is, dan hoop ik een praktisch, effectief en evenredig alternatief voor de huidige stand van zaken voor te kunnen stellen.

Dit onderzoek vult een leemte in de wetenschap. Vooropgesteld, de handhaving van bestuursrechtelijke rechtsnormen door de overheid door middel van geldelijke sancties geniet de warme belangstelling van bestuursrecht juristen. Er is dan ook uitgebreide literatuur over de last onder dwangsom,[7] de last onder bestuursdwang,[8] de bestuurlijke boete,[9] het intrekken van subsidies[10] en het intrekken van uitkeringen.[11]

7 J.H. Verweij, De bestuurlijke dwangsom, (diss.), (Deventer, 1997).
8 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016).
9 C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas, Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief, Preadviezen VAR, (Den Haag, 2014) en H.E. Bröring en H.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb (Den Haag, 2010).
10 W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, Subsidierecht, (Deventer, 2011).
11 S. Klosse en G.J. Vonk, Socialezekerheidsrecht, (Deventer, 2014).

Ook de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties in het bestuursrecht heeft over de jaren de nodige aandacht gekregen.[12] Door de invoering van de vierde tranche van de Awb en daarmee de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling is de (wijze van) effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties in 2009 echter ingrijpend gewijzigd. De ervaringen en beschouwingen van voor 1 juli 2009 met betrekking tot de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties hebben daarmee een belangrijk deel van hun waarde verloren. Zo is het invorderingstraject thans voornamelijk bestuursrechtelijk in plaats van civielrechtelijk van aard en heeft de derde-belanghebbende een positie gekregen in het proces. Dat maakt dat nieuw integraal onderzoek naar de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties nuttig is.

Ook vanuit het perspectief van de geldschuldenregeling in titel 4.4 Awb vervult dit onderzoek een behoefte. Na de invoering van de geldschuldenregeling is het wetenschappelijk onderzoek voornamelijk beperkt gebleven tot bijdragen van Scheltema[13] en Sluiter.[14] Een waardevolle bijdrage verscheen nog op 24 december 2013 in de vorm van het rapport 'De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb Geëvalueerd' (hierna: 'de evaluatie van de geldschuldenregeling') uitgevoerd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatie Centrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie (hierna: het 'WODC').[15] De evaluatie van de geldschuldenregeling liet zien dat hoewel de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling (ook bij sancties) grotendeels lijkt te functioneren zoals bedoeld en het invorderingsproces sneller, doorzichtiger en efficiënter heeft gemaakt, er toch nog leemtes en knelpunten zijn – met name op het vlak van de normering van de effectuering. De evaluatie van de geldschuldenregeling hield echter op bij het constateren van de onduidelijkheid over de normering van de effectuering en ging niet in op de vraag welke norm er nu geldt, of die geldt voor alle bestuurlijke geldelijke sancties en of het (bijvoorbeeld) wellicht wenselijk is om die normering gelijk te trekken. Hoewel het onderzoek dat in dit proefschrift wordt verricht gedeeltelijk het onderzoek van het WODC zal repliceren (lees: het bevestigen of ontkennen van het bestaan van de door het WODC geïdentificeerde knelpunten met betrekking tot de invordering van sancties), zal dit onderzoek dus ook een aanvulling zijn op de evaluatie van de geldschuldenregeling.

12 F.C.M.A. Michiels, E. Niemeijer en C.T. Nijenhuis, Wie is er bang voor de dwangsom, (Den Haag, 1994), P.J.J. van Buuren en G.T.J.M. Jurgens, 'De dwangsom in het milieurecht' in: P.J.J. van Buuren e.a. (red.), Milieurecht in stelling (Zwolle, 1990), p. 68.

13 M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015).

14 I. Sluiter, 'De geldschuldenregeling: een warm onthaal door de bestuursrechter!', JBplus 2012, p. 342 e.v.

15 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink & M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013).

Tot slot is er vanuit de praktijk ook behoefte aan dit onderzoek. In de eerste acht jaar na de invoering van de vierde tranche zijn er (peildatum 1 maart 2018) 130.313 bestuursrechtelijke uitspraken gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. Van die uitspraken gaan er 1.083 over de invordering van dwangsommen, 544 over het kostenverhaal bij bestuursdwang, 4.628 over de terugvordering van uitkeringen op grond van de Participatiewet of de Wet Werk en Bijstand en 542 over de terugvordering van subsidies. Gezamenlijk is de rechtspraak die ziet op de effectuering van geldelijke herstelsancties dus goed voor bijna 5% (6.797) van alle gepubliceerde uitspraken. De bestuurlijke boete, als geldelijke punitieve sanctie, komt terug in 3.466 gepubliceerde uitspraken en is dus in zijn eentje ook goed voor 2,5% van alle gepubliceerde uitspraken.[16] De effectuering van geldelijke sancties in het bestuursrecht leeft dus in de praktijk en een onderzoek waarbij over de grenzen van de verschillende sancties heen wordt gekeken om over en weer lessen te trekken kan toegevoegde waarde hebben voor die praktijk.

Dit onderzoek heeft tot slot raakvlakken met drie belangrijke en actuele debatten in het Nederlandse (bestuurs-)recht. Ten eerste de leer van de formele rechtskracht (en de wenselijkheid van die rechtsregel),[17] ten tweede het groeiende belang van de evenredigheid binnen het bestuursrecht[18] en ten derde de vraag of het bestuursrecht niet nadrukkelijker een rol zou moeten spelen bij de bescherming van de schuldenaar.[19] Hoewel het onderzoek daarbij niet primair als doel heeft om te onderzoeken in hoeverre deze leerstukken en opvattingen aan herziening, uitbreiding of wijziging toe zijn, spelen deze leerstukken en opvattingen wel een belangrijke rol bij de kaders van het huidige bestuursrechtelijk invorderingsrecht en komen zij in dat kader aan de orde. Zo beperkt de leer van de formele rechtskracht de mogelijkheid van een overtreder om in het invorderingsbesluit nog het sanctiebesluit aan de orde te stellen. De vraag kan worden gesteld of dat terecht is. De afweging of een geldschuld daadwerkelijk mag worden ingevorderd is in de kern een evenredigheidstoetsing. In dat kader is de vraag of er niet meer ruimte zou moeten zijn om verwijtbaarheid en draagkracht daarbij mee te wegen. Tot slot raakt de invordering in sommige gevallen een schuldenaar die in bepaalde gevallen wel zou willen, maar niet kán betalen. Vanuit het perspectief van de tekortschietende bescherming van de beslagvrije voet kan de vraag worden gesteld of de bestuursrechter niet meer

16 Kanttekening is wel dat de bestuurlijke boete (in tegenstelling tot de andere genoemde sancties) geen onderscheid kent tussen de oplegging en de effectuering, zodat dit getal een ietwat vertekend beeld geeft van het relatieve belang van de bestuurlijke boete (ter vergelijking naast de circa 1.000 gepubliceerde uitspraken over invordering, zijn er 4.500 gepubliceerde uitspraken over de last onder dwangsom gedaan in diezelfde periode).

17 Zie: C. Drion, 'Verongelukken in het recht', NJB 2017/308.

18 Zie: T. Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', NJB 2018/445.

19 Zie: M. Scheltema, 'Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat: het regeerakkoord biedt perspectief', NTB 2017/28.

bescherming zou moeten bieden in dat soort gevallen. In dit onderzoek zullen die drie debatten op verschillende punten terugkomen en worden besproken, waarmee ik ook aan die debatten een bijdrage hoop te leveren.

1.3 Het invorderen van sancties onder de vierde tranche van de Awb[20]

Een bestuursrechtelijke geldschuld is een geldschuld van het bestuursorgaan aan een burger of andersom met een publiekrechtelijke grondslag. Subsidies, uitkeringen, bestuurlijke boetes, kostenverhaal bij bestuursdwang en dwangsommen: het zijn allemaal zogenaamde 'bestuursrechtelijke geldschulden' waarop de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling van toepassing is. Privaatrechtelijke geldschulden tussen overheid en burger vallen niet onder de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling. De geldschuld die ontstaat nadat een gemeente kantoorartikelen koopt van een bedrijf is dus geen bestuursrechtelijke geldschuld. Ook een (vermeende) geldschuld op grond van (bijvoorbeeld) een onrechtmatige daad begaan door de gemeente jegens een bedrijf is geen bestuursrechtelijke geldschuld. Op dergelijke schulden is het civiele recht van toepassing.

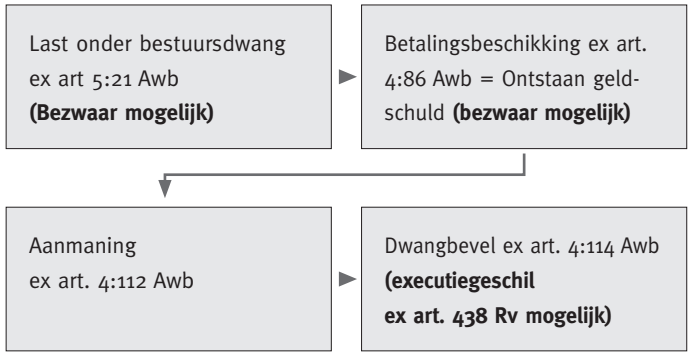
De geldschuldenregeling kent in titel 4.4 Awb regels voor de wijze van betaling, de kosten van betaling, de mogelijkheid van verrekening, het verlenen van uitstel van betaling en van een voorschot als ook voor de verjaring en de mogelijkheid om de verjaring te stuiten. Ten aanzien van de in dit onderzoek te bestuderen sancties zijn in de Awb ook elders diverse bijzondere bepalingen opgenomen die relevant zijn voor de invordering van die sancties. Zo zijn er bijzondere regels voor de intrekking van subsidies in titel 4.2 Awb, voor de last onder bestuursdwang in titel 5.2 Awb, de last onder dwangsom in titel 5.3 Awb en voor de bestuurlijke boete in titel 5.4 Awb. Voor de intrekking en terugvordering van uitkeringen zijn er verder in de bijzondere wetten vaak nog aanvullende bepalingen, zoals bijvoorbeeld in de Participatiewet ('Pw').

De regels uit het Burgerlijk Wetboek ('BW') zijn niet van toepassing op bestuursrechtelijke geldschulden. De algemene regels in de Awb zijn veelal wel geïnspireerd door het civiele recht zodat deze grote gelijkenissen tonen met het BW. De Awb kent ten opzichte van het BW op punten echter sterk afwijkend recht. Zo geeft de geldschuldenregeling een verjaringstermijn van vijf jaar voor geldschulden (artikel 4:104 Awb), ontleend aan artikel 3:308 BW, maar kent artikel 5:35 Awb een bijzondere verjaringstermijn van één jaar voor dwangsommen, waarbij bovendien niet de *rechtsvordering maar de bevoegdheid* verjaart. Ook is het slechts mogelijk om bestuursrechtelijke geldschulden te verrekenen indien daartoe een expliciete

20 Dit onderdeel is gedeeltelijk eerder gepubliceerd in: T.N. Sanders, 'Beslag en executie bij bestuursrechtelijke dwangsommen', Gst. 2015/45.

bestuursrechtelijke bevoegdheid bestaat (artikel 4:93 Awb) – anders dan in het BW.[21] Een civiel jurist zonder kennis van de geldschuldenregeling kan op sommige punten dus voor verrassingen komen te staan.

De werking van titel 4.4 Awb schets ik kort aan de hand van een voorbeeld. Een bestuursorgaan past bestuursdwang toe om gevaarlijk afval op te ruimen op het terrein van een overtreder. Vervolgens neemt het bestuursorgaan een kostenverhaalsbeschikking waarin de kosten van het opruimen op de overtreder worden verhaald. De kostenverhaalsbeschikking is een betalingsbeschikking als bedoeld in artikel 4:86 Awb. Vanaf het moment van het nemen van de betalingsbeschikking begint de betalingstermijn van zes weken te lopen ex artikel 4:87 Awb. Na het aflopen van die termijn treedt van rechtswege verzuim in en is wettelijke rente verschuldigd.[22] De betalingsbeschikking is een besluit in de zin van de Awb en daartegen staat bezwaar en beroep open. Wordt er niet vrijwillig betaald door de overtreder dan volgen er één of meerdere aanmaningen ex artikel 4:112 Awb waarin de overtreder wordt aangespoord om alsnog binnen twee weken te betalen. Tevens wordt daarin aangezegd dat bij het uitblijven van de betaling de geldschuld op zijn kosten zal worden ingevorderd door middel van een dwangbevel. De aanmaning is weliswaar een besluit in de zin van de Awb, maar is op grond van artikel 8:4, lid 1, onder b, Awb niet voor bezwaar en beroep vatbaar. Als niet wordt betaald na de aanmaning dan volgt daadwerkelijke invordering middels een dwangbevel ex artikel 4:114 e.v. Awb. Tegen het dwangbevel is slechts een (civielrechtelijk) executiegeschil (ex artikel 438 Rv) mogelijk en is bezwaar en beroep in artikel 8:4, lid 1, onder b, Awb expliciet uitgesloten. Schematisch ziet dit er als volgt uit:



De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling kan echter ook een stuk complexer zijn, zoals de invordering van een bestuursrechtelijke dwangsom illustreert. Een last

21 Artikel 6:127 BW.

22 Ingevolge artikel 4:97 Awb treedt verzuim van rechtswege in na het einde van de betalingstermijn van zes weken. Daarvoor is geen handeling van het bestuursorgaan vereist. Vervolgens gaat de wettelijke rente automatisch lopen met het verzuim.

onder dwangsom wordt bij besluit opgelegd door een daartoe bevoegd bestuursorgaan.[23] In de last onder dwangsom wordt opgenomen dat indien de geadresseerde de last overtreedt, hij verplicht is tot het betalen van een dwangsom. Veelal heeft de last de strekking dat de belanghebbende niet een bepaalde rechtsnorm mag overtreden (een vergunningvoorschrift of wettelijke bepaling). Gemakshalve ga ik er vanuit dat dit besluit vervolgens onherroepelijk wordt en dus formele rechtskracht krijgt. De formele rechtskracht van het besluit betekent dat de rechter (ook de civiele rechter) er in volgende procedures in beginsel vanuit moet gaan dat de last onder dwangsom terecht is opgelegd en de inhoud daarvan klopt. De geadresseerde van het besluit overtreedt vervolgens de last. Met de overtreding verbeurt de overtreder de dwangsom van rechtswege op grond van artikel 5:33 Awb.

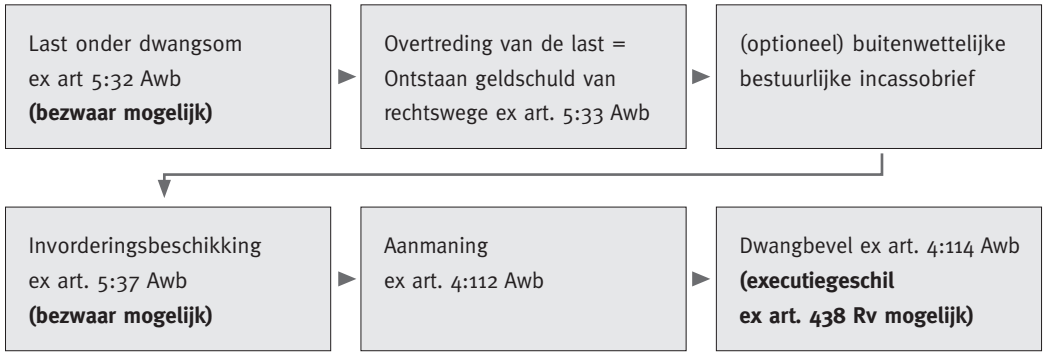
Op dit moment ontstaat de betalingsverplichting en ontstaat er dus een bestuursrechtelijke geldschuld. Deze wordt echter nog niet schriftelijk vastgelegd en er staat dan ook geen bestuursrechtelijke rechtsingang open. Wel begint op dat moment al de betalingstermijn van zes weken te lopen, waarna van rechtswege verzuim intreedt en de wettelijke rente begint te lopen.[24] Het bestuursorgaan stuurt na de verbeurte meestal een (buitenwettelijke) bestuurlijke incassobrief waarin de overtreder op de hoogte wordt gesteld van de overtreding en wordt verzocht om de dwangsom vrijwillig te betalen. Dit is geen besluit in de zin van de Awb (en dus niet appellabel).[25] Sorteert de bestuurlijke incassobrief geen effect, dan wel is er geen bestuurlijke incassobrief verstuurd, dan neemt het bestuursorgaan een invorderingsbeschikking op grond van artikel 5:37 Awb waarin wordt besloten om tot invordering over te gaan. De invorderingsbeschikking is een besluit in de zin van de Awb en vormt aldus de bestuursrechtelijke rechtsingang tegen het besluit om de dwangsom in te vorderen. Na de invorderingsbeschikking volgen één of meerdere aanmaningen ex artikel 4:112 Awb waarin de overtreder wordt aangespoord om te betalen en hem wordt aangezegd dat bij uitblijven van de betaling de dwangsom op zijn kosten zal worden ingevorderd door middel van een dwangbevel. De aanmaning is weliswaar een besluit in de zin van de Awb, maar is op grond van artikel 8:4, eerste lid, onder b, Awb niet voor bezwaar en beroep vatbaar. Als niet wordt betaald binnen de in de aanmaning gegeven termijn, dan volgt meestal de daadwerkelijke invordering van de dwangsom middels een dwangbevel. Tegen het dwangbevel is slechts een (civielrechtelijk) executiegeschil (ex artikel 438 Rv) mogelijk en is bezwaar en beroep in artikel 8.4, eerste lid, onder b, Awb expliciet uitgesloten.

23 Veelal een algemene bevoegdheid toegekend aan alle soortgelijke bestuursorganen om de rechtsnormen waarvan zij met de handhaving zijn belast te handhaven – zoals artikel 125 Gemeentewet.

24 Ingevolge artikel 4:97 jo. 5:33 Awb treedt verzuim van rechtswege in na het einde van de betalingstermijn van zes weken. Daarvoor is geen handeling van het bestuursorgaan vereist. Vervolgens gaat de wettelijke rente automatisch lopen met het verzuim.

25 ABRvS 19 september 2012, AB 2012/399, m.nt. T.N. Sanders

Schematisch weergegeven ziet het traject er als volgt uit:



Naast de hiervoor toegelichte stappen in het invorderingsproces zijn er ook nog de zogenaamde accessoire beschikkingen. De volgende accessoire beschikkingen zijn mogelijk (nota bene: het verlenen van een voorschot is in het kader van de invordering van sancties niet aan de orde en blijft in dit onderzoek dus verder buiten beschouwing). Ten eerste kan er een beschikking worden genomen waarbij de geldschuld wordt verrekend (artikel 4:93 Awb). Ten tweede kan er bij beschikking uitstel van betaling worden verleend (artikel 4:94 Awb). Ten derde kan het bestuursorgaan de verschuldigde wettelijke rente bij beschikking vaststellen (artikel 4:99 Awb). Ten vierde is er de beschikking van een bestuursorgaan om een bestuursrechtelijke geldschuld kwijt te schelden (welk besluit niet geregeld is in de Awb maar wel wordt genoemd in artikel 4:125 Awb).

Overigens staan het bestuursorgaan ook de reguliere middelen van een private schuldeiser ter beschikking op grond van artikel 4:124 Awb. Het is dus ook mogelijk voor het bestuursorgaan om een dagvaarding uit te brengen en op deze wijze een bestuursrechtelijke geldschuld te innen.[26]. Het invorderen bij dagvaarding door de overheid komt (buiten het fiscale recht) in de praktijk maar zelden voor omdat het dwangbevel een goedkopere, snellere en efficiëntere manier is om de geldschuld in te vorderen.

1.4 Reikwijdte van dit onderzoek

Dit onderzoek richt zich op de in- of terugvordering van bestuurlijke geldelijke sancties bij dwangbevel onder de vierde tranche van de Awb. Hierin liggen reeds een aantal beperkingen in de reikwijdte van het onderzoek besloten. Ten eerste zal dit onderzoek alleen zien op bestuursrechtelijke geldschulden als bedoeld in artikel 4:85 Awb en dus niet op civiele geldschulden van en aan de overheid. Ten tweede zal dit

26 Nadat de betalingstitel bij beschikking is vastgelegd, zie: HR 6 februari 2015, AB 2015/90, m.nt. F.J. van Ommeren.

onderzoek alleen zien op geldschulden die voortvloeien uit bestuurlijke sancties als bedoeld in artikel 5:2, lid 1, onder a, Awb. Onder bestuurlijke sancties worden zowel bestraffende sancties (zoals de bestuurlijke boete) als herstelsancties (zoals de last onder dwangsom) verstaan, zodat dit onderzoek op allebei ziet. Ten derde ziet dit onderzoek op de effectuering via *dwangbevel* – en dus niet op het invorderen van geldelijke sancties bij dagvaarding. Ten vierde zal dit onderzoek zich alleen richten op het recht zoals dit geldt vanaf 1 juli 2009 onder de vierde tranche van de Awb.

De beperking van het onderzoek tot bestuursrechtelijke geldschulden onder de vierde tranche van de Awb is voor de hand liggend aangezien dit afgebakende rechtsonderwerpen zijn. De reden dat dit onderzoek zich beperkt tot enerzijds sancties en anderzijds de invordering bij dwangbevel behoeft mijns inziens wel een korte toelichting.

Een bestuursrechtelijke geldschuld die voortvloeit uit een sanctie onderscheidt zich van andere bestuursrechtelijke geldschulden in die zin dat het (i) altijd een geldschuld van de overtreder aan de overheid is, (ii) dat de normering van de invordering van sancties afwijkt van andere geldschulden in zoverre dat er in de regel zowel een algemeen belang is bij de invordering (het handhaven van rechtsnormen) als vaak een bijzonder belang van derde-belanghebbenden (het voorkomen van hinder of nadelige effecten door de overtreding op diegene die de overtreden rechtsnorm beoogt te beschermen). Die botsing van belangen maakt de invordering van sancties bijzonder en interessant om te onderzoeken. Praktische reden voor het beperken van het onderzoek tot sancties vormt tot slot mijn persoonlijke interesse in het sanctierecht.

Voor wat betreft de beperking tot de invordering bij dwangbevel: deze praktische beperking in het onderzoek vloeit voort uit het feit dat er (buiten het fiscale recht) vrijwel geen gebruik wordt gemaakt van artikel 4:124 Awb (de mogelijkheid om bij dagvaarding in te vorderen). De bevoegdheid wordt voornamelijk ingezet als het bestuursorgaan geen dwangbevelbevoegdheid bezit. Hier is dus nagenoeg geen jurisprudentie of literatuur over, terwijl het voor de praktijk van de invordering van geldelijke sancties in het bestuursrecht van verwaarloosbaar belang is.[27] Gelet op het feit dat het meenemen van dit onderwerp een aanzienlijke uitbreiding van het onderzoek zou met zich mee zou brengen (het betreft immers primair civiel recht

27 Zie voor de twee mij bekende uitzonderingen: Rb. Den Haag 16 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2684 waarin de Staat bij dagvaarding een bestuurlijke boete (tevergeefs) probeert te innen door gebruikmaking van artikel 4:124 Awb ten einde een Europese executoriale titel te verkrijgen; en HR 3 april 2015, AB 2015/213, m.nt. T.N. Sanders, waarin het CAK bij dagvaarding een bestuursrechtelijke geldschuld (niet zijnde een sanctie) invordert omdat het geen dwangbevelbevoegdheid heeft.

waarbij het bestuursrechtelijke karakter van de vordering van beperkt belang is), heb ik ervoor gekozen om dit onderwerp in het kader van dit onderzoek verder buiten beschouwing te laten.

Binnen het onderwerp van de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties bij dwangbevel onder de vierde tranche van de Awb breng ik nog een tweetal beperkingen aan. Dit onderzoek richt zich ten eerste niet op de terugvordering van subsidies en uitkeringen op grond van het Europese recht. Ten tweede richt dit onderzoek zich niet op het fiscale recht en het toeslagenrecht. Dit licht ik nader toe.

De terugvordering van subsidies die hun grondslag vinden in het Europese recht (denk bijvoorbeeld aan landbouw of ESF subsidies) kent een bijzonder – van de subsidietitel sterk afwijkend – toetsingskader.[28] Het bestuursorgaan is daarbij niet gebonden aan de Awb bij de terugvordering, nu het Europees recht daarop voorrang heeft en een bijzondere grondslag voor terugvordering kent. Het bestuursorgaan is voorts gehouden om terug te vorderen waarbij geen ruimte bestaat om daarvan af te zien. Vanwege dit sterk afwijkende kader wordt de terugvordering van deze subsidies niet betrokken bij het onderzoek: deze sanctie is immers niet goed te vergelijken met de andere sancties.

Ook fiscale geldschulden (op grond van onder meer de Algemene wet inzake rijksbelastingen – de 'Awr') en toeslagen (op grond van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen – 'Awir') worden in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten. Hoewel het ook bestuursrechtelijke geldschulden zijn, is er bij de invoering van de vierde tranche voor gekozen om deze geldschulden in te vorderen door middel van de Invorderingswet 1990 ('IW 1990'). De IW 1990 kent een afwijkend wettelijk regime ten opzichte van titel 4.4 Awb. Tijdens mijn onderzoek is mij gebleken dat het fiscale recht dusdanig veel uitzonderingen, toevoegingen en afwijkingen van titel 4.4 Awb bevat, dat hoewel er materieel maar een beperkt verschil zou moeten zijn tussen de in- of terugvordering van een fiscale geldelijke sanctie en een bestuurlijke geldelijke sanctie, er formeel juridisch zodanig veel verschillen zijn dat conclusies in het ene rechtsgebied niet zonder meer gelden voor het andere rechtsgebied. In een artikel voor het Maandblad Belasting Beschouwingen[29] heb ik alle uitzonderingen en afwijkingen van de IW 1990 op titel 4.4 Awb opgesomd en de rechtvaardigingen daarvoor onderzocht. In bijlage I zijn mijn (samengevatte) bevindingen daarover opgenomen.

28 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1490, ABRvS 2 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:551, ABRvS 17 september 2014, AB 2015/396, m.nt. J.E. van den Brink en R.D. van Oevelen en ABRvS 20 november 2013, AB 2014/279 m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden.

29 T.N. Sanders, 'Het fiscale invorderingsrecht en de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling: tijd om van een lappendeken een harmonieuze mantel te maken?', MBB 2016/04.

Ik volsta hier met een verwijzing naar dit overzicht en de constatering dat vanwege die vele afwijkingen de fiscale bestuurlijke geldelijke sanctie niet goed vergeleken kan worden met de overige bestuurlijke geldelijke sancties.

Belangrijk om tot slot op te merken is dat de voorgaande beperkingen betekenen dat enkele veelvoorkomende schulden aan de overheid niet in het onderzoek worden meegenomen. De twee belangrijkste noem ik hierna. Ten eerste de inning van verkeersboetes. Dat om de simpele reden dat die inning op een andere manier geschiedt dan in de rest van het bestuursrecht. In artikel 2a Wet Administratieve Handhaving Verkeersvoorschriften (de 'Wet Mulder') staat namelijk dat titel 4.4 Awb – de geldschuldenregeling – niet van toepassing is op de inning van de boetes op grond van de Wet Mulder. Ten tweede de inning door het CAK van de bestuursrechtelijke zorgpremie als bedoeld in artikel 18d Zorgverzekeringswet valt niet onder de reikwijdte van dit onderzoek: dat is immers geen bestuurlijke sanctie als bedoeld in artikel 5:2, lid 1, onder a, Awb.

1.5 Onderzoeksvragen

Het doel van dit onderzoek is om de invordering van bestuursrechtelijke geldschulden die voortvloeien uit bestuurlijke geldelijke sancties die door middel van titel 4.4 Awb worden ingevorderd, in kaart te brengen en te bezien of er knelpunten zijn en als die er zijn, hoe die knelpunten op een praktische, effectieve en evenredige wijze zouden kunnen worden ondervangen. De hoofdonderzoeksvraag van dit onderzoek is daarom de volgende.

> *"Hoe worden geldschulden die voortvloeien uit bestuurlijke geldelijke sancties door middel van titel 4.4 Awb ingevorderd, doen zich knelpunten voor en zo ja, hoe kunnen die knelpunten op een praktische, effectieve en evenredige wijze worden opgelost?"*

Om deze onderzoeksvraag te beantwoorden onderscheid ik per fase van het invorderingsproces een aantal deelvragen.

Als de verschuldigdheid van een sanctie eenmaal bij besluit onherroepelijk is vastgesteld, dan is het beeld dat in de praktijk leeft dat de procedure tegen de in- of terugvorderingsbeschikking en de daaropvolgende executiemaatregelen weinig tot geen ruimte meer bestaat voor de overtreder om de executie te voorkomen. Immers, het besluit waarin is vastgesteld dat hij overtreder is van een bepaalde wettelijke norm en derhalve een bepaalde geldelijke sanctie is verschuldigd aan de overheid heeft al formele rechtskracht, zodat daar niet meer aan kan worden getornd. Wat valt er dan nog te bediscussiëren? Met andere woorden: welke onderwerpen kunnen in de effectueringsbeschikkingen dan nog aan de orde komen? De effectueringsbeschikking behelst feitelijk niets meer dan het besluit van de overheid om daadwerkelijk een

geldschuld op te eisen. De bestuursrechtelijke ratio gebiedt dat als al eerder bij besluit onherroepelijk is vastgesteld dat er sprake is van een overtreding door de overtreder en dat de geldschuld verschuldigd is, daar bij de invordering niet gemakkelijk overheen kan worden gestapt, gelet op de leer van de formele rechtskracht. Hoeveel ruimte heeft de overheid dan nog om te besluiten om niet in te vorderen? En wanneer is de overheid daartoe verplicht? In hoeverre mogen draagkracht en verwijtbaarheid een rol spelen? Maakt het daarbij nog uit welke bestuurlijke geldelijke sanctie wordt ingevorderd? Zo ja, zijn die verschillen gerechtvaardigd? Of is het misschien nuttig en wenselijk om tot één normatief kader voor de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties te komen? Als dat zo is – hoe zou een dergelijk kader eruit moeten komen te zien?

Als is besloten om de sanctie te effectueren, dan zijn er nog een aantal andere besluiten die de overheid moet nemen als vrijwillige betaling uitblijft. Zo moet er nog worden besloten om aan te manen, een dwangbevel uit te vaardigen en moet het dwangbevel vervolgens nog feitelijk worden geëffectueerd door het bestuursorgaan. In deze fase is het beeld dat in de praktijk leeft over de positie van de overtreder beslist grimmig. Zo werd het perspectief voor de overtreder in deze fase in de evaluatie van de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling als volgt verwoord:

> *"als* [...] *de betalingsbeschikking al formele rechtskracht heeft, dan heeft de rechter in het invorderingstraject de burger weinig meer te bieden"* [30]

en:

> *"*[o]*verigens komt het ook voor dat de burger nalaat bezwaar te maken tegen de betalingsbeschikking en pas actie onderneemt als hij een aanmaning ontvangt.* [...] *de resterende rechtsbescherming in dit stadium* [is] *vrijwel nihil."*[31]

Dat roept de vraag op: is die rechtsbescherming (nog steeds) vrijwel nihil? En zo ja, waarom is dat dan het geval? En is dat gerechtvaardigd? Met andere woorden: hoe (indringend) toetst de civiele rechter het dwangbevel en de executie? En hoe wordt de armlastige schuldenaar in deze fase beschermd? Is die bescherming toereikend? Of moet het bestuursrecht meer bescherming bieden?

Voorts is er nog een aantal accessoire beschikkingen die relevant zijn voor het invorderingsproces. Ten eerste het besluit om te verrekenen. Ten tweede het besluit om uitstel van betaling te verlenen dan wel een betalingsregeling te treffen. Ten

30 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 63.

31 Ibidem.

derde het besluit om kwijt te schelden. Ten vierde het besluit om wettelijke rente in te vorderen. Het beeld van deze besluiten uit de praktijk is dat het bestuursorgaan hier volledige vrijheid heeft – in zoverre dat niet snel in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zal worden gehandeld indien het bestuursorgaan verzoeken van de overtreder tot het (niet) nemen van deze besluiten afwijst. Is dat inderdaad het geval? Hoeveel discretionaire ruimte heeft het bestuursorgaan bij accessoire beschikkingen? En is dat gerechtvaardigd?

Ten slotte zijn er twee thema's die de individuele besluiten in het invorderingsproces overstijgen en de aandacht vragen. Het betreft enerzijds de positie van de derde-belanghebbende bij invordering en anderzijds de rol van verjaring en verval.

Voor wat betreft het eerste thema: bij bestuursrechtelijke geldelijke sancties is er vaak een derde-belanghebbende die hinder ondervindt van de overtreding en zodoende een rechtstreeks bij de handhaving betrokken belang heeft. Hoe is de positie van die derde in het invorderingstraject? Wat zijn de (on)mogelijkheden voor die derde? En is de huidige situatie bevredigend? Verschilt dat nog per sanctie?

Het tweede thema is de werking van de verjaring en het verval in de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling. Dit onderwerp heeft tot de nodige discussies in de praktijk en de literatuur geleid. Verjaring en verval is van belang voor dit onderzoek omdat het in de praktijk een belangrijk absoluut beletsel is voor invordering. Immers, na het intreden van verjaring of verval is het niet langer mogelijk om betaling van een geldschuld af te dwingen. Omdat verjaring of verval gedurende elk moment in het invorderingsproces kan intreden behandel ik het als een breder thema. Hoe is de verjaring en het verval nu vormgegeven en is die regeling praktisch, effectief en evenredig?

1.6 Verhouding van dit onderzoek tot de evaluatie geldschuldenregeling

Een belangrijk punt om nader te overwegen bij de afbakening van dit onderzoek is hoe dit onderzoek zich verhoudt tot de evaluatie van de geldschuldenregeling. Hiervoor sta ik eerst stil bij de reikwijdte en de resultaten van de evaluatie van de geldschuldenregeling, gevolgd door een toelichting waarom dit onderzoek ten opzichte van die evaluatie toegevoegde waarde heeft.

Op 24 december 2013 verscheen de evaluatie van de geldschuldenregeling.
De evaluatie van de geldschuldenregeling had als doel om de werking van de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling in de praktijk te evalueren. Daartoe is in de evaluatie een viertal onderzoeksvragen geformuleerd. Dit waren de volgende:

- *"Hoe werken de bepalingen van titel 4.4. van de Awb in de praktijk en welke eventuele knelpunten doen zich daarbij voor?"*
- *"Voldoet titel 4.4. Awb daarmee aan de bij de totstandkoming van deze titel in de wetsgeschiedenis geformuleerde doelstellingen?"*
- *"Welke gevolgen heeft titel 4.4 van de Awb voor de rechtsbescherming van betrokkenen, ten opzichte van de situatie die bestond voor de invoering van titel 4.4 Awb?"*
- *"Is de regeldruk voor betrokkenen, berekend als de mate van (administratieve) lasten voor burgers, bedrijven, bestuursorganen en andere betrokkenen, toegenomen?"*

Om deze onderzoeksvragen te beantwoorden zijn de knelpunten in titel 4.4 Awb geïnventariseerd en geanalyseerd. In het kader van de evaluatie is niet alleen de wetgeving, literatuur en jurisprudentie onderzocht, maar is er ook een praktijkonderzoek gedaan. Daarbij werden betrokken partijen (rechtshulpverleners, bestuursorganen en bestuursrechters) geïnterviewd. Daarnaast werden er case studies verricht.

Het onderzoek dat in dit proefschrift wordt verricht is gericht op enerzijds het (gedeeltelijk) repliceren van het onderzoek van het WODC (en daarmee het bevestigen of ontkennen van het bestaan van de geïdentificeerde knelpunten) en anderzijds het verdiepen en actualiseren van het onderzoek door binnen de context van de bestuursrechtelijke geldelijke sanctie de openstaande vragen uit het onderzoek alsnog te beantwoorden. Het betreft dan met name de materiële normering van besluiten in het invorderingstraject die niet tot de onderzoeksopdracht van het WODC behoorde.

Bezien vanuit de evaluatie van de geldschuldenregeling borduurt dit onderzoek voort op vier hoofdthema's uit de evaluatie:

- De formele rechtskracht problematiek bij 'gestapelde' beschikkingen over hetzelfde onderwerp. Het WODC signaleert deze problematiek en bespreekt kort waar de grenzen tussen de verschillende beschikkingen in het proces liggen. In dit onderzoek zal uitgebreider worden stilgestaan bij waar de grens tussen de verschillende beschikkingen ligt en of (en zo ja, wanneer) ondanks die grenzen een onderwerp toch nog aan de orde zou kunnen komen in een latere beschikking.

- Het ontbreken van materiële normen voor de besluiten tot (i) invordering; (ii) verrekening; (iii) uitstel van betaling, (iv) kwijtschelding en (v) de invordering van wettelijke rente. Het WODC constateert het ontbreken van die normen en

het gemis daarvan in de praktijk, maar stelt zelf geen oplossing of invulling van die normering voor. In dit onderzoek zal worden onderzocht hoe deze normering wordt, of kan worden, ingevuld.

- De positie en mogelijkheden van de derde-belanghebbende. Het WODC bespreekt de positie van de derde met name in het kader van (het gebrek aan) mogelijkheden voor derden om de verjaring te voorkomen. In dit onderzoek zal uitgebreid worden stilgestaan bij de positie van de derde-belanghebbende bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties en welke middelen de derde-belanghebbende kan inzetten of zou moeten kunnen inzetten om daadwerkelijke handhaving te bewerkstelligen.

- De regeling omtrent verjaring en verval. Het WODC bespreekt deze problematiek vrij uitvoerig en stelt een oplossing voor. In dit onderzoek zal deze problematiek ook worden onderzocht waarna er een alternatief voorstel wordt gedaan.

In aanvulling hierop zal dit onderzoek tot slot ook aandacht besteden aan een belangrijk aspect dat slechts beperkt aan de orde is gekomen in het WODC onderzoek: de daadwerkelijke effectuering bij dwangbevel en het executiegeschil bij de civiele rechter.

1.7 Onderzoeksopzet en methode

Dit onderzoek volgt de chronologie van het invorderingsproces. Dat wil zeggen dat eerst de effectueringsbeschikkingen (de invorderings- of terugvorderingsbeschikkingen) apart worden onderzocht (hoofdstukken 2 t/m 6). Vervolgens worden de verschillende in- en terugvorderingsbeschikkingen met elkaar vergeleken en wordt onderzocht of één normatief kader wenselijk en haalbaar is (hoofdstuk 7). Daarna wordt ingegaan op (de normering van) besluiten van het bestuursorgaan inzake de verrekening, de kwijtschelding, het verlenen van uitstel van betaling en de invordering van wettelijke rente (hoofdstuk 8). De volgende stap in het invorderingsproces betreft de feitelijke uitvoering: het besluit om aan te manen, het dwangbevel en (eventueel) het executiegeschil bij de civiele kort geding rechter, waarbij de normering en de rechtsbescherming in dat proces worden onderzocht (hoofdstuk 9). Ten slotte worden de twee thematische onderwerpen apart besproken omdat die op meer dan één fase in het invorderingsproces zien: de rol van de derde-belanghebbende in het invorderingsproces (hoofdstuk 10) en de rol van de verjarings- en vervaltermijn (hoofdstuk 11). Aan het einde volgt een slotbeschouwing (hoofdstuk 12).

Dit onderzoek betreft een klassiek juridisch onderzoek. Het zal bestaan uit literatuur en jurisprudentie onderzoek, op basis waarvan de onderzoeksvragen zullen worden beantwoord.

Het literatuuronderzoek bestaat uit het doornemen van de juridische vakliteratuur en andere publicaties verschenen sinds het (ontwerp) van de vierde tranche van de Awb die relevant zijn voor de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties. Ik verwijs naar de literatuurlijst voor een compleet overzicht van alle bij het onderzoek betrokken dissertaties, handboeken, artikelen, preadviezen en andere publicaties. Het betreft circa honderd publicaties. Naast de juridische vakliteratuur zijn ook de niet-juridische rapporten van belangenorganisaties en onafhankelijke organisaties betrokken bij dit onderzoek. Zo hebben de praktijkevaluaties van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders, de Landelijke Organisatie van Sociale Raadslieden en de Nationale Ombudsman een belangrijke rol gespeeld in het onderzoek aangaande de feitelijke invordering door middel van een dwangbevel en de problematiek van de (falende werking van de) beslagvrije voet. Ook publicaties van de Rijksoverheid over de (wijze van) inning van bestuursrechtelijke geldschulden zijn bij dit onderzoek betrokken.

Voor het jurisprudentieonderzoek is gebruik gemaakt van de uitspraken gepubliceerd op www.rechtspraak.nl na 1 juli 2009 (de datum van het van kracht worden van titel 4.4 Awb). Het betreffen in totaal circa 130.313 gepubliceerde uitspraken van de bestuursrechter (peildatum: 1 maart 2018). Van deze uitspraken is gekeken naar de uitspraken die zagen op de sancties die bij dit onderzoek worden betrokken. Voor de volgende sancties zijn alle op www.rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken waarin een invorderings- of terugvorderingsbesluit is getoetst gelezen:

- de invordering van een bestuursrechtelijke dwangsom (1.083 gezocht op *"dwangsom"* en *"invor*"* [32] of *"5:37"*)
- de invordering van de kosten van bestuursdwang (544, gezocht op *"bestuursdwang"* en *"kosten*"* of *"5:25"*);
- de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie (542, gezocht op *"subsidie"* en *"terugvor*"* of *"4:57"* of *"4:95"*).

De uitspraken die zagen op het recht zoals dat gold voor 1 juli 2009 zijn buiten beschouwing gelaten.

Voor de bestuurlijke boete (3.446 gepubliceerde uitspraken sinds 1 juli 2009) en de terugvordering van een Participatiewet uitkering bij wijze van sanctie (en de voorganger: de Wet Werk en Bijstand – gezamenlijk goed voor 14.588 uitspraken sinds 1 juli 2009) is gekozen voor een andere aanpak gelet op de grote aantallen uitspraken. Deze aanpak licht ik verderop toe.

32 De * zoekfunctie zoekt op alle variaties van de zoekopdracht.

Voor de bestuurlijke boete is op www.rechtspraak.nl gezocht naar een combinatie van de termen *"bestuurlijke boete"* en *"invor*"* of *"4:86"* of *"geldschuld"*. Dit leverde 243 uitspraken op. Deze zijn allemaal gelezen.

Ten aanzien van de Participatiewet uitkeringen speelt een rol dat tussen 1 juli 2009 en 1 januari 2015 de Wet Werk en Bijstand van kracht was. Daarna was de Participatiewet van kracht. Daarnaast is relevant dat per 1 januari 2013 in de Wet Werk en Bijstand een terugvorderingsverplichting in de wet is opgenomen. Deze terugvorderingsverplichting is ongewijzigd opgenomen in de Participatiewet. Deze wijziging maakt dat de jurisprudentie ten aanzien van de terugvordering van een bijstandsuitkering op grond van de Wet Werk en Bijstand op grond van het recht zoals dit gold voor 1 januari 2013, voor dit onderzoek van beperkte waarde is. Terugvordering voor die datum was immers nog een discretionaire bevoegdheid, terwijl het thans een gebonden bevoegdheid is. Dat is een hele andere toetsing. Het onderzoek is daarom beperkt tot uitspraken van na 1 januari 2013 betreffende de terugvordering van een uitkering op grond van de Wet Werk en Bijstand of de Participatiewet onder de vigeur van de terugvorderingsplicht. Er is gezocht door middel van de zoektermen "terugvor*" in combinatie met de naam van de wet (Participatiewet, Wet Werk en Bijstand) of de afkorting daarvoor (Pw, WWB). Dit leverde 4.628 uitspraken aangaande de Wet Werk en Bijstand op en 647 ten aanzien van de Participatiewet. Vervolgens is een nadere zoekslag gemaakt door middel van de zoekterm *"dringende reden"* (het criterium in de wet voor wanneer af moet worden gezien van terugvordering) ten einde de zoekresultaten te beperken tot die gevallen waarin ter discussie stond of er geen aanleiding is om toch af te zien van terugvordering. Dit leverde 636 uitspraken op voor de Wet Werk en Bijstand en 136 voor de Participatiewet. Deze zijn allemaal gelezen.

Van de geraadpleegde bestuursrechtelijke uitspraken (in totaal: 3.519) wordt in dit onderzoek uiteindelijk naar 391 gelezen uitspraken verwezen (zie de jurisprudentielijst).

Daarnaast is voor bijzondere onderwerpen ook in de rechtspraak van de civiele rechter gezocht. Bijvoorbeeld ten aanzien van de leer formele rechtskracht (zie onderdeel 2.8) waarbij met name arresten van de Hoge Raad zijn gebruikt. Hierbij is gekozen voor het gericht zoeken op basis van de arresten van de Hoge Raad die in de AB rechtspraak bestuursrecht of de NJ zijn opgenomen. Voor het civiele executiegeschil is gebruik gemaakt van www.rechtspraak.nl en is eenzelfde zoekmethodiek toegepast als hiervoor is geschetst. Daarbij is gezocht naar vonnissen en arresten van de civiele rechter van na 1 juli 2009 waarin de term *"dwangbevel"* voorkwam (715 vonnissen en arresten). De vonnissen en arresten die zien op het fiscale verzet (ex artikel 19 Invorderingswet 1990) of op het verzet zoals dit gold onder het recht voor 1 juli 2009 zijn vervolgens uit de resultaten gefilterd (door middel van de negatieve zoektermen *"verzet"* en *"Invorderingswet"*. Aldus resteerden 225 vonnissen en

arresten die zagen op een executiegeschil (al dan niet gedeeltelijk) gericht tegen een dwangbevel uitgevaardigd door een bestuursorgaan sinds de invoering van titel 4.4 Awb. Deze zijn allemaal gelezen. Van deze vonnissen en arresten wordt verwezen naar 45.

Tot slot zijn een viertal niet-gepubliceerde uitspraken, vonnissen en arresten in het onderzoek betrokken. Bij deze uitspraken was ikzelf of een kantoorgenoot rechtstreeks betrokken en beschikte ik derhalve over de uitspraak, het vonnis of het arrest.

2

2. DE INVORDERING VAN DWANGSOMMEN

2.1 Inleiding

De invordering van een dwangsom leidt vaker wel dan niet tot een procedure bij de bestuursrechter over de vraag of het terecht is dat de dwangsom wordt ingevorderd. Zoals in de evaluatie van de geldschuldenregeling is gesignaleerd[33] lijkt een deel van de omvangrijke jurisprudentie zijn oorzaak te vinden in de laagdrempeligheid van de procedure en een ander deel in het gegeven dat burgers pas in actie lijken te komen tegen de sanctie als het hen daadwerkelijk in de portemonnee dreigt te raken. Hoe dan ook, de bestuursrechter heeft veel ruimte gekregen om zich uit te laten over het besluit om een dwangsom in te vorderen. In dit hoofdstuk bespreek ik het besluit om een dwangsom in te vorderen. Daarbij komen aan de orde hoe dit besluit moet worden gekarakteriseerd en hoe het zich verhoudt tot het besluit tot de oplegging van een last onder dwangsom. Ook de vragen of een dwangsom moet worden ingevorderd en onder welke omstandigheden juist moet worden afgezien van invordering komen hierna aan de orde.

2.2 De last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking[34]

Artikel 5:32, lid 1, Awb bepaalt dat een bestuursorgaan dat bevoegd is om een last onder bestuursdwang op te leggen, in de plaats daarvan een last onder dwangsom kan opleggen, mits (aldus lid 2) het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen zich daar niet tegen verzet. Een last onder dwangsom is volgens artikel 5:31d Awb *"de herstelsanctie, inhoudende: a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en b. de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd."* Bij het besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom dienen ingevolge artikel 5:32a, lid 1, Awb de herstelmaatregelen te worden omschreven en in bepaalde gevallen (lid 2) ook een termijn om de last uit te voeren zonder dat er een dwangsom wordt verbeurd. De dwangsom zelf kan (i) een bedrag ineens, (ii) een bedrag per tijdseenheid of (iii) een bedrag per overtreding behelzen (artikel 5:32b, lid 1, Awb). Daarbij dient het bedrag gemaximeerd te worden (artikel 5:32b, lid 2, Awb). De door het bestuursorgaan gekozen bedragen dienen "*in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden*

33 Zie: W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013).

34 Dit deel van het proefschrift verscheen eerder (gedeeltelijk) in artikelvorm als T.N. Sanders, 'De invorderingsbeschikking – Een analyse van de knelpunten bij de invordering van dwangsommen onder de vierde tranche', NTB 2013/15.

belang en tot de beoogde werking van de dwangsom" te staan (artikel 5:32b, lid 3, Awb). Kortom: een eenvoudig en effectief instrument. Niet voor niets dat Michiels in zijn oratie opmerkte: *"*[z]*o beschikken wij, anders dan veel andere lidstaten, over zoiets moois als de last onder dwangsom."*[35]

Het voert te ver om in het kader van dit proefschrift een uitvoerige analyse van alle modaliteiten van de last onder dwangsom uit te voeren, maar één aspect van het dwangsombesluit verdient wel nadere beschouwing. Het betreft de toetsing van de evenredigheid van de hoogte van de dwangsom aan artikel 5:32b, lid 3, Awb. Immers, de vraag of er sprake is van een reden waarom van invordering moet worden afgezien is in feite ook een evenredigheidstoetsing, maar dan van het besluit om in te vorderen. De aard en omvang van de evenredigheidstoetsing van het dwangsombesluit is daarvoor relevant.

Artikel 5:32b, lid 3, Awb vormt de zogenaamde *lex specialis* bij dwangsommen ten opzichte van de algemene evenredigheidstoets in artikel 3:4 Awb. Artikel 5:32b, lid 3, Awb bepaalt dat de (maximale) dwangsom *"in redelijke verhouding staat tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom."* De standaardoverweging van de bestuursrechter dienaangaande is dat vanwege artikel 5:32b, lid 3, Awb:

> *"*[er bij] *het opleggen van een last onder dwangsom geen aanleiding bestaat voor een indringende toetsing aan de evenredigheidsmaatstaf die in artikel 3:4* [Awb] *besloten ligt, ook niet wat betreft de toetsing van de hoogte van het bedrag waarop de dwangsom is vastgesteld."*[36]

De bestuursrechter toetst de evenredigheid van de hoogte van de dwangsommen bij de lastgeving dus terughoudend,[37] waarbij het bestuursorgaan een ruime beoordelingsmarge krijgt van de bestuursrechter.[38] Het kerncriterium voor de hoogte van de dwangsom is dat de dwangsom wel zijn doel moet kunnen bereiken (herstel van de rechtmatige situatie), maar niet hoger mag zijn dan dat. Dat biedt in de praktijk weinig houvast. Is een dwangsom van € 10.000,- ineens om een illegaal geplaatste schuur af te (doen) breken bijvoorbeeld evenredig? Daarbij is een complicerende factor dat de toepassing van de twee criteria in artikel 5:32b, lid 3, Awb (zwaarte van het geschonden belang en beoogde werking van de dwangsom) tegenstrijdige resultaten lijken op te kunnen leveren. Michiels, Blomberg en Jurgens noemen het

35 F.C.M.A. Michiels, Houdbaar Handhavingsrecht, (Deventer, 2006), p. 11.
36 ABRvS 19 februari 2014, AB 2014/162, m.nt. C.M.M. van Mil.
37 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 227.
38 ABRvS 5 maart 2008, AB 2008/124, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

voorbeeld van een kapitaalkrachtige overtreder die een lichte overtreding pleegt.[39] Het eerste criterium (zwaarte geschonden belang) noopt dan tot een lage dwangsom, het tweede criterium (beoogde werking dwangsom) noopt daarentegen tot een hoge dwangsom: de overtreder kan zich een lage dwangsom immers gemakkelijk veroorloven zodat een lage dwangsom geen werking zal hebben. Michiels, Blomberg en Jurgens lijken in dergelijke gevallen voor te staan dat het tweede criterium dan doorslaggevend is,[40] met welk standpunt ik mij kan verenigen. Voorop dient immers te staan dat handhaving effectief moet kunnen zijn.

Het met de overtreding te behalen financiële voordeel mag worden betrokken bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom,[41] maar niet het met de overtreding reeds behaalde voordeel.[42] Wat verder ook geen rol mag spelen bij het bepalen van de hoogte van de bedragen is de draagkracht van de overtreder, zo oordeelden zowel de ABRvS als het CBb.[43] Michiels, Blomberg en Jurgens wijzen er op dat dit niet in overeenstemming is met de wetsgeschiedenis,[44] maar dat zij dit oordeel onderschrijven.[45] Draagkracht past volgens hen niet goed bij het karakter van de last onder dwangsom als herstelsanctie, terwijl draagkracht volgens hen wel aan de orde kan komen bij de invordering in het kader van de bijzondere omstandigheden. Verweij betoogt in haar proefschrift daarentegen dat draagkracht juist wel een rol zou moeten spelen bij de oplegging, vanwege het feit dat het anders niet goed mogelijk is om te bepalen of de sanctie evenredig is.[46]

Ik onderschrijf het standpunt van Michiels, Blomberg en Jurgens dat beperkte draagkracht geen rol zou moeten spelen bij de oplegging van een last onder dwangsom. In dat kader sluit ik mij ook aan bij het betoog van Michiels in zijn (instemmende) annotatie bij de uitspraak van de ABRvS van 10 mei 2006, waarin de ABRvS oordeelde dat draagkracht niet relevant was bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom. Daarin merkt hij op:

39 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 91.
40 Ibidem.
41 ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5884.
42 ABRvS 13 maart 2001, JB 2001/95, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
43 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 10 mei 2006, AB 2006/230, m.nt. F.C.M.A. Michiels en CBb 20 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:104.
44 Kamerstukken II 1989/90, 21 088, nr. 6, p. 5–6, waarin de Minister in reactie op een vraag uit de TK uiteenzet dat en waarom de draagkracht van de overtreder een factor is die meeweegt bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom.
45 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 92. Zie ook de noot van Michiels bij ABRvS 10 mei 2006, AB 2006/230 waarin hij betoogde: "Ik vind de opvatting van de ABRvS in elk geval praktisch (organen hoeven zich bijvoorbeeld niet te verdiepen in de vermogenspositie en de omzet van bedrijven als zij een dwangsom willen opleggen) en ook principieel zeker aanvaardbaar."
46 J.H. Verweij, De bestuurlijke dwangsom, (diss.), (Deventer, 1997), p. 184.

> *"het draagkrachtprincipe past niet goed bij een herstelsanctie. Men laat de kosten van bestuursdwang toch ook niet in sommige gevallen deels onverhaald omdat de overtreder wat krapper bij kas zit?"*[47]

De vraag of iemand de herstelsanctie wel of niet kan dragen is voor de oplegging daarvan mijns inziens niet relevant. De oplegging van de sanctie beoogt immers enkel het herstellen van de rechtmatige situatie. Daar doen de omstandigheden van de overtreder er simpelweg niet toe. Bij een illegaal geplaatst bouwwerk doet het er niet toe waarom dat bouwwerk er is geplaatst en wat de omstandigheden van de overtreder zijn, het bouwwerk moet gewoon verwijderd worden. Daarmee is niet te verenigen dat een bouwwerk kan blijven staan omdat een overtreder niet (financieel) bij machte is om het zelf te verwijderen (terzijde: dat is natuurlijk wel een reden om geen last onder dwangsom, maar een last onder bestuursdwang op te leggen). Het betrekken van draagkracht doet dan ook afbreuk aan de kracht van het instrument. Dat draagkracht geen rol speelt bij de oplegging van een last onder dwangsom acht ik verder ook te rechtvaardigen vanuit de gedachte dat het doel van de last is om de overtreder de overtreding zelf op te laten heffen. Bij een last onder dwangsom is het immers niet de bedoeling dat de overtreder ooit daadwerkelijk een dwangsom moet betalen. De overtreder moet de last uitvoeren en kan verbeurte op die manier voorkomen. In zoverre is het bij het opleggen van een last onder dwangsom niet wenselijk of nodig om te toetsen of een overtreder onvoldoende draagkrachtig is.

De vraag kan nog gesteld worden waarom beperkte draagkracht niet relevant wordt geacht bij de beoordeling van een last onder dwangsom, terwijl wel impliciet rekening lijkt te worden gehouden met de draagkracht van een overtreder in het kader van de 'beoogde werking' van de dwangsom – artikel 5:32b, lid 3, Awb. In het kader van de beoogde werking is namelijk relevant of de overtreder kapitaalkrachtig is, in welk geval een hogere dwangsom aangewezen is. Als de vraag of iemand kapitaalkrachtig is relevant is voor het bepalen van de hoogte van de dwangsom, waarom zou het feit dat iemand niet kapitaalkrachtig is dan niet relevant kunnen zijn? Het antwoord op die vraag is mijns inziens gelegen in het feit dat de 'beoogde werking' als bedoeld in artikel 5:32b, lid 3, Awb ziet op de beoogde *afschrikwekkende* werking van een dwangsom. Een te lage dwangsom (in verhouding tot de draagkracht van de overtreder) is niet afschrikwekkend en heeft dus geen effect. Een te hoge dwangsom (in verhouding tot de draagkracht van de overtreder) is daarentegen wel afschrikwekkend en heeft dus wél effect. Een 'te hoge' dwangsom (bezien vanuit de draagkracht van de overtreder) voldoet dus gewoon aan artikel 5:32b, lid 3, Awb, een 'te lage' niet. In zoverre is mijns inziens goed verklaarbaar dat een (gebrek aan) draagkracht niet relevant is voor de toetsing van de evenredigheid van de last onder dwangsom.

47 ABRvS 10 mei 2006, AB 2006/230, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

Er is discussie mogelijk over de juistheid van het buiten beschouwing laten van de draagkracht van de overtreder in het kader van de dwangsomoplegging. Het is echter van belang om te constateren dat de huidige stand van zaken in de jurisprudentie is dat de beperkte draagkracht van de overtreder geen rol speelt in het kader van de beoordeling van de evenredigheid van de vastgestelde dwangsombedragen.

Een andere discussie is de vraag in hoeverre de verwijtbaarheid van de overtreding een rol mag spelen bij de oplegging van de last onder dwangsom. Met andere woorden, als de overtreder zelf geen weet had van de overtreding, of geen verwijt kan worden gemaakt voor het ontstaan van de overtreding, kan dat relevant zijn in het kader van de oplegging van de last onder dwangsom? Michiels, Blomberg en Jurgens menen van niet:

> *"*[O]*ok als de illegale situatie niet verwijtbaar en/of bewust is geschapen, is herstel (in beginsel) mogelijk en nodig."*[48]

Daarbij merken zij wel op dat verwijtbaarheid op de achtergrond wel een rol kan spelen bij de vormgeving en uitvoering van de sanctie. Zij geven daarbij het voorbeeld dat als iemand per ongeluk een overtreding begaat, er wellicht wat meer tijd moet worden gegund voor het opheffen.[49]

Ik onderschrijf het standpunt van Michiels, Blomberg en Jurgens dat verwijtbaarheid niet relevant is voor de evenredigheid van de last onder dwangsom. Het betrekken van de (mate van) verwijtbaarheid, net als het betrekken van draagkracht, verdraagt zich mijns inziens niet goed met het karakter van een herstelsanctie. Het enige dat wordt verlangd is herstel in de rechtmatige toestand. Daarmee is het meewegen van de verwijtbaarheid niet goed te verenigen. Als het doel niet is om de overtreder te bestraffen en de overtreder de uitvoering van de sanctie nog kan voorkomen door de last uit te voeren, wat maakt het dan uit of iemand de overtreding bewust of onbewust begaat? Het gaat er alleen maar om dat de overtreding ongedaan wordt gemaakt. Anders dan Michiels, Blomberg en Jurgens meen ik overigens dat verwijtbaarheid geen rol zou moeten spelen bij het bepalen van de vormgeving van de herstelsanctie. Waarom is het relevant dat de eigenaar niet kon weten dat zijn bouwwerk zonder vergunning is gebouwd door de vorige eigenaar? De nieuwe eigenaar moet toch net zo goed het bouwwerk afbreken? En voor wat betreft de modaliteiten, zoals de begunstigingstermijn, lijkt het mij dat die begunstigingstermijn enkel kan zien op hoeveel tijd die men redelijkerwijs nodig heeft om het bouwwerk af te breken. Een verwijtbare overtreder heeft toch niet minder tijd nodig dan een overtreder die geen verwijt kan worden gemaakt? Mijns inziens zou verwijtbaarheid dus ook niet op

48 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 58.
49 Ibidem.

de achtergrond een rol moeten spelen. De praktijk wijst overigens wel uit dat de mate waarin een overtreder een verwijt kan worden gemaakt wel degelijk een rol speelt bij de vraag óf het bestuursorgaan handhavend optreedt (als er geen derdebelanghebbende is) en hoe het dat dan doet – maar strikt juridisch gezien zou het volgens mij geen rol moeten spelen.

Als eenmaal een last onder dwangsom is opgelegd, kan de overtreder een dwangsom verbeuren als hij niet (tijdig) gevolg geeft aan de last. De systematiek van de invordering van verbeurde dwangsommen onder de vierde tranche is als volgt. De overtreder verbeurt een dwangsom van rechtswege op het moment dat deze de last overtreedt. Vanaf dit moment is de dwangsom verschuldigd en dient deze binnen zes weken te worden voldaan (artikel 5:33 Awb). Het bestuursorgaan stuurt na constatering van de verbeurte meestal een buitenwettelijke '*bestuurlijke incassobrief*' (ook wel een 'verbeurtebrief' genoemd). In de bestuurlijke incassobrief wordt geconstateerd dat de last is overtreden, dat er derhalve een bedrag is verschuldigd en wat de termijn is waarbinnen betaald moet worden. De bestuurlijke incassobrief is volgens zowel de ABRvS als het CBb niet een besluit in de zin van de Awb.[50] Sorteert de bestuurlijke incassobrief geen effect dan gaat het bestuursorgaan over tot de invordering van het bedrag. Het bestuursorgaan neemt dan op grond van artikel 5:37 Awb een invorderingsbeschikking. Deze invorderingsbeschikking behelst een gemotiveerde beslissing omtrent de invordering van de verbeurde dwangsommen waarbij een oordeel wordt gegeven over de vraag of er dwangsommen zijn verbeurd en zo ja, in hoeverre de dwangsommen zullen worden ingevorderd. De wetgever merkt op dat de invorderingsbeschikking een declaratoir karakter heeft gelet op het door de overtreder van rechtswege verbeuren van de dwangsommen.[51] Nadat het bestuursorgaan de invorderingsbeschikking heeft genomen dient het vervolgens een (niet-appellabele) aanmaning te versturen op grond van artikel 4:112 Awb, waarin de schuldenaar een termijn van twee weken wordt gegeven om te betalen en wordt gewaarschuwd dat als hij niet (tijdig) betaalt, de dwangsom op zijn kosten kan worden ingevorderd. Pas indien de schuldenaar niet betaalt binnen de in de aanmaning gegeven termijn, kan het bestuursorgaan overgaan tot het uitvaardigen van een dwangbevel op grond van artikel 4:117 Awb. Tegen (de executie van) een dwangbevel kan een schuldenaar wel nog een executiegeschil in de zin van artikel 438 Rv aanhangig maken, maar in dat geschil kan slechts de feitelijke uitvoering van het dwangbevel aan de orde komen.[52]

Met de invorderingsbeschikking heeft de wetgever beoogd om de beoordeling van de beslissing om over te gaan tot invordering in het domein van de bestuursrechter

50 Zie: ABRvS 19 september 2012, AB 2012/399, m.nt. T.N. Sanders en CBb 18 januari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3253.

51 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 101.

52 Ibid, p. 102.

te brengen.[53] Door in artikel 4:117 Awb wel nog de mogelijkheid van een dwangbevel ter invordering van een geldschuld als sluitstuk van de invordering in stand te laten heeft de wetgever bedoeld om de bevoegdheid en de kennis van de civiele rechter ten aanzien van het executiegeschil te behouden.[54] Hiermee is er volgens de wetgever een juister onderscheid gekomen ten aanzien van de bevoegdheden van de bestuursrechter en de civiele verzetsrechter bij de invordering van de dwangsom. De bestuursrechter kan zich nu buigen over bij uitstek bestuursrechtelijke vragen (de rechtmatigheid van de publiekrechtelijke handelingen van een bestuursorgaan) en de civiele rechter over de bij uitstek civielrechtelijke vragen (executie vraagstukken) – aldus de wetgever.[55]

2.3 Het rechtskarakter van de last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking[56]

De last onder dwangsom is in artikel 5:31d Awb gedefinieerd als een herstelsanctie. Volgens de definitie strekt de last onder dwangsom ertoe om een overtreding geheel of gedeeltelijk te doen herstellen of de (herhaling van de) overtreding te voorkomen. Herstelt of voorkomt de overtreder de overtreding niet, dan verbeurt hij de dwangsom. De consensus over de last onder dwangsom in de literatuur lijkt te zijn dat de last onder dwangsom een reparatoir karakter heeft.[57] Ook in de (bestuurs-)rechtspraak is de consensus dat een last onder dwangsom geen leedtoevoeging beoogt, maar slechts het herstellen van de rechtmatige toestand en het voorkomen van de (verdere) overtreding tot doel heeft.[58] In zoverre is de stand van het recht duidelijk en is de last onder dwangsom te karakteriseren als een reparatoire sanctie. Datzelfde geldt ook voor de invordering van de dwangsom. Zo overweegt de ABRvS:

> *"4.2. Over het betoog van* [appellant] *dat de last onder dwangsom – en daarmee ook het besluit tot invordering van de dwangsom – een punitief karakter heeft waarop artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) betrekking heeft, overweegt de Afdeling het volgende. Het algemeen bestuur heeft bij het opleggen van bestuursrechtelijke handhavingsmaatregelen een eigen, niet van de met de*

53 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 102.

54 Ibid, p. 101.

55 Ibidem.

56 Dit deel van het proefschrift verscheen eerder in artikelvorm als T.N. Sanders, 'De invorderingsbeschikking – Een analyse van de knelpunten bij de invordering van dwangsommen onder de vierde tranche', NTB 2013/15.

57 Zie de literatuur genoemd in: F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht (Deventer, 2016), p. 290.

58 CBb 4 september 2003, AB 2004/14, m.nt. I.C. Vlies, ABRvS 19 september 1996, AB 1996/311, m.nt. P.J.J. van Buuren, Gst. 1997-7046/2 m.nt. E. Brederveld. ABRvS 24 december 2003, AB 2004/117, m.nt. F.C.M.A. Michiels, JB 2004/84, m.nt. C.L.G.F.H. Albers en HR 20 maart 2007, AB 2007/249, m.nt. A.B. Blomberg.

strafvervolging en strafoplegging belaste organen afhankelijke verantwoordelijkheid. De last onder dwangsom is een reparatoire sanctie en de verbeurte van de dwangsom had door [appellant] *kunnen worden voorkomen door zich te houden aan het bij of krachtens de wet bepaalde, terwijl een strafrechtelijke procedure kan leiden tot een punitieve sanctie die is bedoeld om leed toe te brengen na het plegen van een strafbaar feit. De dwangsom is – na het niet voldoen aan de last – van rechtswege verbeurd en de invordering van de dwangsom is niet bedoeld om leed toe te brengen na het overtreden van de last. Er bestaat onvoldoende aanleiding voor het oordeel dat de invordering van de dwangsom louter op basis van de hoogte van de dwangsom is aan te merken als een punitieve sanctie waarop artikel 6 van het EVRM betrekking heeft."*[59]

Uit de strafrechtspraak blijkt echter dat er ook anders over gedacht kan worden. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde bijvoorbeeld dat een dwangsom wel een punitief karakter heeft en in de weg staat aan verdere strafvervolging vanwege dezelfde overtreding:

"Voorts overweegt het hof dat het van oordeel is dat er een sterke gelijkenis bestaat tussen de strafrechtelijke vervolging voor overtreding van artikel 76 WPV en de procedure die leidt tot het verbeuren van een last onder dwangsom. Immers, de procedure die leidt tot het verbeuren van een last onder dwangsom enerzijds en de strafrechtelijke vervolging anderzijds vinden hun oorsprong in 'hetzelfde feit'. De aan de verdachte verweten gedraging is immers identiek, te weten overtreding van artikel 76 WPV, terwijl de beschermde rechtsgoederen in hoge mate vergelijkbaar zijn, te weten (kort gezegd) de bescherming van de ordening van het beroepspersonenvervoer. Daarnaast geldt dat voor de verdachte de gevolgen van het verbeuren van een dwangsom en de van het instellen van een strafvervolging te verwachten strafrechtelijke sancties in hoge mate overeenkomen, nu beide voor de verdachte kunnen leiden tot een oplegging van een wezenlijke betalingsverplichting.

Het hof is daarom van oordeel dat in het onderhavige geval de strafvervolging van verdachte ter zake van overtreding van artikel 76 WPV in strijd is met de beginselen van een goede procesorde, nu verdachte op grond van datzelfde feit een dwangsom heeft verbeurd. Aldus is er naar het oordeel van het hof sprake van schending van het beginsel dat iemand niet twee maal kan worden vervolgd en bestraft voor het begaan van hetzelfde feit, [...]*."*[60]

59 ABRvS 31 mei 2017, Gst. 2017/148, C.M.M. van Mil.

60 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:349, welk oordeel overigens in tegenspraak is met de rechtspraak van de Hoge Raad: HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078.

Men kan dus vraagtekens zetten bij de karakterisering van een last onder dwangsom en de invordering daarvan als reparatoire sanctie. Immers, een dwangsom lijkt – naar zijn uiterlijke verschijningsvorm – toch wel erg veel op een boete.[61] Beiden sanctioneren de overtreding van een norm met een geldbedrag. Het enige verschil is dat de last onder dwangsom een overtreder eerst de kans geeft om de overtreding te beëindigen of voorkomen voordat hij een dwangsom is verschuldigd, terwijl bij een bestuurlijke boete die kans niet wordt gegeven. In zoverre zou men bij een last onder dwangsom ook kunnen spreken van een voorwaardelijke boete. Onder meer Heinen,[62] Addink, van Dijk en Sluijs[63] alsook Alders[64] hebben in het verleden ook betoogd dat de last onder dwangsom onder het bereik van artikel 6 EVRM zou kunnen vallen. Van Buuren, Jurgens en Michiels,[65] Van Angeren,[66] Verweij,[67] zijn daarentegen van oordeel dat het herstellend oogmerk van de sanctie doorslaggevend is en dat de last onder dwangsom als reparatoir gekarakteriseerd dient te worden. Het EHRM heeft zich overigens nog niet over dit vraagstuk uitgelaten. Ik sluit mij echter aan bij de auteurs die betogen dat de last onder dwangsom een reparatoir karakter heeft. Doorslaggevend acht ik daarbij het gegeven dat de overheid de overtreder niet voor een reeds begane overtreding bestraft, doch enkel de overtreder wenst te bewegen de overtreding te beëindigen (of niet nogmaals te plegen). Het leedtoevoegend oogmerk ontbreekt mijns inziens dan ook.

De vraag is echter of ook de invordering een reparatoir karakter heeft. Immers, op het moment dat de dwangsom wordt verbeurd is de overtreding van de last al begaan en onherstelbaar. Denk bijvoorbeeld aan een last onder dwangsom die inhoudt dat een discotheek de geluidsnormen niet mag overschrijden. De overtreding van de last kan niet worden hersteld. Wel kan in dat geval worden betoogd dat de invordering strekt tot herstel in zoverre dat het doel is om de overtreder te bewegen de *volgende* overtreding niet te begaan.[68] Maar wat als de overtreding definitief is beëindigd? Bijvoorbeeld dat de discotheek is gesloten en het gebouw verkocht aan een ander? Verdere overtreding van de geluidsnormen zal dan niet

61 P.J.J. van Buuren, 'Samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties en van bestuursrechtelijke sancties onderling', NJB 1992/41, p. 1347 en L.J.J. Rogier, Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel, (Arnhem, 1992) p. 128.

62 P.C.M. Heinen, Bestuursrechtelijke handhaving van het milieurecht en bewijs, Gst. 1991/6919.

63 G.H. Addink, G.R.M. van Dijk en M.J. Sluijs, 'Besturen met dwangsommen, een bestuurlijke dwangsom in de Wabm', Bestuur 1990/1, p. 18 en G.H. Addink en M.J. Sluijs, 'De algemene wet bestuursrecht op scherp', NTB 1992, p. 41.

64 E. Alders, 'Aanzet voor een ander milieuhandhavingsrecht', NJB 1992/3, p. 94-95.

65 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 19.

66 J.R. van Angeren, 'De last onder dwangsom', in: D.R. Doornenbos en M.J.C. Somsen (Eds.), Onderneming en sanctierecht: Handhaving van financieel toezichtrecht, in het bijzonder onder de Wft en Pw. Serie Onderneming en Recht no. 76, (Deventer, 2013), p. 192-193.

67 J.H. Verweij, De bestuurlijke dwangsom, (diss.), (Deventer, 1997), p. 86-89.

68 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 290.

meer gebeuren, dus de invordering van de dwangsom kan niet tot enig (verder) herstel leiden – zo zou men kunnen betogen.[69] De vergelijking met een bestuurlijke boete is in de invorderingsfase in dit soort gevallen al snel gemaakt.[70]

2.3.1 De literatuur: invordering nooit punitief

Verweij stelt in haar proefschrift voorop dat het financiële nadeel dat de invordering voor de overtreder heeft, op zichzelf niet kan leiden tot de conclusie dat de dwangsom punitief is. Anders zou immers elke geldschuld die wordt opgeëist als punitief kunnen worden gekwalificeerd.[71] Verweij concludeert dat de invordering van een dwangsom niet punitief van aard kan zijn. De redenen daarvoor zijn ten eerste dat de invordering geen zelfstandig karakter zou hebben ("[d]*e invordering kan geen ander doel hebben dan de oplegging van de dwangsom en is reeds daarom niet bestraffend"*[72]*)* en ten tweede dat "*het ontbreken van een reparatoire of dwingende functie bij het innen van een verbeurde dwangsom niet kan leiden tot de gevolgtrekking dat de invordering dus punitief of vergeldend is*".[73] Ook Michiels verdedigt de opvatting dat de invordering van een dwangsom vanwege zijn afhankelijke karakter in feite niet meer is dan de uitvoering van de eerdere dwangsombeschikking en reeds daarom zijn karakter deelt.[74] Blomberg en Michiels betogen eveneens dat "*de invordering niet los kan worden gezien van de oplegging en dat de dwangsom om die reden een reparatoire sanctie (ook in die fase) is*".[75]

Van Buuren, Jurgens en Michiels wijzen er echter op dat omdat de dwangsom van rechtswege verbeurt, het bestuursorgaan geen invloed heeft op het verschuldigd zijn van de dwangsom. Als het bestuursorgaan de dwangsom daarna opeist, zou het om die reden ook geen sanctie betreffen ("[a]*ls het bestuursorgaan de verbeurde dwangsommen gaat opeisen, treft het geen sanctie*").[76] In deze visie eist het bestuur simpelweg op wat rechtens aan hem toekomt. Enigszins verwarrend daarbij is wel dat Van Buuren, Jurgens en Michiels vervolgens betogen dat dit opeisen geen punitief karakter heeft.[77] Als het opeisen echter in het geheel geen sanctie is,

69 Zie ook: P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 222, die een (reeds verwijderd) illegaal bouwwerk tot uitgangspunt nemen voor dit voorbeeld.

70 J.H. Verweij, De bestuurlijke dwangsom, (diss.), (Deventer, 1997), p. 92.

71 Ibidem.

72 J.H. Verweij, De bestuurlijke dwangsom, (diss.), (Deventer, 1997), p. 98.

73 Ibid, p. 92.

74 F.C.M.A. Michiels, De boete in opmars, (oratie, Amsterdam VU) 1994.

75 A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, Handhaven met effect, (Den Haag, 1997), p. 77.

76 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 20.

77 Ibidem.

dan lijkt het mij niet nodig om de vraag te beantwoorden of de invordering een punitief karakter heeft. Ik lees het betoog van Van Buuren, Jurgens en Michiels dan ook zo dat met de zinsnede "[a]*ls het bestuursorgaan de verbeurde dwangsommen gaat opeisen, treft het geen sanctie*" is bedoeld: 'treft het geen nieuwe/aparte sanctie'. Met andere woorden: de invordering is integraal onderdeel van de sanctie zijnde de last onder dwangsom.

Rogier betoogt daarentegen dat de invordering van een dwangsom een "*mede retributief karakter*" heeft.[78] Ook Addink, Van Dijk en Sluijs menen dat het invorderen van een dwangsom een strafkarakter heeft. Zij betogen dat de dwangsom een straf is die wordt opgelegd op het moment dat de last niet wordt uitgevoerd.[79] Hazewindus betoogt ook dat het vaststellen dat een dwangsom is verbeurd en zal worden ingevorderd een punitief karakter heeft omdat de invordering niets verandert aan de illegale situatie.[80]

De wetgever spreekt zich hierover niet uit in de Awb, of de parlementaire geschiedenis, maar lijkt ervanuit te gaan dat invordering van een dwangsom ook reparatoir van aard is. Daarbij merkt de wetgever op dat: "*de inning weliswaar niet rechtstreeks strekt tot het voorkomen of ongedaan maken van overtredingen, maar dat zij daarin niet verschilt van de oplegging. Beide zijn indirecte dwangmiddelen, die hun betekenis vooral ontlenen aan hun preventieve werking*."[81]

Kortom: in de literatuur is er de nodige discussie over de vraag of de invordering van een dwangsom een ander karakter heeft dan het dwangsombesluit. De wetgever merkt daarover op dat het reparatoire karakter van een dwangsombesluit weliswaar "*onomstreden*" is en dat de tendens lijkt te zijn dat ook de invordering reparatoir is, maar dat er wel twijfels zijn over of de invordering van een dwangsom toch niet een punitief karakter heeft.[82]

2.3.2 Invordering onder omstandigheden toch punitief?

Vooropgesteld, met Van Buuren, Jurgens en Michiels meen ik dat de invordering in ieder geval als (een deel van) een sanctie moet worden gezien.

78 L.J.J. Rogier, Strafsancties, administratieve sancties en het una via beginsel, (diss.), (Arnhem, 1992), p. 128.

79 G.H. Addink, G.R.M. van Dijk en M.J. Sluijs, 'Besturen met dwangsommen, een bestuurlijke dwangsom in de Wabm', Bestuur 1990/1, p. 18 en G.H. Addink en M.J. Sluijs, 'De algemene wet bestuursrecht op scherp', NTB 1992, p. 41.

80 W.G.A. Hazewindus, 'De administratieve dwangsom', NJB 1992/33, pp. 1068-1072 en W.G.A. Hazewindus, Administratieve sancties en vreemdelingenrecht (diss.), (Arnhem, 1994), p. 85.

81 Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 132.

82 Ibid, p. 133.

Met Verweij, Van Buuren, Jurgens, Michiels en Blomberg meen ik verder dat gelet op het reparatoire karakter van het dwangsombesluit en de afhankelijkheid van de invordering van het dwangsombesluit, het invorderingsbesluit in beginsel eveneens een reparatoir karakter heeft. Zoals ik eerder betoogde vormen het dwangsombesluit en het invorderingsbesluit tezamen 'de sanctie' zodat zij daarom ook in beginsel hetzelfde reparatoire karakter hebben. Ik meen echter dat het onder omstandigheden wel mogelijk is dat het invorderingsbesluit een punitief karakter krijgt.

Naar mijn mening is bepalend voor de vraag of invordering in een bepaald geval toch als punitief moet worden gekenmerkt, de vraag of nog in redelijkheid kan worden betoogd dat in het specifieke geval nog een herstellende werking van de invordering uitgaat. Met Verweij meen ik verder dat (de hoogte van) het financiële nadeel voor de overtreder op zich niet relevant is voor de vraag of de invordering een punitief karakter kan hebben in bepaalde omstandigheden. Het gaat enkel om de vraag of van de invordering een herstellende werking uit kan gaan. Daarbij merk ik op dat ik ook het voorkomen van een nieuwe overtreding herstellend acht. In verreweg de meeste gevallen heeft de invordering van een dwangsom mijns inziens dus een herstellende werking. Toch zijn er in mijn visie gevallen denkbaar waar de invordering van de dwangsom redelijkerwijs geen herstellende werking meer heeft of kan hebben. Het alsnog kwalificeren van het invorderingsbesluit als herstellend is dan een drogreden die voornamelijk ten doel lijkt te hebben de zaken voor het bestuursorgaan en de bestuursrechter niet al te ingewikkeld te maken en de overtreder 'er niet mee weg te laten komen'.

Het zal niet snel voor komen dat er geen enkele herstellende werking meer van een invorderingsbesluit uit kan gaan. Dat komt omdat het herstel er ook in kan zijn gelegen dat een *volgende* overtreding wordt voorkomen. Denk bijvoorbeeld aan een discotheek die de muziek te hard aan heeft. De invordering van een dwangsom voor de overtreding op de afgelopen vrijdagavond kan voorkomen dat de horecaonderneming de volgende vrijdagavond de muziek weer te hard zet.

De grens van wat redelijkerwijs nog herstellend moet worden geacht stel ik echter bij de situatie dat het objectief gezien ondenkbaar is dat dezelfde overtreding ooit nog zal kunnen worden begaan door de overtreder. Het enige argument dat dan nog pleit voor invordering, is dat het niet-invorderen afdoet aan de kracht van het dwangsombesluit ten opzichte van *andere* overtreders en gevallen. Het argument dat de dwangsom ook dan moet worden ingevorderd is dan – kort gezegd – dat invordering noodzakelijk is omdat anders "*het instrument van de dwangsom zijn betekenis, althans zijn scherpte, zou verliezen*".[83] Dat argument vind ik echter niet voldoende overtuigend. *Generale preventie* ('een voorbeeld stellen') is immers nu

83 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 20.

juist een kenmerk van *punitieve* sancties. Reparatoire sancties zijn daarvoor niet bedoeld – die zijn enkel bedoeld om het herstel van de rechtmatige toestand te bewerkstelligen.

Een voorbeeld kan mijn betoog verduidelijken. Een eigenaar van een rijksmonument verbouwt zonder omgevingsvergunning het monument waarbij de monumentale waarden worden aangetast. Het bevoegd gezag treedt handhavend op en legt een last onder dwangsom op. De eigenaar voldoet niet (tijdig) aan de lastgeving en verbeurt de dwangsom van rechtswege. Voor de invordering slaat er bliksem in waardoor het rijksmonument afbrandt en onherstelbaar wordt beschadigd. Het rijksmonument zal moeten worden gesloopt. De eigenaar verkoopt het afgebrande pand aan een ontwikkelaar die zal gaan slopen en nieuwbouwen. De verbeurde dwangsom wordt hierna ingevorderd bij de (voormalig) eigenaar.

Het rechtsgevoel van de gemiddelde jurist dicteert in deze situatie dat 'wie zijn billen brand, op de blaren moet zitten'. De eigenaar had gewoon tijdig aan de last moeten voldoen. Dat hij dat niet heeft gedaan is zijn eigen schuld. De dwangsom zal dus gewoon moeten worden betaald. Bovendien, als die eigenaar niet wordt gedwongen om de dwangsom te betalen, dan zal de buurman misschien de volgende keer denken 'zo'n vaart zal het niet lopen' en geen gevolg geven aan de last. Dat kunnen we natuurlijk niet hebben!

Hoewel dit valide argumenten zijn vanuit de gedachte dat het bestuur consequent moet zijn en opgelegde sancties moet effectueren omdat de sanctie anders een papieren tijger wordt, zijn dat volgens mij geen valide argumenten voor het betoog dat er nog een herstellend karakter aan de invordering kan worden toegedicht. Ik zie niet in dat de invordering in zo'n geval strekt "*tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding*" (artikel 5:2, lid 1, onder b, Awb). Het rijksmonument is er niet meer, wat kan er dan nog hersteld worden? Het is niet alsof er ten aanzien van dit rijksmonument nogmaals zonder vergunning kan worden gebouwd. Er zijn volgens mij dus situaties denkbaar waarin er gewoon niets te herstellen valt en dat enkel het belang van de bestraffing om anderen af te schrikken overblijft. Mijn conclusie is daarom dat invordering onder bepaalde omstandigheden toch punitief kan zijn.

Ik zal de eerste zijn die toegeeft dat slechts in uitzonderlijke situaties de invordering geen herstellend karakter meer zal kunnen hebben en dus punitief moet worden geacht. In het voornoemde voorbeeld is het herstellende karakter van de invordering er in mijn ogen wel weer als wordt vastgesteld dat het rijksmonument gewoon in ere kan worden hersteld. Dan kan men nog betogen dat de invordering ertoe strekt de eigenaar te bewegen om bij het herstellen het rijksmonument volledig in de oude

staat te herstellen en niet opnieuw zonder vergunning te verbouwen. Ook bij de eerder genoemde discotheek eigenaar die zijn discotheek heeft gesloten kan de herstellende werking ondanks sluiting van de discotheek er nog zijn als het dwangsombesluit zaaksgebonden werking heeft (artikel 5.18 Wabo).

De keerzijde van het aannemen van een punitief karakter bij invordering is dat als er geen herstellende werking meer kan worden aangenomen het mogelijk wordt dat een overtreder 'weg komt' met een overtreding van de last en zo het gezag van de last feitelijk ondermijnt. Immers, het bestuursorgaan heeft de bevoegdheid om een herstelsanctie op te leggen en te effectueren, maar niet de bevoegdheid om een herstelsanctie op te leggen en vervolgens een punitieve sanctie te effectueren. Bovendien wijst een punitieve sanctie ook op een onevenredige uitkomst bij invordering (hetgeen een bijzondere omstandigheid kan opleveren – zie onderdeel 2.6.6, criterium 2b). Het gevolg van het beletten van de invordering vanwege het punitieve karakter daarvan is dat de overtreder de dans ontspringt Ik zou echter menen dat dit een aanvaardbaar gevolg is. Het doel van de sanctie: het beëindigen van de overtreding, is dan immers gewoon bereikt. Tegen een opvolgend eigenaar of uitbater kan dan zo nodig opnieuw worden opgetreden.

Anders dan Verweij, Van Buuren, Jurgens, Michiels en Blomberg – die allen betogen dat de invordering altijd reparatoir is – meen ik daarom dat de invordering van een dwangsom weliswaar doorgaans reparatoir zal zijn, maar afhankelijk van de omstandigheden toch punitief kan zijn. De vraag of invordering reparatoir of punitief is, zal naar mijn mening moeten worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, waarbij leidend is de vraag of het oogmerk van de invordering nog redelijkerwijs kan worden geacht een herstellend karakter te hebben.

De voorgaande discussie heeft – naar de huidige stand van het recht – overigens een enigszins theoretisch karakter. De stand van de jurisprudentie is op dit moment duidelijk in zoverre dat invordering van een dwangsom (door de hoogste rechters) nog nooit een punitief karakter is toegedicht. Zelfs in de situatie dat objectief vast te stellen is dat er buiten de generale preventieve werking van het beginsel dat verbeurde dwangsommen ingevorderd moeten worden, geen belang meer is bij invordering, wordt er geen punitief karakter aan de invordering toegedicht.[84] Ik betoog echter dat het wel mogelijk moet zijn dat bij de invordering van dwangsommen de sanctie van 'kleur verschiet' in de invorderingsfase en dus een ander karakter heeft dan het sanctiebesluit. Het gevolg daarvan is dan in beginsel dat

84 Zie bijvoorbeeld ABRvS 1 juni 2015, AB 2015/362, m.nt. T.N. Sanders waarin een dwangsom die was verbeurd nadat een overtreder zijn woning had verkocht, toch kon worden ingevorderd.

het invorderingsbesluit moet worden vernietigd: het bestuursorgaan is immers enkel bevoegd om (bij een last onder dwangsom) een reparatoire sanctie op te leggen en te effectueren, niet een punitieve sanctie.

2.3.3 Wanneer is iets een invorderingsbeschikking?

Eén van de knelpunten in de praktijk ten aanzien van de invordering van dwangsommen is het door belanghebbenden onvoldoende kunnen identificeren van de invorderingsbeschikking. Er zijn in de praktijk namelijk nogal wat (soortgelijke) brieven die vanuit het bestuursorgaan naar een overtreder worden verstuurd in een handhavings- en invorderingstraject. Daardoor is het niet altijd duidelijk of de ontvangen brief een besluit is en daarmee of er bezwaar en beroep open staat. Dat voldoet niet aan mijn toetsingscriterium praktisch (zie onderdeel 1.2), want door die onduidelijkheid is het ook niet eenvoudig voor de burger om vast te stellen of hij nu wel of niet in rechte moet opkomen tegen een schrijven van de overheid. Wanneer is een rekening afkomstig van een bestuursorgaan een invorderingsbeschikking en wanneer is het een bestuurlijke incassobrief of een aanmaning? Om een helder antwoord te kunnen geven op deze praktische vraag is het noodzakelijk om de wetenschappelijke discussie over de rechtskarakters van de verschillende brieven te bespreken. Eerst zal ik de rechtskarakters van de momenten in het invorderingstraject schetsen zoals deze volgens mij kunnen worden onderscheiden. Daarna zal ik de discussiepunten in de wetenschap met betrekking tot de invorderingsbeschikking bespreken. Vervolgens komt een antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een invorderingsbeschikking volgens de rechter en hoe daarover meer duidelijkheid zou kunnen worden geschapen bij belanghebbenden.

Een last onder dwangsom wordt opgelegd door het bestuursorgaan. Hierin wordt opgenomen dat indien de belanghebbende de last overtreedt, hij verplicht is tot het betalen van een dwangsom. Gemakshalve ga ik er vanuit dat dit besluit vervolgens onherroepelijk wordt. Daarna overtreedt de geadresseerde van het besluit de last. Dit is het begin van het invorderingstraject. Met de overtreding verbeurt de overtreder de dwangsom van rechtswege op grond van artikel 5:33 Awb. Op dit moment *ontstaat* de betalingsverplichting volgens de wetgever.[85] Deze wordt echter nog niet schriftelijk vastgelegd en er staat dan ook geen bestuursrechtelijke rechtsingang open. Het bestuursorgaan stuurt na de verbeurte meestal een (buitenwettelijke) bestuurlijke incassobrief waarin de overtreder op de hoogte wordt gesteld van de overtreding. Hoewel deze bestuurlijke incassobrief veel gelijkenissen vertoont met de betalingsbeschikking ex artikel 4:86 Awb (een bestuurlijke incassobrief vermeldt doorgaans namelijk de hoogte van de dwangsom en de termijn voor betaling) is

85 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 102: "de betalingsverplichting ontstaat reeds door het niet naleven van de last en niet pas door de invorderingsbeschikking."

deze brief volgens de ABRvS en het CBb geen besluit in de zin van de Awb.[86] De bestuurlijke incassobrief is dus slechts een feitelijke mededeling waartegen geen bezwaar en beroep mogelijk is. Sorteert de bestuurlijke incassobrief geen effect, dan wel is er geen bestuurlijke incassobrief verstuurd, dan neemt het bestuursorgaan een invorderingsbeschikking op grond van artikel 5:37 Awb waarin wordt besloten om tot invordering over te gaan. In deze beschikking wordt de betalingsverplichting schriftelijk vastgelegd.[87] De invorderingsbeschikking is een besluit in de zin van de Awb en vormt aldus de bestuursrechtelijke rechtsingang tegen het besluit om de dwangsom in te vorderen. Na de invorderingsbeschikking volgen één of meerdere aanmaningen ex artikel 4:112 Awb. De aanmaning is weliswaar een besluit in de zin van de Awb, maar is op grond van artikel 8:4, lid 1, onder b, Awb niet voor bezwaar en beroep vatbaar. Tegen de aanmaning is dus geen bezwaar en beroep mogelijk. Na de aanmaning volgt de daadwerkelijke invordering in de vorm van een dwangbevel. Hiervoor staat een civielrechtelijke rechtsingang open en is bezwaar en beroep ex artikel 8:4, lid 1, onder b, Awb expliciet uitgesloten.

Ik meen dat (i) de verbeurte van rechtswege door de overtreder van de dwangsom tevens van rechtswege een betalingsverplichting doet ontstaan (met Michiels[88]) en (ii) dat deze betalingsverplichting wordt vastgelegd in de invorderingsbeschikking welke aldus de rol van betalingsbeschikking heeft (zoals Van Buuren, Jurgens en Michiels betogen).[89] De invorderingsbeschikking ex artikel 5:37 Awb is mijns inziens echter niet aan te merken als betalingsbeschikking in de zin van artikel 4:86 Awb. Ik onderschrijf dan ook de interpretatie in de evaluatie van de geldschuldenregeling dat "*voor dwangsommen een uitzondering is gemaakt op artikel 4:86 Awb*".[90]

Er bestaat echter enige onenigheid over het door mij hierboven geschetste rechtskarakter van bepaalde momenten. IJdema betoogt als eerste alternatieve interpretatie dat de plicht tot betaling van de dwangsom al wordt *vastgesteld* in het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom op grond van artikel 5:31d Awb[91] en dat daarmee de betalingsverplichting tevens ontstaat.[92] In deze lezing zou de last onder

86 Zie ABRvS 19 september 2012, AB 2012/399, m.nt. T.N. Sanders.

87 Vgl. artikel 4:86 Awb – "de verplichting tot betaling […] wordt bij beschikking vastgesteld" – daar is sprake van een constitutieve vaststelling, terwijl de invorderingsbeschikking een declaratoire vaststelling betreft.

88 Zie de annotatie van F.C.M.A. Michiels bij ABRvS 13 januari 2010, AB 2010/77.

89 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2011), p. 198.

90 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 110.

91 Dit op basis van en letterlijke interpretatie van het artikel: "Onder last onder dwangsom wordt verstaan: de herstelsanctie inhoudende: […] b. de verplichting tot betaling van een geldsom indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd".

92 C.J. IJdema, 'De beslissing omtrent invordering van verbeurde dwangsommen in de praktijk', Gst. 2012/119.

dwangsom *zelf* de betalingsbeschikking in de zin van artikel 4:86 Awb moeten vormen. Dit lijkt mij een moeilijk vol te houden redenering. De wetgever is hier namelijk duidelijk: "*de betalingsverplichting* [ontstaat] *door het niet naleven van de last*".[93] Als de betalingsverplichting ontstaat bij de verbeurte, dan is het voorts vreemd indien het bestaan ervan al eerder zou zijn vastgelegd (zoals IJdema betoogt).[94] IJdema onderbouwt zijn betoog dat de last onder dwangsom de betalingsbeschikking zou zijn verder met het argument dat de systematiek van titel 4.4 Awb zo is dat éérst de verplichting tot betaling in een beschikking moet worden vastgesteld voordat de betalingsverplichting ontstaat en de betalingstermijn gaat lopen. Dit argument snijdt mijns inziens ook geen hout. Dat de betalingsverplichting ontstaat voordat deze bij beschikking is vastgelegd valt namelijk wel te rijmen met de systematiek van de vierde tranche en is ook niet uniek voor artikel 5:33 Awb. Zo heeft de wetgever bijvoorbeeld ook voorzien in de mogelijkheid van een betalingsverplichting voor de burger zonder voorafgaande beschikking in artikel 4:88, lid 1, Awb. Belangrijk is voorts dat bij het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom nog helemaal niet vaststaat dat een dwangsom is verschuldigd en dat er dus moet worden betaald. Dat staat pas vast op het moment dat de last wordt overtreden. Het feit dat er slechts een species van 'voorwaardelijke betalingsverplichting' in het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom is vastgelegd en geen volwaardige betalingsverplichting, doet dan ook mijns inziens (anders dan IJdema) *wél* af aan de mogelijkheid de last onder dwangsom te karakteriseren als een betalingsbeschikking.

Als tweede alternatief oppert IJdema de mogelijkheid dat de bestuurlijke incassobrief als de betalingsbeschikking moet gelden. De bestuurlijke incassobrief bevat immers de kenmerken van de betalingsbeschikking ex artikel 4:86 Awb (de hoogte van het verschuldigde bedrag en de termijn voor betaling). Deze opvatting lijkt mij eveneens onjuist. De bestuurlijke incassobrief is naar mijn mening namelijk geen besluit. De bestuurlijke incassobrief wijst de belanghebbende slechts op het feit dat er een betalingsverplichting is ontstaan: de van rechtswege verbeurde dwangsom. De brief is dus informatief van aard. De bestuurlijke incassobrief verandert de rechtspositie van de overtreder niet en beoogt dat ook niet. Er is dus geen beoogd rechtsgevolg. Daardoor is er ook geen sprake van een rechtshandeling (een handeling met een beoogd rechtsgevolg), maar van een feitelijke handeling. Er kan dan ook geen sprake zijn van een besluit.[95] De ABRvS en het CBb zijn die mening ook toegedaan. De ABRvS heeft geoordeeld dat de bestuurlijke incassobrief geen besluit in de zin

93 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 102.

94 Hooguit zou de vaststelling en het ontstaan van de betalingsverplichting simultaan kunnen gebeuren, zoals het geval is bij een betalingsbeschikking.

95 Ik merk op dat de ABRvS een soortgelijke beredenering gebruikt om te oordelen dat het beoogde rechtsgevolg ontbreekt bij de beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek van een overtreder om terugbetaling van een vrijwillig betaalde dwangsom. Zie ABRvS 13 maart 2013, AB 2013/153, m.nt. T.N. Sanders.

van de Awb is.[96] Het CBb heeft zich daarbij expliciet aangesloten[97] na aanvankelijk een andere mening te hebben gehad.[98] Het onderscheid tussen een bestuurlijke incassobrief (die dus wel de kenmerken van een betalingsbeschikking heeft, maar geen besluit is) en een invorderingsbeschikking is volgens de ABRvS gelegen in de *gemotiveerde beslissing om over te gaan tot invordering* en daarmee het beoogde rechtsgevolg van de handeling. Hoewel deze motivering zeer beperkt kan zijn, nu het bestuursorgaan doorgaans zal kunnen volstaan met de mededeling dat er geen redenen zijn om af te zien van de invordering,[99] kan er zonder deze motivering geen sprake zijn van een invorderingsbeschikking. Een subtiel onderscheid dat veel belanghebbenden in de praktijk zal ontgaan.

Alvorens een oplossing voor de verwarring omtrent de bestuurlijke incassobrief voor te stellen, licht ik nog kort toe waarom de bestuurlijke incassobrief bestaansrecht heeft. De bestuurlijke incassobrief is namelijk nuttig en wenselijk nu belanghebbenden zich niet altijd bewust zijn van het overtreden van de last. De invorderingsbeschikking volgt immers pas enige tijd na de verbeurte. De betalingstermijn loopt echter ingevolge artikel 5:33 Awb vanaf de verbeurte van de dwangsom. Het bestuursorgaan is niet verplicht om de overtreder van de constatering van de overtreding op de hoogte te stellen. De wetgever lijkt over het hoofd gezien te hebben dat een belanghebbende tot de invorderingsbeschikking niet altijd op de hoogte zal zijn van het (vermeend) overtreden van de last. Gelet op de in de jurisprudentie en de praktijk waar te nemen veel voorkomende vertraging tussen de constatering van de overtreding van de last en het nemen van de invorderingsbeschikking, zal een belanghebbende daarom al snel enkele weken in verzuim zijn zonder hiervan op de hoogte te zijn. Direct gevolg is dat de kosten in verband met de verschuldigde wettelijke rente oplopen voor de belanghebbende. De bestuurlijke incassobrief ondervangt dit probleem (althans, indien deze direct na de constatering van de overtreding wordt verstuurd) door de belanghebbende te verwittigen dat geconstateerd is dat de last is overtreden en dat er derhalve een dwangsom van rechtswege is verbeurd waarvoor de betalingstermijn loopt. Problematisch is wel dat het aanhechten van een feitenvaststelling (bijvoorbeeld een rapport waarin de overtreding wordt geconstateerd)[100] en een factuur belanghebbenden op het verkeerde been kan zetten en doet geloven dat er al een invorderingsbeschikking op de mat ligt. Het ontbreken van een wettelijke basis voor de bestuurlijke incassobrief, het feit dat de brief lijkt te voldoen aan artikel 4:86 Awb en het niet appellabele karakter daarvan maakt dat het essentieel is dat, zoals Michiels terecht opmerkt, dat "*het bestuursorgaan*

96 Zie ABRvS 19 september 2012, AB 2012/399, m.nt. T.N. Sanders.
97 CBb 18 januari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3253.
98 CBb 9 november 2011, AB 2012/46, m.nt. F.R. Vermeer.
99 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 115.
100 Zie voor de feitenvaststelling en de eisen daaraan: ABRvS 3 mei 2017, AB 2017/299, m.nt. T.N. Sanders.

alsdan volstrekt duidelijk maakt dat dit schrijven niet als beschikking is bedoeld, eventueel door dit te vermelden en daarna toe te voegen dat geen bezwaarschrift kan worden ingediend. Een schrijven waaruit dit niet blijkt, zal al gauw als een invorderingsbeschikking kunnen worden opgevat."[101] Ik zie echter geen reden om de bestuurlijke incassobrief te voorzien van een wettelijke grondslag. Dat is immers niet nodig om de waarschuwingsfunctie te vervullen.

2.4 Verhouding tussen de dwangsombeschikking en de invorderingsbeschikking

Wat hoort er in de dwangsombeschikking en wat moet in de invorderingsbeschikking worden geregeld? De wet is hierover vrij duidelijk. Een last onder dwangsom kan worden opgelegd als er sprake is van een overtreding (artikel 5:31d, onder a, Awb). In de dwangsombeschikking moet dus worden beoordeeld of er sprake is van een overtreding. Een last onder dwangsom kan slechts worden opgelegd aan een overtreder (artikel 5:32, lid 1, Awb). In de dwangsombeschikking moet dus worden bepaald wie de overtreder is. Voorts moet een last onder dwangsom de last en de herstelmaatregelen (artikel 5:32a Awb) alsmede de hoogte en de modaliteiten van de dwangsom bepalen (artikel 5:32b Awb). De invorderingsbeschikking behelst zo bezien weinig meer dan (i) de vaststelling dat de last is overtreden en (ii) het besluit om de verschuldigde dwangsom in te vorderen. Of een bepaald handelen (of nalaten) een overtreding is, het overtrederschap, de begunstigingstermijn en de hoogte en modaliteiten van de dwangsom kunnen in het kader van de invorderingsbeschikking in beginsel niet meer aan de orde komen.

De ABRvS past de in de wet opgenomen verdeling van onderwerpen over de twee beschikkingen streng toe. Zeker als de dwangsombeschikking formele rechtskracht heeft verkregen. In dat geval wordt de dwangsombeschikking geacht rechtsgeldig en rechtmatig te zijn. Zie onderdeel 2.8 van dit proefschrift voor een uitgebreide beschouwing van het leerstuk van de formele rechtskracht en de uitzonderingen daarop. Onderwerpen die in het kader van de dwangsombeschikking aan de orde hadden kunnen komen, kunnen niet meer aan de orde komen in het kader van de invorderingsbeschikking. De standaardoverweging van de ABRvS op dit vlak luidt:

> *"Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen* [...] *kunnen bezwaren die betrekking hebben op de rechtmatigheid van het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom, waaronder de bevoegdheid tot het opleggen van die last, niet meer aan de orde komen in het kader van de toetsing van de invorderingsbeschikking."*[102]

101 F.C.M.A. Michiels, 'Bewegingen in het handhavingsrecht', JBplus 2012, p. 173.

102 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2991.

In een geval waarbij de last onder dwangsom onherroepelijk was oordeelde de ABRvS bijvoorbeeld dat het betoog dat een bouwwerk omgevingsvergunningvrij zou zijn en het betoog dat verkeerde regelgeving zou zijn toegepast, aspecten waren die niet meer aan de orde konden komen in het kader van de invorderingsbeschikking.[103] Het betoog dat men geen overtreder is omdat er een fout in het kadaster is gemaakt zodat men onterecht als eigenaar is aangemerkt, kan ook niet meer aan de orde komen in het kader van de invorderingsbeschikking.[104] Zoals de ABRvS overweegt in een uitspraak van 16 november 2011 kan:

> "[d]*e vraag wie de dwangsom verbeurt als de last wordt overtreden,* […] *niet meer bij een invorderingsbesluit in de zin van artikel 5:37, eerste lid, van de Awb aan de orde komen.*"[105]

Ook het CBb hanteert deze lijn:

> "[…] *Niet is geschil is dat het besluit van 4 februari 2013, waarbij een last onder dwangsom is opgelegd, formele rechtskracht heeft gekregen. Dat betekent dat het College niet aan de beoordeling van dit besluit toekomt en uitgaat van de geldigheid van de bij dat besluit opgelegde last onder dwangsom.*"[106]

Hoe streng deze jurisprudentielijn kan uitpakken blijkt uit de uitspraak van de ABRvS van 9 december 2015 waarin een eigenaar van een recreatiewoning in een onherroepelijke dwangsombeschikking was aangemerkt als overtreder nu hij de woning 'liet gebruiken' in strijd met het bestemmingsplan. De ABRvS had echter eerder geoordeeld dat het desbetreffende bestemmingsplan niet het 'laten gebruiken' verbood. Appellant was dus met aan zekerheid grenzende waarschijnlijk niet als overtreder aan te merken omdat zijn handelen niet als overtreding kon worden aangemerkt. In zijn beroep tegen de invorderingsbeschikking kreeg hij echter door de ABRvS toch de formele rechtskracht van het oordeel omtrent zijn overtrederschap in de dwangsombeschikking tegengeworpen.[107] Interessant is ook dat in een geval waarbij niet de appellant, maar zijn tuinman de last zou hebben overtreden (aldus appellant), de ABRvS volledig voorbij ging aan zijn betoog met een beroep op de formele rechtskracht van de dwangsombeschikking – terwijl het betoog ook had kunnen worden opgevat als een betoog dat appellant geen dwangsom had verbeurd omdat de overtreding *van de last* hem niet kon worden aangerekend. De ABRvS overweegt:

103 ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2991.
104 ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4604.
105 ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553.
106 CBb 12 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:75.
107 ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3728.

> *"*[a]*ls* [appellant] *meende dat hij ten onrechte als overtreder of als enige overtreder was aangeduid, dan had hij tegen* [het dwangsombesluit] *moeten opkomen. Dit heeft hij niet gedaan, waarmee in rechte vaststaat dat hij als overtreder moet worden aangemerkt. Voorts is niet in geschil dat het gekapte hout is afgevoerd nadat de last onder dwangsom is opgelegd. De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat het college bevoegd was de verbeurde dwangsom bij* [appellant] *in te vorderen."*[108]

Ook de hoogte van de dwangsom is een aspect die ziet op de rechtmatigheid van de dwangsombeschikking volgens de ABRvS, zodat ook deze niet meer aan de orde kan komen in het kader van de invorderingsbeschikking.[109] Kenmerkend voor deze jurisprudentie is een uitspraak van 4 maart 2015:

> *"5.1. Voor zover* [appellante] *beoogt aan te voeren dat de hoogte van de dwangsom niet in redelijke verhouding staat tot de zwaarte van het geschonden belang als bedoeld in artikel 5:32b, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) en een onderbouwing van de hoogte van de dwangsom ontbreekt, kan zij deze gronden niet meer inbrengen tegen de invorderingsbeschikking."* [110]

Ook op andere aspecten is de ABRvS beslist streng te noemen. Het betoog dat er voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond als bedoeld in artikel 5:5 Awb bestaat kan bijvoorbeeld eveneens niet meer in het kader van de invorderingsbeschikking worden beoordeeld.[111] Het betoog dat bij de last een onjuiste tekening is gevoegd waarbij het verkeerde gedeelte van een gebouw ter verwijdering was gemarkeerd kon eveneens niet meer aan de orde komen bij de invorderingsbeschikking. De tekening was immers bij de dwangsombeschikking gevoegd en de dwangsombeschikking was reeds onaantastbaar.[112] De redelijkheid van de gevergde herstelmaatregelen en de geboden begunstigingstermijn zijn ook aspecten die de rechtmatigheid van het dwangsombesluit raken, aldus de ABRvS, zodat ook deze aspecten niet meer aan de orde kunnen komen bij de invorderingsbeschikking.[113]

Uit het voorgaande ontstaat een beeld van een ABRvS die strikt de leer van de formele rechtskracht toepast. Een onderwerp hoort in een bepaalde beschikking thuis. Indien in het kader van die beschikking niet de discussie is gevoerd over of de beoordeling van dat onderwerp door het bestuursorgaan juist is, dan wordt

108 ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553.
109 ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3978.
110 ABRvS 4 maart 2015, JG 2015/26, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok.
111 Ibidem.
112 ABRvS 20 maart 2013, JM 2013/62, m.nt. T.N. Sanders.
113 ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4048.

de overtreder in het kader van de invorderingsbeschikking altijd geconfronteerd met de formele rechtskracht van het dwangsombesluit.

Toch laat de ABRvS in een uitspraak van 10 augustus 2016 de deur op een kier staan voor diegene die betoogt dat een onderwerp dat in de procedure over de last onder dwangsom thuis hoort toch aan de orde moet komen in het kader van de invorderingsbeschikking. De ABRvS overweegt namelijk dat:

> *"De Afdeling overweegt, onder verwijzing naar de uitspraak van 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:648, dat bezwaren die betrekking hebben op de rechtmatigheid van het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom niet meer aan de orde kunnen komen in het kader van de toetsing van de invorderingsbeschikking. Dit is slechts onder zeer bijzondere omstandigheden anders. De rechtbank heeft terecht geen grond gezien voor het oordeel dat van deze omstandigheden sprake is."* [114]

Dit impliceert dat de ABRvS in zeer uitzonderlijke gevallen toch ruimte ziet om bezwaren die zien op de last onder dwangsom in het kader van de invorderingsbeschikking te behandelen. Die uitzonderlijke omstandigheden zouden naar mijn mening gewoon de omstandigheden moeten zijn waaronder de bestuursrechter een uitzondering op de formele rechtskracht gerechtvaardigd acht. Die uitzonderingen zijn[115]: (i) als het feit dat geen gebruik is gemaakt van het recht van bezwaar of beroep tegen het sanctiebesluit aan de overheid is toe te rekenen;[116] (ii) als het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het onherroepelijke sanctiebesluit erkent;[117] of (iii) als de bestuursrechter bij de behandeling van het sanctiebesluit in strijd heeft gehandeld met een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak.[118] Deze uitzonderingen doen zich niet snel voor.

Interessant om daarbij aan te tekenen is dat de rechtbanken – hoewel zij in algemene zin deze lijn ook toepassen – eerder bereid lijken te zijn om coulance te betrachten. Dat doen zij zonder expliciet te tornen aan de onherroepelijke dwangsombeschikking, maar door de gronden die daartegen zijn gericht toch te beoordelen in het kader van de beoordeling van de aanwezige "*bijzondere*

114 ABRvS 10 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2186.

115 De hoogste bestuursrechters en de Hoge Raad hanteren op dit punt dezelfde lijnen. Zie onder meer: CBb 23 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:67, ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1444, HR 20 maart 2015, AB 2016/343 m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2015/361 m.nt. J.W. Winter en CRvB 21 september 2016, AB 2016/430, C.W.C.A. Bruggeman.

116 HR 14 mei 1993, AB 1993/503, m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1993/641, m.nt. M. Scheltema.

117 HR 8 december 1995, NJ 1997/163, m.nt. M. Scheltema.

118 HR 7 mei 2004, AB 2004/439, m.nt. G.A. van der Veen, JBPR 2005/1, m.nt. C.N.J. Kortmann.

omstandigheden" die het bestuursorgaan zouden moeten nopen tot het geheel of gedeeltelijk afzien van invordering.[119]

Belangrijk om nog te noemen zijn twee uitspraken die een tegengesteld standpunt ondersteunen: dat er ook andere omstandigheden kunnen zijn om de formele rechtskracht ter zijde te stellen dan de algemene uitzonderingsgronden. Het betreft ten eerste een uitspraak van 20 september 2017. Daarin overweegt de ABRvS:

> *"2.1. De rechtbank heeft terecht overwogen dat hetgeen* [appellant] *heeft aangevoerd tegen de formulering van de last zich richt tegen het besluit van 20 mei 2015 tot het opleggen van de last.* [appellant] *heeft tegen dat besluit geen rechtsmiddelen aangewend, zodat dat besluit in rechte onaantastbaar is. De rechtmatigheid van de aan* [appellant] *opgelegde last is daarmee gegeven. In haar uitspraak van heden, ECLI:NL:RVS:2017:2494, ten aanzien van de recreatiewoning aan de* [locatie 2]*, is* [appellant] *wel opgekomen tegen de last onder dwangsom. De Afdeling heeft in deze zaak en vier andere zaken geoordeeld dat de aan* [appellant] *en andere eigenaren van recreatiewoningen opgelegde lasten onder dwangsom om het gebruik van recreatiewoningen op het recreatiepark Toeristenmotel Otterlo in strijd met het bestemmingsplan te beëindigen en beëindigd te houden, onrechtmatig zijn. De onderhavige invordering betreft dezelfde feitelijke situatie en omstandigheden. De recreatiewoning bevindt zich in hetzelfde recreatiepark en valt onder hetzelfde bestemmingsplan. In dit licht is de Afdeling van oordeel dat in dit bijzondere geval niet in redelijkheid van de bevoegdheid tot invordering gebruik gemaakt kon worden. Het betoog slaagt."* [120]

Appellant heeft geen beroep ingesteld tegen de last onder dwangsom en is zodoende onherroepelijk aangewezen als overtreder. Derden die in dezelfde situatie zitten als appellant hebben wel beroep ingesteld tegen de last onder dwangsom en zijn blijkens het oordeel van de Afdeling niet aan te merken als overtreder. Verder is appellant wel succesvol opgekomen tegen aan het gerichte lastgevingen die ziet op andere huizen op hetzelfde recreatiepark die ook in zijn bezit zijn. Het feit dat appellant met zekerheid niet als overtreder is aan te wijzen acht de ABRvS aanleiding om te oordelen dat appellant het niet-overtreder zijn als bijzondere omstandigheid kan aanvoeren in het kader van de beoordeling van de last onder dwangsom. Ten tweede een uitspraak van 21 maart 2018 waarin de Afdeling nogmaals het niet zijn van overtreder als bijzondere omstandigheid aanmerkt.[121] Ik kan mij niet vinden in deze uitspraken (zie daarvoor onder 2.8.3, onder c). Vaststaat dat deze uitspraken uitzonderlijk zijn. Van de 1.083 bestudeerde uitspraken waarin de invordering van

119 Zie bijvoorbeeld: Vzr. Rb. Utrecht 25 mei 2010, AB 2010/174, m.nt. F.C.M.A. Michiels en Rb. Rotterdam 18 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4582.

120 ABRvS 20 september 2017, AB 2017/356, m.nt. T.N. Sanders.

121 ABRvS 21 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:962

dwangsommen aan de orde is, zijn dit de enige voorbeelden waarbij de ABRvS de tenuitvoerlegging van een onaantastbaar, doch onrechtmatig, sanctiebesluit belet. De lijn in de overige jurisprudentie van de ABRvS op dit punt is duidelijk: het betoog dat men geen overtreder is, kan niet meer aan de orde komen in het kader van de invorderingsbeschikking. Komt men niet tijdig op tegen de dwangsombeschikking, dan is men in de regel gewoon overtreder. Gelet hierop is mijn conclusie dat – een enkele uitzondering daargelaten – er een duidelijke verdeling van onderwerpen tussen de last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking. Deze is als volgt:

Dwangsombeschikking	Invorderingsbeschikking
Overtreding	Overtreding last
Rechtvaardigingsgronden Uitvoerbaarheid last Begunstigingstermijn Evenredigheid sanctie Overtrederschap	Effectuering

De verdeling van deze onderwerpen wordt door de ABRvS en het CBb op consequente wijze toegepast. Het is duidelijk dat het zwaarte punt in de dwangsombeschikking ligt. Het gevaar van de formele rechtskracht van een eerdere dwangsombeschikking voor het succes van een beroep tegen een invorderingsbeschikking is dan ook reëel. Dit betekent echter niet dat belanghebbenden in de praktijk niet trachten om onderwerpen aan te voeren in het kader van een beroep tegen de invorderingsbeschikking die in het kader van de dwangsombeschikking aan de orde hadden moeten komen. Veelal trachten zij dat te doen over de band van de 'bijzondere omstandigheid' (zie onder 2.6). In zeer uitzonderlijke omstandigheden is de ABRvS echter kennelijk bereid om een uitzondering te maken op deze voor het overige vrij rigide verdeling.

Hierna ga ik in op de twee onderwerpen die in de invorderingsbeschikking aan de orde moeten komen: de vraag of de last inderdaad is overtreden en de vraag of de verbeurde dwangsom ingevorderd moet worden.

2.5 (Het bewijzen van) de overtreding van de last

In de invorderingsbeschikking dient gemotiveerd te worden of de last is overtreden. Daar is ook bewijs voor nodig. Aan een invorderingsbeschikking moet daarom ook een zogenaamde feitenvaststelling ten grondslag liggen. In deze feitenvaststelling wordt vastgesteld dat er sprake is van een overtreding en op welk bewijs die conclusie wordt gebaseerd. De ABRvS heeft eisen gesteld aan een feitenvaststelling die aan een invorderingsbeschikking ten grondslag wordt gelegd.

> *"2.7.3. Aan een invorderingsbesluit dient naar het oordeel van de Afdeling een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden ten grondslag te liggen. Dit brengt met zich dat de waarneming van feiten en omstandigheden die leiden tot verbeurte van een dwangsom dient te worden gedaan door een terzake deskundige medewerker van het bevoegd gezag en dat bevindingen op schrift worden gesteld. Het geschrift dient in beginsel ten minste te bevatten de plaats, het tijdstip en de datum van de waarneming, een inzichtelijke beschrijving van de gehanteerde werkwijze en een inzichtelijke beschrijving van hetgeen is waargenomen. Dit geschrift dient voorts te zijn voorzien van een ondertekening door de opsteller en een dagtekening."*[122]

In een uitspraak van 13 november 2013 voegt de ABRvS daaraan toe dat bestuursorganen die met een digitaal systeem werken waarbij geen fysieke feitenvaststelling wordt opgemaakt (en waarbij de feitenvaststelling dus niet fysiek wordt ondertekend of gedagtekend) ook anderszins aannemelijk kunnen maken wanneer en door wie het geschrift is opgesteld en vastgesteld.[123] Voor het 'anderszins aantonen' is echter onvoldoende dat er een schermafdruk wordt overlegd waaruit blijkt wanneer het document digitaal is aangemaakt. Wel voldoende lijkt dat de toezichthouder een verklaring ondertekent en dagtekent waarin hij verklaart dat de feitenvaststelling door hem op een bepaalde datum is vastgesteld. Gelet op de bewoording van de uitspraak[124] lijkt het er op dat ook andere middelen kunnen worden ingezet om 'anderszins aan te tonen' door wie en wanneer de feitenvaststelling is vastgesteld, maar welke middelen dit dan zouden kunnen zijn is vooralsnog onduidelijk.

De voornoemde eisen leken alleen te gelden voor bewijs dat niet door de bestuursrechter zelfstandig objectief geverifieerd kon worden.[125] Denk bijvoorbeeld aan geurovertredingen – daarvan zal de bestuursrechter af moeten gaan op de waarnemingen van de toezichthouder. Als de bestuursrechter echter zelf de overtreding kan vaststellen (bijvoorbeeld omdat de overtreding onomstotelijk uit foto's blijkt) dan valt de bestuursrechter niet over het ontbreken van (delen van) een schriftelijke feitenvaststelling. Zo overweegt de ABRvS in een uitspraak van 25 juni 2012, dat:

> *"aan gebreken in het aan de invordering ten grondslag gelegde verslag* [...] *voorbij* [zou] *kunnen worden gegaan indien op grond van ander bewijsmateriaal, bijvoorbeeld foto's, onomstotelijk kan worden vastgesteld dat ten tijde van de controle op 11 mei 2010 nog steeds niet aan de last was voldaan."*[126]

122 ABRvS 13 juni 2012, JM 2012/103, m.nt. T.N. Sanders.
123 ABRvS 13 november 2013, AB 2014/58, m.nt. T.N. Sanders.
124 Ibidem.
125 Deze paragraaf is eerder gepubliceerd bij ABRvS 25 november 2015, AB 2016/14, m.nt. T.N. Sanders.
126 ABRvS 25 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2610.

In een uitspraak van 20 maart 2013 overweegt de ABRvS verder dat:

> "[w]*eliswaar is van de controlebezoeken* [...] *geen controlerapport opgesteld, maar dat brengt niet mee dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het besluit met de vereiste zorgvuldigheid tot stand is gekomen. Aan de hand van foto's, waarvan onbestreden is gebleven dat deze zijn gemaakt tijdens*
>
> *de controles op 26 juli 2010 en 16 augustus 2010, kan onomstotelijk worden vastgesteld dat* [appellant] *niet tijdig aan de last heeft voldaan.*"[127]

Uit deze jurisprudentie kan mijns inziens worden afgeleid dat het bestuursorgaan twee mogelijkheden heeft bij het leveren van bewijs dat een dwangsom is verbeurd: (i) door middel van een deugdelijke en controleerbare (schriftelijke) feitenvaststelling die voldoet aan de eisen van de ABRvS of (ii) door middel van ander deugdelijk en controleerbaar bewijs waaruit 'onomstotelijk' kan worden vastgesteld dat niet aan de last is voldaan. In een uitspraak van 25 november 2015 overweegt de ABRvS echter dat ook foto's moeten voldoen aan de eisen voor feitenvaststellingen.[128] Dat werd herhaald in een uitspraak van 24 februari 2016.[129] In die uitspraak werden foto's van een derde-belanghebbende onvoldoende geacht om te bewijzen dat er sprake was van een overtreding, onder verwijzing naar de uitspraak van 13 juni 2012 en de eis dat de constatering door een ter zake deskundige medewerker van het bevoegd gezag diende te worden verricht. Daarmee valt het onderscheid tussen schriftelijke feitenvaststellingen en 'ander bewijs' ogenschijnlijk weg, maar het komt mij aannemelijk voor dat foto's en video's – zoals beschikbaar in de uitspraken van 25 juni 2012 en 20 maart 2013 – in beginsel voldoende bewijs zijn, mits zij door een ter zake deskundige medewerker van het bevoegd gezag zijn genomen.

In een uitspraak van 8 juni 2016 oordeelt de ABRvS dat de mededelingen van derden, niet zijnde ter zake deskundige medewerkers van het bevoegde gezag, in dat geval ook voldoende waren om te concluderen dat de dwangsom was verbeurd, nu de derden geen enkel belang hadden bij het afleggen van onjuiste verklaringen.[130] Dat oordeel lijkt tegenstrijdig met de eerder genoemde uitspraken van 25 november 2015 en 24 februari 2016 waarin juist uitgesloten werd dat het bewijs geleverd door een derde kon worden benut. In een uitspraak van 9 april 2014 achtte de ABRvS ook het bewijs van een derde (in dat geval: het meetrapport van een geluidsdeskundige) aanvaardbaar.[131]

127 ABRvS 20 maart 2013, JM 2013/62, m.nt. T.N. Sanders.
128 ABRvS 25 november 2015, AB 2016/14, m.nt. T.N. Sanders, zie ook ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:469.
129 ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:469.
130 ABRvS 8 juni 2016, AB 2017/33, m.nt. T.N. Sanders
131 ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1268.

De voormelde tegenstrijdigheden leidde tot een onduidelijk beeld van de waarde die de ABRvS zelf hechtte aan de gestelde eisen aan het bewijs bij de invordering van dwangsommen. Ik constateer dat – mits het bewijs deugdelijk en controleerbaar is – de ABRvS ten aanzien van alle eisen bereid is gebleken om af te wijken van die eis. In zoverre lijkt er ook geen sprake te zijn van 'eisen', maar meer van 'richtlijnen'. Dit wordt mijns inziens bevestigd door de uitspraak van 3 mei 2017 waarin de Afdeling overweegt:

> *"5.1.* […] *De verwijzing naar de jurisprudentie van de Afdeling over de voor de feitenvaststelling bij invorderingsbesluiten geldende eisen kan hem niet baten. De daarin geformuleerde eisen zijn geen doel op zich, maar zijn bedoeld om te waarborgen dat de vaststelling in een invorderingsbesluit dat de last is overtreden en daarmee verbeurte van een dwangsom heeft plaatsgevonden, controleerbaar en juist is.* […]
>
> *8.* […] *de Afdeling* [wijst] *erop dat de curator uitgaat van een te strikte lezing van de in de jurisprudentie van de Afdeling geformuleerde eisen met betrekking tot de feitenvaststelling bij invorderingsbesluiten.* […]*. Omwille van de duidelijkheid ziet de Afdeling aanleiding de eisen thans als volgt te herformuleren.*
>
> *Aan een invorderingsbesluit dient een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden ten grondslag te liggen. Dit brengt met zich dat de vaststelling of waarneming van feiten en omstandigheden die leiden tot verbeurte van een dwangsom dient te worden gedaan door een ter zake deskundige medewerker van het bevoegd gezag, door een ter zake deskundige persoon in opdracht van het bevoegd gezag of door een ter zake deskundige persoon wiens bevindingen het bevoegd gezag voor zijn rekening heeft genomen. De vastgestelde of waargenomen feiten en omstandigheden dienen op een duidelijke wijze te worden vastgelegd. Dat kan geschieden in een schriftelijke rapportage, maar in bepaalde gevallen ook met foto's of ander bewijsmateriaal. Duidelijk moet zijn waar, wanneer en door wie de feiten en omstandigheden zijn vastgesteld of waargenomen en welke werkwijze daarbij is gehanteerd. Voor zover de vastgestelde feiten en omstandigheden in een geschrift zijn vastgelegd, dient een inzichtelijke beschrijving te worden gegeven van hetgeen is vastgesteld of waargenomen. Een schriftelijke rapportage dient voorts in beginsel te zijn voorzien van een ondertekening door de opsteller en een dagtekening. Aan het ontbreken van een ondertekening en een dagtekening kan worden voorbijgegaan, indien op andere wijze kan worden vastgesteld dat de opsteller van de rapportage degene is die de daarin vermelde feiten en omstandigheden heeft vastgesteld of waargenomen en wanneer die vaststelling of waarneming heeft plaatsgevonden."*[132]

132 ABRvS 3 mei 2017, AB 2017/299, m.nt. T.N. Sanders, JG 2017/37 m.nt. T. Barkhuysen en mr. S.F.A. van Ravels, JB 2017/120 m.nt. M.A.J. West.

Kortom: er is inderdaad maar één 'harde' eis. Dat is dat er een deugdelijke en controleerbare vaststelling van de relevante feiten en omstandigheden moet zijn. Daarnaast zijn er richtlijnen voor wanneer dat het geval is:

a. De waarneming moet zijn verricht door een ter zake deskundig persoon wiens waarnemingen door het bevoegd gezag voor zijn rekening worden genomen;

b. De waarneming mag in een schriftelijke rapportage, maar mag ook zijn vastgelegd in een foto of ander bewijsmateriaal, zo lang maar duidelijk is waar, wanneer en door wie de feiten en omstandigheden zijn waargenomen en welke werkwijze daarbij is gehanteerd;

c. Als de waarneming is opgenomen in een schriftelijke rapportage, dan moet daarin een inzichtelijke beschrijving zijn opgenomen van wat er is waargenomen. Voorts moet het stuk ondertekend en gedagtekend zijn, maar als de ondertekening of dagtekening ontbreekt dan kan dat achteraf nog worden hersteld, zolang uiteindelijk maar duidelijk is wie, wanneer het geschrift heeft opgesteld.

2.6 De beginselplicht tot invordering en bijzondere omstandigheden[133]

Een bestuursorgaan is volgens de ABRvS gehouden om in beginsel te besluiten om een verbeurde dwangsom in te vorderen. De standaardoverweging van de ABRvS dienaangaande luidt als volgt:

> *"2.8.1. Bij een besluit omtrent invordering van een verbeurde dwangsom, dient aan het belang van de invordering een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom. Steun voor dit uitgangspunt kan worden gevonden in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:37, eerste lid, van de Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 115). Hierin is vermeld 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."*[134]

Dit is de zogenaamde 'beginselplicht tot invordering'. Er dient dus te worden ingevorderd, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn waardoor er toch moet worden afgezien van invordering. In navolging van de ABRvS heeft ook het CBb de beginselplicht tot invordering aangenomen.

133 Dit onderdeel van het proefschrift verscheen eerder in artikelvorm als: T.N. Sanders, 'De bijzondere omstandigheid bij invordering en kostenverhaal', Gst. 2018/35.

134 Voor het eerst overwogen in: ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5935 en ABRvS 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2587.

> *"Als eerder overwogen in de uitspraak van 16 mei 2012 van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, LJN BW5935 dient bij een besluit omtrent invordering van een verbeurde dwangsom aan het belang van de invordering een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom. Steun voor dit uitgangspunt biedt de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:37, eerste lid, van de Awb (Kamerstukken II 2003-04, 29 702, nr. 3, blz. 115) Hierin is vermeld 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."*[135]

De overweging in de wetsgeschiedenis waar de ABRvS en het CBb naar verwijzen is de volgende.

> *"Naast dit oordeel over de verbeurte dient het bestuursorgaan de beslissing om tot invordering over te gaan te motiveren. Doorgaans zal daartoe echter kunnen worden volstaan met de overweging, dat er geen redenen zijn om van invordering af te zien. Een adequate handhaving vergt immers, dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen ook worden ingevorderd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien; het ligt op de weg van de overtreder om dergelijke omstandigheden onder de aandacht van het bestuursorgaan te brengen."*[136]

Naast het *geheel* afzien van invordering overweegt de ABRvS (in navolging van de wetsgeschiedenis) dat de mogelijkheid bestaat om gedeeltelijk af te zien van invordering. Dit verdient enige nadere beschouwing omdat het geen vanzelfsprekendheid is. Feitelijk is het gedeeltelijk afzien van invordering namelijk te vergelijken met een matiging van de hoogte van de dwangsom. De hoogte van de dwangsom wordt echter vastgelegd in de dwangsombeschikking en kan dus niet meer in geschil zijn in het kader van de toetsing van de invorderingsbeschikking.[137] Het alsnog matigen van de dwangsom betekent dus dat de rechter de formele rechtskracht van het dwangsombesluit feitelijk omzeilt – zo werd althans betoogd onder het oude recht.[138] Onder het oude recht bestond daarom ook de discussie of de civiele verzetsrechter een matigingsbevoegdheid toekwam ten aanzien van verbeurde dwangsommen,

135 CBb 13 juli 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX3511.

136 Kamerstukken II 2003-04, 29 702, nr. 3, p. 115.

137 Rb. Rotterdam 17 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4946, ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5864.

138 Zie de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 8 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8216.

waarbij de gerechtshoven ook onderling van mening verschilden.[139] De conclusie die A-G Langemeijer onder het oude recht trok was dat er weliswaar een matigingsmogelijkheid bestond, maar dat deze vanwege de formele rechtskracht van het dwangsombesluit slechts benut kon worden indien er sprake was van misbruik van recht door het bestuursorgaan.[140] De Hoge Raad heeft zich bij mijn weten niet inhoudelijk over het onderwerp uitgelaten nu de cassatiemiddelen op dit punt onder toepassing van artikel 81 RO werden verworpen.[141] Onder de vierde tranche van de Awb wordt de matigingsbevoegdheid van de bestuursrechter wel aangenomen. Dat betekent dat hier in ieder geval nog, ondanks de formele rechtskracht van de dwangsombeschikking, een (zeer marginale) toetsing plaatsvindt van de verhouding tussen de omstandigheden van het geval en de hoogte van de dwangsom. Dat betekent mijns inziens echter niet dat de formele rechtskracht van de dwangsombeschikking wordt doorbroken. Immers, de matiging van de invordering geschiedt niet in het kader van de toetsing van de vraag of de hoogte van de dwangsom redelijk is gelet op artikel 5:32, lid 3, Awb, maar in het kader van de vraag of de effectuering van de dwangsom redelijk is. Dat het bestuursorgaan recht heeft op de verbeurde dwangsom met een bepaalde hoogte staat dus vast, maar in het kader van de invorderingsbeschikking wordt nog bekeken of het ook redelijk is om dat bedrag in zijn geheel in te vorderen bij de schuldenaar. Met andere woorden: '*bestuursorgaan, u mag deze dwangsom invorderen, maar is het ook redelijk dat u dat nu doet gelet op de persoonlijke omstandigheden van de overtreder*'?

Er kan zoals gezegd slechts onder bijzondere omstandigheden geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien. Naar zijn aard is de jurisprudentie over de vraag wanneer sprake is van bijzondere omstandigheden vrij casuïstisch. Bestudering van de jurisprudentie leert dat geen eenduidige criteria worden gehanteerd door de bestuursrechter wanneer er sprake is van een bijzondere omstandigheid. Dit feit is naar mijn mening een knelpunt. Het ontbreken van criteria namelijk voldoet niet aan mijn toetsingscriterium praktisch (zie onderdeel 1.2) omdat het de toegang tot het recht niet eenvoudig maakt (toegankelijk) en niet vooraf duidelijk is wanneer sprake kan zijn van een bijzondere omstandigheid. Dat leidt ertoe dat belanghebbenden worden aangemoedigd om veel (vaak kansloze) beroepsgronden aan te voeren in het kader van de invordering van de dwangsom. Bovendien is de toepassing van de uitzondering onvoorspelbaar en daarmee rechtsonzeker. Mijns inziens zouden er dus criteria moeten worden geformuleerd. Om die criteria te formuleren categoriseer ik hierna de jurisprudentie naar de aard van de gestelde bijzondere omstandigheid. Vervolgens tracht ik criteria voor de bijzondere omstandigheid te formuleren.

139 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 mei 2001, ECLI:NL:GHHSE:2001:AB1951, Gerechtshof 's-Gravenhage 4 mei 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM3475 en Gerechtshof Arnhem 22 juni 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AQ5613. Alleen Arnhem oordeelde dat de matigingsbevoegdheid niet bestond.

140 Zie de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 8 november 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE8216.

141 HR 8 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8216.

2.6.1 *Overtreder en overtreding*

Het overtrederschap wordt regelmatig betwist door belanghebbenden in het kader van de invorderingsbeschikking. De belanghebbende is dan te laat – zelfs al is de aangeschrevene met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet als overtreder aan te merken. De creatievere belanghebbende tracht dan nog te betogen dat het feit dat hij geen overtreder is een bijzondere omstandigheid vormt die het bestuursorgaan zou moeten nopen tot het afzien van invordering. De ABRvS kent daarover echter een strikte lijn. Representatief voor de rechtspraak van de ABRvS op dit vlak is de volgende overweging:

> *"5.1. In het kader van de toetsing van de invorderingsbeschikking kan niet meer aan de orde komen, of* [appellante B] *overtreder is. Dat heeft betrekking op de rechtmatigheid van het besluit van 15 oktober 2012 tot oplegging van de last onder dwangsom, waarin zij als overtreder is aangemerkt, en dat besluit is in rechte onaantastbaar."*[142]

De uitzondering daarop zijn de uitspraken van 20 september 2017, 21 maart 2018[143] en 16 mei 2018[144] van de ABRvS (zie onderdeel 2.4 en 2.8.3 onder c) waarin de ABRvS oordeelde dat het niet zijn van overtreder juist wél een bijzondere omstandigheid is. Hier kom ik in onderdeel 2.8.3. onder c op terug.

De vraag of een bepaald handelen (of nalaten) een overtreding behelst wordt in het kader van de toetsing van bijzondere omstandigheden niet (meer) beantwoord door de bestuursrechter. Die vraag is immers al getoetst in het kader van de vraag of een dwangsom is verschuldigd.[145] Ook het betoog dat geen sprake kan zijn van een overtreding zodat er sprake is van bijzondere omstandigheden, is kansloos te achten.[146] De vraag of *de last* is overtreden wordt (zoals in onderdeel 2.5 toegelicht) wel beantwoord in het kader van de invorderingsbeschikking.

2.6.2 *Hoogte dwangsom en draagkracht overtreder*

De hoogte van de dwangsom is eveneens een aspect waarvoor de ABRvS de overtreder resoluut naar de dwangsombeschikking verwijst. Treffend voorbeeld hiervan is een uitspraak van 4 maart 2015:

142 ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1583 en ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553.
143 ABRvS 21 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:877.
144 ABRvS 16 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1616.
145 ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1583.
146 Vzr. CBb 1 augustus 2017, ECLI:NL:CBB:2017:333.

> *"5.1. Voor zover* [appellante] *beoogt aan te voeren dat de hoogte van de dwangsom niet in redelijke verhouding staat tot de zwaarte van het geschonden belang als bedoeld in artikel 5:32b, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) en een onderbouwing van de hoogte van de dwangsom ontbreekt, kan zij deze gronden niet meer inbrengen tegen de invorderingsbeschikking."* [147]

Dat betekent dat de vraag of de hoogte van de dwangsom redelijk is in verhouding tot de omstandigheden van het geval niet meer aan de orde kan komen. Daaruit zou men ook kunnen afleiden dat ook de draagkracht van de overtreder niet meer aan de orde kan komen. Het uitsluiten van de mogelijkheid dat geringe draagkracht een bijzondere omstandigheid zou kunnen vormen heeft de ABRvS tot op heden nog niet gedaan. Zo overweegt de ABRvS:

> *"Een beroep op geringe draagkracht komt in de invorderingsfase in beginsel niet voor honorering in aanmerking. De Afdeling acht in dit geval geen bijzondere omstandigheden aanwezig die aanleiding geven hiervan af te wijken. Daarbij is van belang dat* [appellant] *het beroep op de geringe draagkracht niet heeft onderbouwd. Dit beroep slaagt reeds daarom niet. Overigens kan het algemeen bestuur desgewenst een betalingsregeling vaststellen die voorziet in gespreide betaling van het verschuldigde bedrag."*[148]

Net zoals in de bovenstaande uitspraak wordt daarbij soms opgemerkt dat het relevant is dat het in beginsel mogelijk is om een betalingsregeling te treffen met het bestuursorgaan.[149]

Ook het CBb sluit niet uit dat een goed onderbouwd betoog dat een belanghebbende de sanctie niet kan voldoen zou kunnen slagen.[150] Zo overweegt het CBb:

> *"5.6. Ten aanzien van de invordering van de dwangsom overweegt de voorzieningenrechter als volgt. De voorzieningenrechter stelt voorop dat de hoogte van de (maximaal) te verbeuren dwangsom rechtstreeks volgt uit het besluit van 5 januari 2017 en in deze procedure – zoals hiervoor onder 5.1 is overwogen – niet ter beoordeling staat. Het is vaste rechtspraak dat in geval van een verbeurde dwangsom het bestuursorgaan in beginsel met toepassing van artikel 5:37 van de Awb tot invordering daarvan dient over te gaan (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het College van 12 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:75). Slechts in bijzondere omstandigheden kan het bestuursorgaan geheel of gedeeltelijk*

147 ABRvS 4 maart 2015, JG 2015/26, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok.

148 ABRvS 30 december 2015, Gst. 2016/44, m.nt. J.L.W. Broeksteeg en ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2383.

149 Vzr. Rb. Haarlem 19 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4353. Vergelijk ook: Vzr. ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2261 en Vzr. ABRvS 7 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8816.

150 CBb 20 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:330.

van invordering afzien. Daarvan is in de situatie van verzoeker geen sprake. Volgens eveneens vaste rechtspraak (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het College van 20 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:330) komt een beroep op geringe draagkracht in de invorderingsfase in beginsel niet voor honorering in aanmerking. In hetgeen verzoeker heeft aangevoerd over zijn financiële situatie ziet de voorzieningenrechter geen bijzondere omstandigheden aanwezig die aanleiding geven om van dat uitgangspunt af te wijken."[151]

Evenwel lijkt de lat hoog te liggen: het enkele feit dat een bijstandsuitkering onvoldoende middelen biedt om de dwangsommen te betalen is daartoe bijvoorbeeld onvoldoende volgens het CBb, mede gelet op de mogelijkheid om een betalingsregeling te treffen.[152]

2.6.3 *Overtreding (alsnog / partieel) beëindigd*

Van het betoog dat er geen overtreding is, moet worden onderscheiden het betoog dat de overtreding *alsnog is beëindigd* na het verstrijken van de begunstigingstermijn, dan wel het betoog dat de overtreding partieel was beëindigd *voor* het verstrijken van de begunstigingstermijn. Het alsnog voldoen aan de last na ommekomst van de begunstigingstermijn is in beginsel geen bijzondere omstandigheid.[153] In navolging daarvan is het beëindigen van de overtreding tijdens het invorderingstraject in beginsel ook geen bijzondere omstandigheid volgens de ABRvS.[154] Ook het gedeeltelijk hebben voldaan aan de last is in beginsel geen bijzondere omstandigheid.[155] De last dient voor het verstrijken van de begunstigingstermijn geheel en tijdig te worden uitgevoerd, anders is de volledige dwangsom verschuldigd. De uitzondering op deze regel is te vinden in de uitspraak van de ABRvS van 15 januari 2014, waarop ik later nog terugkom (zie onderdeel 2.6.5). In dat geval was het feit dat slechts een deel van de lastgeving was overtreden wel een factor die meewoog voor het oordeel dat sprake was van bijzondere omstandigheden.[156]

2.6.4 *Het niet tijdig kunnen voldoen aan de last*

Het niet kunnen voldoen aan de last in verband met overmacht kan in beginsel wél een bijzondere omstandigheid opleveren.[157] Veelal betreffen deze betogen prak-

151 Vzr. CBb 1 augustus 2017, ECLI:NL:CBB:2017:333.
152 CBb 14 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:418 en CBb 23 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:425.
153 ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3978.
154 ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5864 en ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:29.
155 ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5935 en ABRvS 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2587.
156 ABRvS 15 januari 2014, AB 2014/108, m.nt. T.N. Sanders.
157 ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5864 en ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5949.

tische belemmeringen voor het (tijdig) uitvoeren van de lastgeving. Daarbij moet het niet gaan om aspecten die al aan de orde hadden kunnen komen bij de dwangsombeschikking. Het betoog dat bij de last een onjuiste tekening is gevoegd waarbij het verkeerde gedeelte van een gebouw ter verwijdering was gemarkeerd kan bijvoorbeeld niet meer aan de orde komen bij de toetsing van een invorderingsbeschikking: de tekening was immers bij de dwangsombeschikking gevoegd.[158] De redelijkheid van de gevergde herstelmaatregelen en de geboden begunstigingstermijn zijn ook aspecten die de rechtmatigheid van het dwangsombesluit raken, aldus de ABRvS, zodat ook deze aspecten niet meer aan de orde kunnen komen bij de invorderingsbeschikking.[159]

Het gaat dus om belemmeringen die niet op voorhand te onderkennen waren (lees: die niet bij de lastgeving hadden kunnen worden betrokken). Denk bijvoorbeeld aan weersomstandigheden, handelingen van derden of andere externe invloeden. Daarbij is de algemene tendens in de jurisprudentie dat omstandigheden die voor rekening en risico van de overtreder komen niet relevant zijn voor de vraag of er sprake is van een bijzondere omstandigheid.[160] De bestuursrechter eist wel dat als het onmogelijk is om aan de last te voldoen, de belanghebbende in beginsel eerst om toepassing van het bepaalde in artikel 5:34 Awb (wijziging van de last) moet hebben verzocht. Doet de belanghebbende dit niet, dan is geen sprake van een bijzondere omstandigheid.[161] Zo overweegt de ABRvS:

> *"*[...] *De voorzieningenrechter heeft terecht in de door* [appellante] *gestelde slechte weersomstandigheden en tijdtekort van de aannemer voor de afronding van de bouwwerkzaamheden geen aanleiding gezien dat het college wegens bijzondere omstandigheden geheel of gedeeltelijk van invordering had moeten afzien. Desgevraagd heeft* [appellante] *ter zitting van de Afdeling verklaard dat ze het college niet heeft verzocht om verlenging van de begunstigingstermijn, terwijl zij gelet op de door haar gestelde omstandigheden daartoe wel aanleiding had."* [162]

De redenering hierachter lijkt te zijn dat als de belanghebbende niet de moeite heeft genomen om te vragen om wijziging van de lastgeving of de begunstigingstermijn, het dan aannemelijk is dat de belanghebbende de lastgeving heeft overtreden als gevolg van factoren die aan hem te wijten zijn (bijvoorbeeld slechte planning of het niet tijdig aanvangen met de uitvoering). Eenzelfde benadering kiest de ABRvS ten

158 ABRvS 20 maart 2013, JM 2013/62, m.nt. T.N. Sanders.
159 ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4048.
160 CBb 7 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6064 en CBb 18 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:70.
161 Rb. Almelo, 22 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV7750.
162 ABRvS 4 maart 2015, JG 2015/26, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok.

aanzien van een gestelde te korte termijn voor het voldoen aan de last. Indien de belanghebbende niet om uitstel heeft verzocht, dan kan er geen sprake zijn van een bijzondere omstandigheid.[163] Zelfs als tijdig is verzocht om verlenging van de begunstigingstermijn, dan nog kan alleen sprake zijn van een bijzondere omstandigheid indien aannemelijk is dat de last nooit binnen de begunstigingstermijn had kunnen worden uitgevoerd (en dat dit pas duidelijk is geworden nadat de last onherroepelijk is geworden).[164]

Ook handelingen van derden die ertoe hebben geleid dat de last niet (tijdig) is uitgevoerd kunnen als externe belemmering aan de orde komen als bijzondere omstandigheid. Daar worden dan wel hoge eisen aan gesteld. Immers, in de dwangsombeschikking is reeds het overtrederschap van de appellant vastgesteld, zodat in beginsel vaststaat dat hij de macht over de overtreding heeft en dus ook vrij is om de overtreding te beëindigen zonder daartoe te worden belet door derden. Zo overweegt de ABRvS:

> *"Dat de houtaannemer tegen de instructies van* [appellant] *in het hout heeft afgevoerd en de houtaannemer geen last onder dwangsom is opgelegd, zoals* [appellant] *heeft aangevoerd, kan niet als een bijzondere omstandigheid worden aangemerkt. Ook de door* [appellant] *gestelde eigendomsoverdracht van het hout is in dit kader geen bijzondere omstandigheid, reeds omdat het hout zich nog op het perceel bevond, waarover* [appellant] *als rentmeester zeggenschap had.* [Appellant] *heeft niet aannemelijk gemaakt dat hij al hetgeen redelijkerwijs in zijn vermogen lag heeft gedaan om de houtaannemer ervan te weerhouden het hout af te voeren. In hetgeen* [appellant] *heeft aangevoerd heeft de rechtbank terecht geen bijzondere omstandigheden gezien op grond waarvan het college niet in redelijkheid heeft kunnen overgaan tot invordering van de verbeurde dwangsom, als het heeft gedaan."*[165]

Dat er sprake is van een miscommunicatie tussen de overtreder en een derde, komt daarom in beginsel gewoon voor rekening van de overtreder, aldus de ABRvS (in een andere uitspraak die toevalligerwijs eveneens ziet op houtopslag):

> *"De rechtbank heeft niet onderkend dat* [wederpartij] *ervoor verantwoordelijk was dat de overkapping voor houtopslag op zijn perceel niet zou worden afgebouwd na oplegging van de bouwstop. Het lag op zijn weg om aan zijn tuinman duidelijk*

163 ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4556.
164 ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:449.
165 ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553.

> *te maken dat niet verder mocht worden gebouwd. Nu hij dit niet heeft gedaan, dient de miscommunicatie tussen zijn tuinman en hem voor zijn rekening en risico te komen."*[166]

Een betoog dat in verband met een privaatrechtelijke belemmering de last niet kan worden uitgevoerd heeft slechts kans van slagen indien de privaatrechtelijke belemmering in absolute zin in de weg staat aan de uitvoering van de last en de belemmering pas duidelijk kon worden nadat de last onherroepelijk is geworden. Dat is niet het geval indien pas enige weken na aanvang van de begunstigingstermijn wordt begonnen met het beëindigen van de overtreding zodat een opgezegd huurcontract nog doorloopt tot na het einde van de begunstigingstermijn. Die omstandigheid kan de overtreder worden aangerekend.[167] Ook gedeelde eigendom en gestelde weigering van de andere eigenaar om toestemming te verlenen is geen bijzondere omstandigheid. Immers, de overtreder heeft het als gedeeltelijk eigenaar ook in zijn macht om de overtreding te beëindigen, aldus de ABRvS.[168]

Het door de overtreder overdragen van het eigendom met als kennelijk doel het frustreren van de handhaving kan geen bijzondere omstandigheid vormen. In een uitspraak van 1 juli 2015 heeft de ABRvS weliswaar niet uitgesloten dat een eigendomsoverdracht na de oplegging van een last onder dwangsom, maar voor invordering, een bijzondere omstandigheid kan vormen (mede gelet op de mogelijkheid van het bestuursorgaan om – in het omgevingsrecht – een dwangsombeschikking werking ten opzichte van rechtsopvolgers toe te kennen ex artikel 5.18 Wabo), maar in dat geval stond de eigendomsoverdracht niet in de weg aan invordering. Bij bouwwerken blijft ook de voormalig eigenaar immers overtreder, aldus de ABRvS, terwijl de voormalig eigenaar de hele begunstigingstermijn ter beschikking had om de overtreding te beëindigen en bovendien zelf vrijwillig de eigendom over had gedragen (en aldus feitelijk 'zelf' de bijzondere omstandigheid heeft gecreëerd).[169]

Wel een bijzondere omstandigheid is een omstandigheid die in absolute zin aan het voldoen aan de last in de weg staat, maar die in het geheel niet kan worden verweten aan de overtreder. De ABRvS heeft tot dusver in één geval aangenomen dat daar sprake van was.[170] Het betrof de bewoning van een pand in strijd met het bestemmingsplan. De eigenaar van een bedrijfspand had ter voorkoming van het kraken het pand laten bewonen door anti-kraakwachten. Het bestemmingsplan staat bewoning echter niet doe, dus trad het college van B&W van de gemeente tegen de illegale

166 ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:560.
167 ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:51.
168 ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4604.
169 ABRvS 1 juli 2015, AB 2015/362, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2015/109, m.nt. R. Benhadi.
170 ABRvS 28 december 2016, AB 2017/48, m.nt. T.N. Sanders.

bewoning op. Het college legde een last onder dwangsom op aan de eigenaar om de bewoning te beëindigen. Nadat deze onaantastbaar werd, verbeurde de eigenaar twee dwangsommen. Vervolgens zette de eigenaar van het pand zijn anti-kraakwachten het pand uit om te voorkomen dat hij nog meer dwangsommen zou verbeuren. Vervolgens werd het pand gekraakt. Als gevolg van het kraken verbeurde de eigenaar wederom een dwangsom: het pand werd immers nog steeds in strijd met het bestemmingsplan bewoond, maar nu door krakers in plaats van anti-krakers.
Ten tijde van het opleggen van de last (en tot en met 1 maart 2016) was de eigenaar de bereidwillige verhuurder van het pand. Hij stond toe dat zijn pand in strijd met de bestemming werd gebruikt en was daarmee zonder meer aan te merken als overtreder. Bovendien had de eigenaar het in zijn macht om de overtreding te beëindigen. Vanaf 1 maart 2016 werd het pand echter gekraakt. De nieuwe bewoners verklaren dat zij er zonder toestemming van de eigenaar zitten, hebben een brief gekregen van de eigenaar waarin hij hen sommeert om te vertrekken, betalen geen huur en de eigenaar heeft bovendien aangifte tegen hen gedaan van lokaalvredebreuk. In feite is de eigenaar vanaf 1 maart 2016 de macht kwijt over de overtreding. Dit feit acht de Afdeling in haar uitspraak van 28 december 2016 een bijzondere omstandigheid die aan invordering van de derde dwangsom in de weg staat. De verbeurte van de dwangsom was immers, buiten zijn schuld om, niet door de eigenaar te voorkomen.

Het is interessant om dit geval nog af te zetten tegen de uitspraak van de Afdeling van 1 juli 2015 waarin de overtreder gedurende de begunstigingstermijn het pand had verkocht zodat hij – door eigen toedoen – niet langer de macht over de overtreding had.[171] In dat geval nam de Afdeling géén bijzondere omstandigheid aan. Het onderscheid tussen de twee uitkomsten is er volgens mij in gelegen dat de omstandigheid in de uitspraak van 28 december 2016 niet zelf door de overtreder in het leven is geroepen, terwijl in de uitspraak van 1 juli 2015 de overtreder wél zelf de omstandigheid had veroorzaakt. Met andere woorden, in de uitspraak van 1 juli 2015 viel de overtreder de overtreding te verwijten, in de uitspraak van 28 december 2016 niet.

2.6.5 Overige omstandigheden

Buiten de eerder genoemde categorieën zijn er ook nog andere (gestelde) bijzondere omstandigheden. Het vertrouwensbeginsel kan aan invordering slechts in de weg staan indien wordt voldaan aan de maatstaf dat sprake is van een concrete ondubbelzinnige toezegging van het bevoegde bestuursorgaan die rechtens te honoreren verwachtingen (inhoudende dat niet zou worden ingevorderd) heeft opgewekt.[172] Van een

171 ABRvS 1 juli 2015, AB 2015/362, m.nt. T.N. Sanders.

172 ABRvS 26 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2698 en ABRvS 12 juni 2013, AB 2013/399, m.nt. L.J.A. Damen.

geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel in de invorderingsfase is mij geen voorbeeld bekend. Verder wordt ook wel eens betoogd dat het gelijkheidsbeginsel zich verzet tegen invordering. Dit zou een bijzondere omstandigheid moeten vormen die het bestuursorgaan dus noopt tot het afzien van invordering. Of het bestuursorgaan al dan niet handhavend optreedt of invordert bij andere overtreders is voor de ABRvS niet relevant.[173] Ook het feit dat bij meerdere overtreders voor dezelfde overtreding dwangsommen worden ingevorderd, is voor de ABRvS geen bijzondere omstandigheid.[174] Het CBb lijkt hier een soepelere koers te varen. Het bewust – bij wijze van voorbeeld – invorderen van een dwangsom bij één overtreder, terwijl er meerdere overtreders zijn, acht het CBb in strijd met het gelijkheidsbeginsel.[175]

De (slechte) gezondheid van de overtreder is ook geen bijzondere omstandigheid.[176] Persoonlijke fysieke of mentale omstandigheden – zoals bijvoorbeeld zware dyslexie – zijn in beginsel eveneens geen bijzondere omstandigheid. Deze worden verder geacht bij de dwangsombeschikking te zijn meegewogen bij het bepalen van de begunstigingstermijn en kunnen slechts een rol spelen indien die na de beslissing op bezwaar aangaande de dwangsombeschikking zijn opgetreden en in absolute zin de uitvoering van de lastgeving beletten.[177]

2.6.6 Gecombineerde omstandigheden

Uit de jurisprudentie blijkt dat als door de bestuursrechter een bijzondere omstandigheid wordt aangenomen, dit doorgaans een combinatie van verschillende omstandigheden betreft.

Zo oordeelde de rechtbank Limburg in een geval waarin het bevoegd gezag weinig duidelijk was geweest over de vraag hoe aan de last kon worden voldaan, terwijl er tevens conflicterende signalen door verweerder waren gegeven omtrent wanneer zou moeten worden voldaan aan de lastgeving, dat er sprake was van bijzondere omstandigheden die het bestuursorgaan hadden moeten nopen tot het (gedeeltelijk) afzien van invordering. De rechtbank matigde de dwangsom in dat geval van € 2.000,- tot € 1.000,-.[178]

173 ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3115, ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3728.
174 ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:449.
175 CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6629, terzijde wijs ik erop dat strijd met het gelijkheidsbeginsel mijns inziens strikt genomen geen bijzondere omstandigheid is, maar een separate vernietigingsgrond (net zoals de andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur). Zie hiervoor onderdeel 2.6.6.
176 ABRvS 10 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2186.
177 CBb 19 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:292.
178 Rb. Limburg 11 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1166.

De rechtbank Almelo oordeelde dat in een geval waarin tussen de oplegging van de last onder dwangsom en het einde van de begunstigingstermijn een bodemonderzoeksnorm was gewijzigd, er een bijzondere omstandigheid was. De overtreder had in dat geval de nieuwe bodemonderzoeksnorm toegepast in plaats van de aan hem in de dwangsombeschikking opgedragen oude bodemonderzoeksnorm. Daarbij achtte de rechtbank ook van belang dat verweerder niet voldoende tijdig informatie had verstrekt over de mogelijke oorsprong van een aangetroffen bodemverontreiniging, terwijl de overtreder pas vanaf het moment dat die informatie was verstrekt aan de lastgeving kon voldoen. Dit alles leidde volgens de rechtbank tot verminderde verwijtbaarheid zijdens de eiser. De slotsom was, aldus de rechtbank, dat de invordering van de dwangsom van € 4.000,- beperkt diende te worden tot € 2.000,-.[179]

De rechtbank Utrecht oordeelde dat sprake was van bijzondere omstandigheden in een geval waarbij alsnog aan de last was voldaan na ommekomst van de begunstigingstermijn, het handelen vergunbaar was en verder ook niet door het bestuursorgaan was beoogd om het handelen te beëindigen (maar het oogmerk legalisering van de situatie was). Onder die omstandigheden was gelet op artikel 3:4, lid 2, Awb een dwangsom van € 30.000,- (opgelegd aan een particulier) onevenredig en diende de invordering te worden beperkt tot € 5.000,-.[180]

Ook de ABRvS heeft geoordeeld dat een combinatie van factoren kan leiden tot een bijzondere omstandigheid.[181] Appellant was in die casus (bij onherroepelijk besluit) een last onder dwangsom opgelegd inhoudende dat hij verplicht was om de asbest in een woning te saneren overeenkomstig de gemeentelijke bouwverordening. De asbestsaneringswerkzaamheden moest appellant uit laten voeren door een gecertificeerd bedrijf. Daarnaast moesten de werkzaamheden uiterlijk één week van te voren schriftelijk bij het bestuursorgaan worden gemeld. Na afronding moest een onafhankelijk laboratorium een eindcontrole uitvoeren. Appellant schakelde vervolgens een gecertificeerd bedrijf in om de asbestsaneringswerkzaamheden uit te voeren. Het bedrijf verrichtte een melding voor aanvang van de werkzaamheden. Voorts liet appellant een eindcontrole uitvoeren, conform de last. De melding was echter niet tijdig (lees: één week van te voren) gedaan, maar slechts twee dagen van te voren. Daarmee was de last niet tijdig uitgevoerd en was de dwangsom van € 25.000,- door appellant verbeurd. Een hard gelag voor appellant, vonden de voorzieningenrechter en aansluitend de ABRvS. De ABRvS oordeelde in hoger beroep dat hoewel het gedeeltelijk voldoen aan de last in beginsel geen reden is voor het bestuursorgaan om geheel of gedeeltelijk af te zien van invordering, er in dit geval wel aanleiding was om te spreken van bijzondere omstandigheden die noopten tot

179 Rb. Almelo 22 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV7750.
180 Vzr. Rb. Utrecht 25 mei 2010, AB 2010/174, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
181 ABRvS 15 januari 2014, AB 2014/108, m.nt. T.N. Sanders.

het gedeeltelijk afzien van invordering. De ABRvS overwoog in dat verband dat aan het doel van de last (dat het asbest door een gecertificeerd bedrijf gesaneerd zou worden) wel was voldaan. Voorts was de last deelbaar in vier delen waarbij slechts aan één deel van de last (de melding) niet tijdig was voldaan. Daarbij was van belang dat de melding wel was gedaan (voor de saneringswerkzaamheden), alleen niet tijdig. De ABRvS liet gelet op deze bijzondere omstandigheden de beperking van de invordering door de voorzieningenrechter (tot € 10.000,-) in stand.

2.6.7 Criteria voor het aannemen van bijzondere omstandigheden bij de invordering van dwangsommen

De hiervoor besproken jurisprudentie geeft een weinig bemoedigend beeld voor overtreders die hun argumenten niet tijdig (lees: tegen de dwangsombeschikking) naar voren brengen. Zowel de ABRvS als het CBb blijken strikt in de leer te zijn. De Awb plaatst bepaalde onderwerpen bij de dwangsombeschikking en bepaalde onderwerpen bij de invorderingsbeschikking. Voert men het argument niet tijdig tegen de juiste beschikking aan, dan is dat argument vrijwel kansloos.

De bestuursrechter hanteert geen vaste criteria voor bijzondere omstandigheden. Dat acht ik een knelpunt omdat het niet praktisch is (duidelijk en eenvoudig, zie onderdeel 1.2). Bovendien leidt het ertoe dat belanghebbenden veel beroepsgronden aanvoeren die bij voorbaat kansloos kunnen worden geacht. Daarnaast is de toepassing van die uitzondering onvoorspelbaar en rechtsonzeker. Aan de hand van de jurisprudentie heb ik een tweetal cumulatieve criteria geformuleerd die bepalend lijken te zijn voor de vraag of er sprake is van een bijzondere omstandigheid.

De criteria voor een bijzondere omstandigheid zijn volgens mij:

1. De omstandigheid wordt niet gedekt door de formele rechtskracht van de dwangsombeschikking.

EN

2. A. De omstandigheid valt niet binnen de risicosfeer van de overtreder en vormt een (absoluut) beletsel voor het (tijdig) voldoen aan de last.

OF

B. Invordering van de gehele dwangsom leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst van de overtreding van de last en/of de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de last en/of de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

Hierna motiveer ik deze criteria en toets ik deze aan de rechtspraak uit de vorige onderdelen.

a. *Criterium 1 – de formele rechtskracht mag niet doorbroken worden*
Als een onderwerp aan de orde had moeten komen in het kader van de dwangsombeschikking, dan verzet de formele rechtskracht zich tegen het alsnog beoordelen van die gronden in het kader van de invorderingsbeschikking (zie over de reikwijdte van de formele rechtskracht en de uitzonderingen daarop onderdeel 2.8). De vraag of er sprake is van een overtreding die handhavend optreden rechtvaardigt, of er rechtvaardigingsgronden zijn, of de last uitvoerbaar is, of de aangeschrevene overtreder is, of de begunstigingstermijn redelijk is en of de hoogte van de dwangsom in overeenstemming is met artikel 5:32b, lid 3, Awb, kunnen dus allemaal niet meer aan de orde komen als bijzondere omstandigheid. Uitzondering daarop is uiteraard als er aanleiding is om de formele rechtskracht te doorbreken. Kortheidshalve verwijs ik naar onderdelen 2.4 en 2.8 van dit proefschrift waarin de formele rechtskracht van de dwangsombeschikking en de uitzonderingen daarop worden besproken. Ik merk op dat uit de uitspraken van 20 september 2017 en 21 maart 2018 van de ABRvS blijkt dat de ABRvS hier (onder omstandigheden) anders over denkt. Ik verwijs daarvoor naar onderdeel 2.8.3. onder c.

Uit het eerste criterium vloeit voort dat alleen in gevallen waarbij de gestelde bijzondere omstandigheid zich voordoet ná de (beslissing op bezwaar ten aanzien van de) last onder dwangsom, of gevallen waarbij de gestelde bijzondere omstandigheid niet aan de orde had kunnen komen in de dwangsombeschikking, tot het aannemen van een bijzondere omstandigheid kunnen leiden.

b. *Criterium 2A – absolute beletsels buiten de risicosfeer van de overtreder*
Criterium 2A is de 'force majeure' (overmacht) categorie. De gestelde bijzondere omstandigheid moet het voldoen aan de last binnen de begunstigingstermijn absoluut onmogelijk maken, terwijl deze omstandigheid niet voor rekening van de overtreder mag komen. Deze eisen zijn cumulatief. Voor wat betreft het 'niet binnen de risicosfeer van de overtreder' vallen van de omstandigheid, wijs ik erop dat dit verder strekt dan alleen het niet-verwijtbaar zijn van de omstandigheid. Het betreft dus (bijna) een vorm van risicoaansprakelijkheid van de overtreder waarbij niet alleen relevant is of de bijzondere omstandigheid de overtreder kan worden verweten, maar ook relevant is of de overtreder voldoende heeft geanticipeerd op de (hypothetische) mogelijkheid van die bijzondere omstandigheid.

De werking van criterium 2A wordt goed geïllustreerd door de uitspraken van de ABRvS van 1 juli 2015,[182] 4 maart 2015[183] en 28 december 2016[184] in onderling samenhang te bezien.

182 ABRvS 1 juli 2015, AB 2015/362, m.nt. T.N. Sanders.
183 ABRvS 4 maart 2015, JG 2015/26, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok.
184 ABRvS 28 december 2016, AB 2017/48, m.nt. T.N. Sanders.

In de uitspraak van 1 juli 2015 had de overtreder zijn woning voor het einde van de begunstigingstermijn verkocht. Hij stelde dat het daardoor onmogelijk was voor hem om aan de last te voldoen omdat hij de beëindiging of ongedaanmaking van de overtreding niet langer in zijn macht had. Dit geval voldeed aan criterium 1 omdat de omstandigheid zich voordeed na de (beslissing op bezwaar ten aanzien van de) last onder dwangsom. Ten aanzien van criterium 2A: vaststond dat de omstandigheid een absoluut beletsel was voor het tijdig voldoen aan de last. Echter, omdat de overdracht van de woning een handeling van de overtreder was (en daarmee binnen zijn risicosfeer viel), was er geen sprake was van een bijzondere omstandigheid.[185]
In de uitspraak van 4 maart 2015 deden zich voor het verstrijken van de begunstigingstermijn extreme weersomstandigheden voor die het tijdig voldoen aan de lastgeving absoluut onmogelijk maakte. Dit geval voldeed aan criterium 1 omdat de omstandigheid zich voordeed na de (beslissing op bezwaar ten aanzien van de) last onder dwangsom. Met betrekking tot criterium 2A: de gestelde omstandigheid was een absoluut beletsel voor het tijdig voldoen aan de last. De ABRvS oordeelde echter dat de overtreder niet tijdig was aangevangen met de uitvoering van de last. Daarmee had hij het risico aanvaard dat de weersomstandigheden een tijdige uitvoering van de last zouden beletten. Bovendien had de overtreder niet om verlenging van de begunstigingstermijn gevraagd. Daarmee viel de omstandigheid binnen de risicosfeer van de overtreder. Geen bijzondere omstandigheid dus.[186] In deze uitspraak komt duidelijk naar voren dat in het kader van de gestelde bijzondere omstandigheid niet alleen geen verwijt aan het adres van de overtreder moet kunnen worden gemaakt voor het ontstaan van de omstandigheid, maar dat de overtreder alles moet hebben gedaan (waaronder anticiperen op de – hypothetische – mogelijkheid van die omstandigheid door tijdig aan de uitvoering van de last te beginnen) om ondanks de omstandigheid toch aan de last te voldoen.

In de uitspraak van 28 december 2016 had de overtreder na het verstrijken van de begunstigingstermijn tegen zijn wil in krakers in zijn pand wonen. Het kraken van het pand kon niet aan de orde komen bij de dwangsombeschikking, simpelweg omdat het pand toen nog niet was gekraakt. Aan criterium 1 was dus voldaan. Ten aanzien van criterium 2A: de gestelde omstandigheid vormde een absoluut beletsel voor het tijdig voldoen aan de last – het pand werd immers in strijd met de last bewoond terwijl de overtreder geen macht daarover had. Voorts behoorde die omstandigheid niet tot de risicosfeer van de overtreder. Niet alleen omdat hij geen toestemming had gegeven, aangifte had gedaan tegen de krakers en geen huurpenningen ontving, maar ook omdat hij in eerste instantie door middel van anti-kraakwachten had geprobeerd om precies deze omstandigheid te voorkomen (en door

185 ABRvS 1 juli 2015, AB 2015/362, m.nt. T.N. Sanders.
186 ABRvS 4 maart 2015, JG 2015/26, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok.

het dwangsombesluit die anti-kraakwachten het pand uit moest zetten).[187] Zodoende was in dit geval aan zowel criterium 1 als criterium 2A voldaan en was er dus sprake van een bijzondere omstandigheid.

c. Criterium 2B – de onevenredige uitkomst

Criterium 2B betreft de onderwerpen die niet aan de orde hadden kunnen komen bij de dwangsombeschikking, maar die aanleiding geven voor de conclusie dat de invordering van de gehele dwangsom onevenredig zou zijn. De invordering van een dwangsom is een discretionaire bevoegdheid. Dit betekent dat op de uitoefening van die bevoegdheid artikel 3:4, lid 2, Awb gewoon van toepassing is. Ook het besluit om een dwangsom in te vorderen moet waarborgen dat "[d]*e voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit* [....] *niet onevenredig* [mogen] *zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen*".

De toepassing van artikel 3:4, lid 2, Awb bij de invordering van dwangsom is ietwat contra-intuïtief. Immers, voor toetsing van de hoogte van de dwangsom aan artikel 3:4, lid 2, Awb is volgens de ABRvS in het kader van de toetsing van de dwangsombeschikking geen ruimte gelet op artikel 5:32b, lid 3, Awb.[188] Maar, gelet op criterium 1 staat de hoogte van de dwangsom bij de invordering vast. Die kan dus niet meer worden getoetst. Hetgeen aan de evenredigheidstoets van artikel 3:4, lid 2, Awb wordt onderworpen is het besluit om de sanctie in te vorderen. De evenredigheidstoets bij invordering is dus niet: '*is de opgelegde sanctie wel evenredig te achten*', maar enkel: '*de sanctie is evenredig, maar is het ook evenredig om het verbeurde bedrag thans (volledig) op te eisen?*'. In dat kader wijs ik er nog op dat bij de terugvordering van subsidies op het effectueringsbesluit artikel 3:4, lid 2, Awb expliciet wordt toegepast (zie onder 4.4). In het kader van de invordering van dwangsommen gebeurde dat alleen in het geval van de uitspraak van de rechtbank Utrecht,[189] maar wordt wel duidelijk aangesloten bij de bewoordingen van artikel 3:4 Awb. Zo overwoog de rechtbank Almelo bij het aannemen van de bijzondere omstandigheid dat "[volledige] *invordering* [...] *onvoldoende recht doet aan en onevenredig is met de met de invordering te dienen doelen*".[190]

De in dat kader te verrichten belangenafweging ziet enerzijds op het zwaarwegende belang bij effectuering (het met het besluit te dienen doel) en anderzijds de gevolgen van die effectuering voor de overtreder. Het resultaat van die afweging mag niet onevenredig worden geacht.

187 ABRvS 28 december 2016, AB 2017/48, m.nt. T.N. Sanders.
188 ABRvS 19 februari 2014, AB 2014/162, m.nt. C.M.M. van Mil.
189 Vzr. Rb. Utrecht 25 mei 2010, AB 2010/174, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
190 Rb. Almelo 22 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV7750.

Voor wat betreft het zwaarwegende belang bij effectuering merk ik op dat de ABRvS terecht als uitgangspunt neemt dat er een groot belang is bij de invordering. Uit de uitspraak van de ABRvS van 15 januari 2014 blijkt echter dat dit belang niet altijd even zwaarwegend is. Uit die uitspraak blijkt immers dat de ABRvS het relevant achtte dat in dat geval "*aan het doel waarvoor de last is opgelegd,* [was] *voldaan"*.[191] Dat droeg bij aan de conclusie dat er sprake was van een bijzondere omstandigheid. In de uitspraak van 12 april 2017 oordeelde de ABRvS dat in dat geval "*anders dan in de uitspraak van 15 januari 2014 het geval was,* [...] *aan het doel van de last niet* [was] *voldaan*" zodat juist geen sprake was van een bijzondere omstandigheid.[192] De voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht hechtte tot slot belang aan het feit dat aan het doel van de last (legalisering van de overtreding – niet beëindiging) gewoon was voldaan – zij het na ommekomst van de begunstigingstermijn. Dat was reden om de invordering te beperken.[193] In zoverre lijkt het belang bij invordering beperkter te worden geacht in die gevallen waarin aan het doel van de last is voldaan, hoewel het geheel of gedeeltelijk (alsnog) voldoen aan de last op zichzelf genomen geen bijzondere omstandigheid kan zijn (zie onder 2.6.4).

Ten aanzien van de belangen van de overtreder het volgende. De nadelige gevolgen van (de effectuering van) de dwangsom die al aan de orde hadden kunnen komen bij de last onder dwangsom, stuiten af op criterium 1 voor de bijzondere omstandigheid. De vraag of de hoogte van de dwangsom in redelijke verhouding staat tot "*de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom*" (artikel 5:32b, lid 3, Awb), kan dus niet meer aan de orde komen. In zoverre is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht, waarbij de hoogte van de dwangsom de belangrijkste aanleiding was tot matiging, hoe goed deze ook materieel te rechtvaardigen is, naar mijn mening juridisch onjuist.[194] Omdat de hoogte van de dwangsom in verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom echter de kern van de evenredigheidstoetsing is bij een dwangsom, betekent dit dat er (heel) weinig meer over blijft voor de evenredigheidstoets bij de invordering. Dit verklaart volgens mij voor een groot deel de beperkte hoeveelheid gevallen waarin een bijzondere omstandigheid is aangenomen.

Aspecten die wel nog aan de orde kunnen komen zijn bij de toetsing van de evenredigheid van de invorderingsbeschikking zijn:

(i) de ernst van de overtreding van de last;
(ii) de verwijtbaarheid van de overtreding van de last en
(iii) de draagkracht van de overtreder.

191 ABRvS 15 januari 2014, AB 2014/108, m.nt. T.N. Sanders.
192 ABRvS 12 april 2017, AB 2017/291, m.nt. T.N. Sanders
193 Vzr. Rb. Utrecht 25 mei 2010, AB 2010/174, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
194 Ibidem.

Ik stel daarbij voorop dat van belang blijft dat een aspect niet reeds beoordeeld kan zijn in het kader van de last onder dwangsom – gelet op criterium 1. Voor (ii) en (iii) is dat vanzelfsprekend nu deze in geen enkele vorm aan de orde kunnen komen bij de last onder dwangsom.[195] Ten aanzien van (i) merk ik op dat de ernst van de overtreding reeds wordt meegewogen in het kader van de last onder dwangsom onder de noemer 'zwaarte van het geschonden belang'. Het kan bij de bijzondere omstandigheid dus alleen maar gaan om de ernst van de overtreding van de last en niet om de ernst van de overtreding die tot handhavend optreden heeft geleid.

Een voorbeeld van (i) is te vinden in de uitspraak van 15 januari 2014. Daarin overweegt de ABRvS dat: *"*[e]*nkel het voorschrift dat ten minste één week voorafgaande aan de aanvang van het slopen de gemeente schriftelijk op de hoogte wordt gesteld van de data en tijdstippen waarop het slopen, voor zover betrekking had op asbest, plaats zou vinden is niet nagekomen. Hierbij is niet zonder belang dat de melding wel heeft plaatsgevonden, zij het dat de daarvoor gegeven termijn is overschreden nu, deze is gedaan twee dagen vóór aanvang van de werkzaamheden in plaats van de voorschreven week."*[196] Met andere woorden, indien de overtreding van de last een zeer beperkt karakter heeft, kan dit bijdragen aan de conclusie dat er sprake is van een bijzondere omstandigheid.

Een voorbeeld van (ii) is te vinden in een aantal uitspraken. Van belang om hier te onderstrepen is dat criterium 2A in feite al ziet op het volledig ontbreken van verwijtbaarheid zijdens de overtreder voor het niet uitvoeren van de last (overmacht). Bij criterium 2B zal het daarom gaan om die gevallen waarin het overtreden van de last op zich wel verweten kan worden aan de overtreder, maar in mindere mate. Dat zal zich niet snel voordoen. Dat komt omdat de lastgeving alsmede de herstelmaatregel (lees: wat de overtreder moet doen en hoe hij dat moet doen) al in het sanctiebesluit zullen zijn vastgelegd. Als het voor de overtreder onduidelijk is wat hij moet gaan doen gelet op de lastgeving, dan moet hij opkomen tegen de lastgeving. Doet hij dat niet, dan komt dat in beginsel voor zijn rekening en risico. Het gaat dus om gevallen waarin de overheid naderhand zodanige verwarring creëert over de inhoud van die lastgeving en wanneer aan die lastgeving is voldaan dat het de overtreder toch niet kan worden verweten dat hij niet tijdig en volledig aan de lastgeving heeft voldaan. Dat zijn vrij uitzonderlijke situaties, maar in de rechtspraak komen ze wel voor. Ik wijs ten eerste op de uitspraak van de rechtbank Almelo waarin de overtreder de nieuwe bodemonderzoeksnorm toepaste in plaats van de in de last voorgeschreven norm, hetgeen deels te wijten was aan het bestuursorgaan die daar

195 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2336.
196 ABRvS 15 januari 2014, AB 2014/108, m.nt. T.N. Sanders.

over twijfel liet bestaan. Het viel de overtreder minder te verwijten dat hij de last had overtreden, reden voor een matiging van 50%.[197] Ten tweede de uitspraak van de rechtbank Limburg waarin het bestuursorgaan onvoldoende duidelijk had gemaakt of aan de last was voldaan. Op herhaalde vragen van de overtreder kwamen steeds andere antwoorden. De overtreder kon om die reden minder worden verweten dat hij de last had overtreden, reden voor een matiging met 50%.[198]

Voor wat betreft (iii), de draagkracht, zijn er bij mijn weten geen voorbeelden in de jurisprudentie dat dit expliciet wordt meegewogen om tot de conclusie te komen dat er sprake is van een bijzondere omstandigheid. De ABRvS heeft dienaangaande wel geoordeeld dat draagkracht "*in beginsel*" geen bijzondere omstandigheid is.[199]

Tot slot is van belang dat A-G Wattel op 4 april 2018[200] in zijn Conclusie over de invordering van dwangsommen oordeelde dat algemene criteria zich niet goed laten formuleren. Hij volstaat met het opsommen van een aantal bijzondere omstandigheden. Deze zijn volgens hem:

> *"dwangsominvordering moet onder meer en onder omstandigheden gematigd of achterwege gelaten worden als (i) aan de last niet voldaan kon worden door overmacht, (ii) het niet (geheel) aan de last voldaan zijn mede aan de overheid ligt, die bijvoorbeeld een onduidelijke last heeft opgelegd of een onduidelijke termijn heeft gesteld, (iii) het bestuursorgaan heeft toegezegd dat (deels) niet zal worden ingevorderd of een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt, (iv) invordering misbruik van bevoegdheid zou zijn of (v) materieel wel aan de last voldaan is en het bestuursorgaan zich op een procedureel punt(je) excessief formalistisch opstelt, (vi) als te voorzien valt dat de overtreder beneden de beslagvrije voet wordt geduwd als gevolg van het niet goed functioneren daarvan, met name door ongecoördineerd overheidscrediteurenoptreden, en/of te voorzien valt dat de overtreder geen toegang heeft tot de WSNP en onredelijk lang (i.e. in elk geval meer dan drie jaar) op het bestaansminimum moet leven indien volledig ingevorderd wordt, of (vii) twee herstelsancties strekkende tot wezenlijk dezelfde last temporeel cumuleren."*

Met de opvatting dat geen algemene criteria te formuleren zijn voor de bijzondere omstandigheid ben ik het niet eens, blijkens mijn voorstel voor algemene criteria. Wel onderken ik dat het niet eenvoudig is. Dat komt omdat de criteria ook goed

197 Rb. Almelo 22 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV7750.

198 Rb. Limburg 11 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1166.

199 ABRvS 30 december 2015, Gst. 2016/44, m.nt. J.L.W. Broeksteeg en ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2383.

200 Conclusie A-G Wattel, 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

toepasbaar moeten zijn in onvoorziene gevallen zodat het geen limitatieve opsomming kan zijn. Als ik de gevallen die de A-G noemt vergelijk met mijn criteria, dan constateer ik dat de genoemde gevallen voor een groot deel passen in mijn criteria. Criterium (i) van de A-G is mijn criterium 2a en criteria (ii), (iv), (v) en (vi) van de A-G zijn mijn criterium 2b. Criterium (iii) en (vii) zijn moeilijker te plaatsen in mijn toetsingscriteria. Hier ga ik nader op in.

Criterium (iii) van de A-G (schending vertrouwens / gelijkheidsbeginsel) past niet helemaal in mijn toetsingscriteria. Dat is niet verwonderlijk omdat het volgens mij geen bijzondere omstandigheid is, maar gewoon een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Dat behoeft enige toelichting. In de kern genomen is de beginselplicht tot invordering volgens mij de invulling van de toetsing van het invorderingsbesluit aan artikel 3:4, lid 2, Awb. De beginselplicht tot invordering en de bijzondere omstandigheden zijn volgens mij dan ook de vertaling van het evenredigheidsbeginsel in het geval van de invordering van dwangsommen. Naast het evenredigheidsheidsbeginsel moet het invorderingsbesluit natuurlijk ook aan de andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden getoetst. Zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Ook de EU-rechtelijke beginselen staan daar (waar van toepassing) volgens mij naast. Dat zijn dus zelfstandige toetsen die naar mijn mening niet binnen de kaders van de bijzondere omstandigheid moeten worden geplaatst. A-G Wattel ziet dat anders. Hij noemt immers de schending van het gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel ook als een bijzondere omstandigheid. Ik ben het met hem eens dat die beginselen aanleiding kunnen zijn om het invorderingsbesluit te vernietigen, maar daarmee zijn het volgens mij niet bijzondere omstandigheden. Niet alle omstandigheden die invordering aan de weg staan zijn bijzondere omstandigheden. Zo kan het voorkomen dat de dwangsom helemaal niet is verbeurd, maar het bestuursorgaan toch over gaat tot invordering. Als de bestuursrechter concludeert dat de dwangsom niet is verbeurd, dan is het invorderingsbesluit in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb. Dat is echter geen bijzondere omstandigheid die noopt tot het afzien van invordering, maar een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Hetzelfde geldt (wat mij betreft) voor het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Daarbij plaats ik wel de kanttekening dat het het onderscheid tussen mijn voorbeeld en het vertrouwensbeginsel / gelijkheidsbeginsel gelegen is in het feit dat bij het vertrouwensbeginsel / gelijkheidsbeginsel wél sprake zal zijn van een geldschuld die in beginsel ook moet worden ingevorderd (maar waaraan een toezegging of precedent in de weg staat), terwijl bij een niet verbeurde dwangsom er geen geldschuld is. Dat is dus een iets andere situatie – in mijn voorbeeld valt er immers niets in te vorderen zodat men niet aan de bijzondere omstandigheid toekomt. Hier kan dus heel goed anders over worden gedacht.

Rest dan nog zijn criterium (vii) en mijn criterium (1). Over mijn criterium (1) kom ik te spreken in onderdeel 2.8.3 onder c. A-G Wattel ziet meer ruimte voor een nuancering van de formele rechtskracht dan ik dat zie.

Voor wat betreft zijn criterium (vii), dat is het geval waarin twee herstelsancties strekkende tot wezenlijk dezelfde last temporeel cumuleren. Dat is de enige omstandigheid die de A-G noemt waar ik mij niet in kan vinden. De A-G stelt voor dat bij cumulatie van herstelsancties, de invordering van dwangsommen in feite moet worden weggestreept tegen het kostenverhaal. Zo zijn verbeurde dwangsommen een soort tegoedbon voor de overtreder als het uiteindelijk tot bestuursdwang en kostenverhaal komt. Ik ben het daar principieel niet mee eens omdat het volgens mij de werking van het handhavingsrecht (in het bijzonder de last onder dwangsom) zal aantasten. Als de overtreder weet dat hij uiteindelijk de dwangsom (grotendeels) niet hoeft te betalen – dan verliest de last onder dwangsom toch zijn werking? Anderzijds begrijp ik het argument van de A-G heel goed: als het bestuursorgaan gelijk voor bestuursdwang had gekozen dan was het eindresultaat hetzelfde geweest (overtreding beëindigd) maar waren de kosten voor de overtreder beperkter geweest (al een kostenverhaal en niet ook dwangsommen). Maar volgens mij komt dat voor rekening van de overtreder: hij had de kosten zelf toch ook kunnen beperken tot enkel de kosten van het herstellen van de overtreding door direct gevolg te geven aan de last? Ik zie niet in dat het moeten betalen van zowel een dwangsom als de kosten van bestuursdwang dan onevenredig is en dat de overtreder in zo een geval tegemoet moet worden gekomen.

2.7 Knelpunt: de verwijtbaarheid en draagkracht als bijzondere omstandigheid

Uit de analyse in de voorgaande onderdelen van dit hoofdstuk blijkt dat draagkracht en verwijtbaarheid feitelijk een rol spelen bij de beoordeling van de bijzondere omstandigheid. Dat twijfels mogelijk zijn over de juistheid van die benadering blijkt uit de analyse in onderdeel 2.2 en wordt ook benadrukt door het verzoek d.d. 24 januari 2018 van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak aan de Raad van State aan de Staatsraad Advocaat-Generaal om een conclusie te nemen over de vraag in hoeverre (onder meer) draagkracht als bijzondere omstandigheid bij invordering kan gelden. De onduidelijkheid hierover betekent mijns inziens dat niet voldaan wordt aan mijn criterium praktisch (eenvoudig en duidelijk, zie onderdeel 1.2) zodat ik spreek van een knelpunt. In dit onderdeel zal worden onderzocht of, en zo ja, waarom en op welke wijze, draagkracht en verwijtbaarheid een rol zouden moeten spelen als bijzondere omstandigheid.

2.7.1 Moeten verwijtbaarheid en draagkracht een rol spelen?

De argumenten voor het betrekken van verwijtbaarheid en draagkracht in het kader van de bijzondere omstandigheid zijn de volgende. Voor de vraag of het redelijk is om de sanctie in de gegeven omstandigheden daadwerkelijk te effectueren (lees: om

de overtreder daadwerkelijk de pijnprikkel toe te dienen) is het volgens mij relevant op *wie* de sanctie wordt geeffectueerd en in welke omstandigheden de overtreder zich bevindt. Voor die beoordeling zijn de verwijtbaarheid en de draagkracht volgens mij van belang. De mate waarin iemand iets kan worden verweten en de gevolgen van de sanctie voor die persoon, zijn volgens mij uit een oogpunt van mijn toetsingscriterium 'evenredig' (zie onderdeel 1.2) relevant voor het antwoord op de vraag of het wel redelijk is om iemand daadwerkelijk een sanctie op te leggen – zoals met de invordering van een dwangsom gebeurt. Bovendien is, zoals toegelicht, op het invorderingsbesluit artikel 3:4, lid 2, Awb volgens mij gewoon van toepassing (in tegenstelling tot bij de oplegging van de dwangsom), zodat ook daarom goed bepleitbaar is dat verwijtbaarheid en draagkracht zouden moeten kunnen leiden tot het aannemen van een bijzondere omstandigheid. Als draagkracht en verwijtbaarheid verder niet aan de orde zouden kunnen komen in het kader van de toetsing van de invorderingsbeschikking, dan komt het nergens in het sanctioneringsproces aan de orde. Er is een drietal fases in het proces van sanctionering bij een last onder dwangsom. Ten eerste wordt de last onder dwangsom opgelegd. Ten tweede wordt besloten om tot invordering over te gaan. Ten derde wordt aangemaand, een dwangbevel uitgevaardigd en feitelijk ingevorderd. De bestuursrechter biedt in de eerste twee fases rechtsbescherming. In de derde fase biedt de civiele rechter rechtsbescherming. Hiervoor is in onderdeel 2.2 gebleken dat verwijtbaarheid en draagkracht in de eerste fase geen rol spelen. Uit hoofdstuk 9 blijkt verder dat verwijtbaarheid en draagkracht in de derde fase ook geen rol spelen. In de executiefase gaat de civiele rechter uit van de formele rechtskracht (de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid) van de last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking. Daaruit vloeit voort dat de sanctie terecht is opgelegd, verschuldigd is en dat er geen reden is om af te zien van invordering. De civiele rechter beperkt zich daarom tot een toetsing van de vraag of er sprake is van evidente juridische of feitelijke misslagen dan wel of er sprake is van een noodtoestand. Het betreft hier een zeer terughoudende toetsing. Hieruit volgt dat draagkracht en verwijtbaarheid, als deze niet in het kader van de invorderingsbeschikking een rol spelen, op geen enkel moment in het sanctioneringsproces bij de last onder dwangsom aan de orde zullen kunnen komen.

De argumenten tegen het betrekken van draagkracht en verwijtbaarheid zijn de volgende. Draagkracht en verwijtbaarheid verhouden zich niet goed tot het herstellende karakter van de sanctie. De invordering van de dwangsom draagt naar mijn mening in beginsel hetzelfde reparatoire karakter als de last onder dwangsom (daar kan over gediscussieerd worden, maar voor die discussie verwijs ik naar onderdeel 2.3.2). Bij dat reparatoire karakter passen draagkracht en verwijtbaarheid gewoon niet goed. De invordering van de dwangsom is in beginsel ook onderdeel van het noodzakelijke herstel. Verdedigbaar is daarom dat het meewegen van draagkracht en verwijtbaarheid daarom geen rol zouden moeten spelen bij de beoordeling van die invordering. In het verlengde daarvan zou men ook kunnen verdedigen dat het betrekken van

draagkracht en verwijtbaarheid bij het beoordelen van de invordering afbreuk doet aan de principiële keuze om die omstandigheden juist niet te betrekken in de beoordeling van het opleggen van die sanctie. Bovendien: als de effectuering niet evenredig wordt geacht vanwege de beperkte verwijtbaarheid en draagkracht, waarom is de oplegging van die sanctie dan wel evenredig te achten? In hoeverre kan dan nog geloofwaardig worden geweigerd om draagkracht en verwijtbaarheid een rol te laten spelen bij de oplegging van de sanctie? Als draagkracht en verwijtbaarheid bij de oplegging van de last onder dwangsom moeten worden betrokken, dan doet dat volgens mij afbreuk aan de effectiviteit van het instrument (zie onderdeel 2.2). Dan zou bijvoorbeeld moeten worden afgezien van handhavend optreden tegen een illegaal bouwwerk als de huidige eigenaar niet wist of kon weten dat het bouwwerk illegaal was. Dat lijkt mij onwenselijk.

Het tweede argument tegen het meewegen van draagkracht en verwijtbaarheid in de toetsing van de effectuering is dat het aannemen van een bijzondere omstandigheid door de bestuursrechter ertoe leidt dat de vordering nooit meer kan worden geïncasseerd door de overheid. Immers, de invorderingsbeschikking is noodzakelijk om de sanctie feitelijk in te kunnen vorderen. Vernietigt de bestuursrechter die beschikking, dan is de geldschuld niet meer invorderbaar. Dat betekent dat als de bestuursrechter aanneemt dat er een bijzondere omstandigheid is vanwege de beperkte draagkracht van de overtreder, de overheid die sanctie ook niet meer alsnog kan invorderen als de overtreder nadien (opnieuw) draagkrachtig blijkt te zijn. Bovendien heeft de bestuursrechter geen controle over de andere schuldeisers van de overtreder, terwijl die er bij een overtreder met beperkte draagkracht in de regel wel zullen zijn. Het vernietigen van een invorderingsbeschikking betekent niet dat er dan opeens geen andere schuldeisers meer zijn. Deze schuldeisers kunnen de overtreder alsnog dwingen om jarenlang van het bestaansminimum rond te komen. Vanuit dat perspectief leidt het aannemen van een bijzondere omstandigheid vanwege beperkte draagkracht er in feite enkel toe dat de overheid wordt benadeeld ten faveure van de andere schuldeisers van de overtreder.

Een aanvullend tegenargument ten aanzien van het meewegen van de draagkracht is dat noch het bestuursorgaan, noch de bestuursrechter, draagkracht echt goed kunnen beoordelen. Immers, beiden hebben geen volledig overzicht van alle inkomsten en uitgaven van de overtreder. Noch weten zij welke vorderingen de overtreder heeft op anderen. Ook hebben zij geen volledig beeld van het vermogen van de betreffende overtreder. Het bestuursorgaan en de bestuursrechter hebben enkel de beschikking over het beeld wat de overtreder hen wil laten zien. Dat beeld kan vrij eenvoudig gemanipuleerd worden. Dat maakt een objectieve beoordeling problematisch. Het bestuursorgaan en de bestuursrechter zijn verder ook niet geëquipeerd om zelf onderzoek hiernaar te doen. Zij beschikken bijvoorbeeld niet over de middelen die een curator of de civiele rechter hebben op grond van de Faillissementswet. Kunnen

het bestuursorgaan en de bestuursrechter zonder objectieve informatie wel een juist oordeel geven over de draagkracht van de overtreder? Ik betwijfel het.

Ondanks dat het reparatoire karakter van de invordering zich ogenschijnlijk verzet tegen een toetsing van de draagkracht en verwijtbaarheid, wijs ik er wel nog op dat de bestuursrechter bij de effectuering van een andere reparatoire sanctie (de intrekking en terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie), ook de draagkracht en verwijtbaarheid betrekt. Nog opvallender is dat de draagkracht en verwijtbaarheid in dat geval zowel bij de oplegging, als bij de effectuering aan bod komen. Zo overweegt de ABRvS bij de intrekking van de subsidie bij wijze van sanctie:

> *"In het geval dat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting zal een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. Daarbij zijn tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 74)."*[201]

Ook de CRvB toetst de intrekking op een vergelijkbare wijze:

> *"4.5. Volgens vaste rechtspraak van de Raad (uitspraak van 1 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ9635) dient het Zorgkantoor de discretionaire bevoegdheid om een* [subsidie] *lager vast te stellen uit te oefenen met inachtneming van het geschreven en het ongeschreven recht, daaronder begrepen de in artikel 3:4 van de Awb neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging. Daarbij zal een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de niet nagekomen verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger, waarbij tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang is."*[202]

In het kader van de daaropvolgende terugvordering volgt nogmaals een toets van de draagkracht. Zo oordeelt de ABRvS:

> *"De minister heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het uitgangspunt bij de afweging van de belangen is, dat ten onrechte verstrekte rijksbijdragen worden teruggevorderd.* [...] *De minister heeft de omstandigheid dat de financiële situatie van de stichting verslechterd is ten opzichte van voorgaande jaren, niet voldoende zwaarwegend hoeven achten om alsnog af te zien van terugvordering."*[203]

201 ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:205.
202 CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie.
203 ABRvS 10 oktober 2012, AB 2013/162, m.nt. W. den Ouden.

En de CRvB:

> *"4.6.Het Zorgkantoor dient ook bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid tot terugvordering* […] *rekening te houden met de in artikel 3:4 van de Awb neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging*. [De door appellant aangedragen] *omstandigheden maken niet dat geoordeeld moet worden dat het Zorgkantoor niet in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen. Voorop staat dat de schuldenaar de schulden dient te betalen (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 13). Dit geldt ook voor de persoon die als rechtsopvolger van de schuldenaar een schuld onder algemene titel verkrijgt en daarmee de schuldenaar wordt. Niet is gebleken dat de terugvordering bij appellant tot onaanvaardbare psychische gevolgen leidt. Ook kunnen de genoemde financiële gevolgen niet als onaanvaardbaar worden aangemerkt."* [204]

Uit de lagere rechtspraak blijkt verder dat in het kader van de toetsing van de evenredigheid van de terugvorderingsbeschikking (het effectueringsbesluit) ook nog een toets van de verwijtbaarheid plaatsvindt.[205] Hoewel ik mij niet kan vinden in deze 'dubbele' toetsing (zie onderdeel 4.2) in zoverre dat tweemaal hetzelfde wordt getoetst, wijs ik erop dat hieruit wel blijkt dat het reparatoire karakter van de sanctie niet per se in de weg hoeft te staan aan de toetsing van de draagkracht en verwijtbaarheid in het kader van de effectuering van een reparatoire sanctie.

Ondanks dat er steekhoudende argumenten zijn om draagkracht en verwijtbaarheid niet bij de toetsing van de invorderingsbeschikking te betrekken als bijzondere omstandigheid, meen ik dat draagkracht en verwijtbaarheid wel mee moeten kunnen wegen als bijzondere omstandigheden. Ik acht daarbij van doorslaggevend belang dat het volgens mij niet evenredig is als op geen enkel moment in het proces van oplegging en tenuitvoerlegging van een sanctie naar de persoonlijke omstandigheden van de overtreder zal worden gekeken door een rechter. Dat lijkt mij in strijd met het in dit onderzoek gehanteerde toetsingscriterium 'evenredig' (zie onderdeel 1.2). Op enig moment moet een afweging kunnen plaatsvinden of de sanctie wel evenredig is gelet op de persoonlijke omstandigheden van de overtreder. Omdat het meewegen van draagkracht en verwijtbaarheid in de fase van het opleggen van de last onder dwangsom of bestuursdwang naar mijn mening de effectiviteit van het middel zou ondergraven, terwijl de civiele rechter gelet op de leer van de formele rechtskracht de draagkracht en verwijtbaarheid niet zal toetsen in het executiegeschil, lijkt het

204 CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie en Rb. Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1138.

205 Zie onder meer: Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8656, Rb. Midden-Nederland 16 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5392 en Rb. Limburg 17 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6045.

mij voor de hand liggen dat de bestuursrechter deze onderwerpen betrekt in zijn beoordeling van het besluit tot invordering in het kader van de vraag of er bijzondere omstandigheden zijn.

2.7.2 *Wanneer zijn beperkte verwijtbaarheid en draagkracht doorslaggevend?*

Naar mijn mening moeten beperkte draagkracht en verwijtbaarheid echter slechts in uitzonderlijke gevallen ertoe kunnen leiden dat sprake is van een bijzondere omstandigheid.

De toetsing van het besluit om in te vorderen betreft in de kern een belangenafweging tussen het belang bij invordering, de mate van verwijtbaarheid van de overtreding van de last, de ernst van de overtreding van de last en de draagkracht van de overtreder (zie ook criterium 2B). Het belang bij invordering en de verwijtbaarheid zullen naar mijn mening in beginsel nopen tot invordering en zwaar moeten wegen. De overtreder heeft de kans gehad om het dwangsombesluit te laten toetsen door de bestuursrechter. Het zal bij de invordering dus vaststaan dat hij een overtreding heeft begaan, hij het in zijn macht had om die overtreding te beëindigen, dat de overheid hem een redelijke termijn heeft gegeven om die overtreding te beëindigen (of voorkomen) en dat de sanctie voor het niet opvolgen van die last ook redelijk is. Er vanuit gaande dat de last daadwerkelijk is overtreden, staat daarmee volgens mij vast dat de overtreder in beginsel verwijtbaar heeft gehandeld en er een groot belang is bij invordering. Immers, hij heeft een redelijke kans gehad om het verschuldigd zijn van de sanctie te voorkomen. Hij wist vooraf wat de gevolgen waren van het niet opvolgen van de last, maar heeft die gevolgen voor lief genomen door de last toch niet op te volgen. Onder die omstandigheden geldt volgens mij het adagium "*wie zijn billen brand, moet op de blaren zitten*". Het niet effectueren van de sanctie onder deze omstandigheden betekent in beginsel dat de sanctie zijn werking zal verliezen. Ik onderschrijf dan ook de in de rechtspraak aangenomen beginselplicht tot invordering. Gelet op het grote belang bij invordering moet de overtreder mijns inziens uitzonderlijke omstandigheden aandragen met betrekking tot de verwijtbaarheid en draagkracht ten einde aannemelijk te maken dat de effectuering van de sanctie toch onaanvaardbaar moet worden geacht. Dat zal naar mijn mening niet snel het geval kunnen zijn.

Ten aanzien van verwijtbaarheid moet het volgens mij gaan om gevallen waarbij het feit dat de overtreder de last niet (volledig of tijdig) heeft uitgevoerd in zijn geheel niet verweten kan worden aan de overtreder (overmacht, criterium 2A), dan wel die gevallen waarin het niet uitvoeren van de last in belangrijke mate aan de overheid te wijten is en daardoor verminderd verwijtbaar aan de overtreder (criterium 2B). Aan de hand van de bestaande rechtspraak kan al goed worden ingevuld in welke gevallen gesproken moet worden van een bijzondere omstandigheid. Ik verwijs kortheidshalve naar de bespreking van criterium 2A en 2B in onderdeel 2.6.6.

Voor wat betreft draagkracht is het nog niet mogelijk om op basis van bestaande rechtspraak invulling te geven aan de vraag wanneer sprake is van een bijzondere omstandigheid. Het enkele feit dat de effectuering ingrijpende (financiële) gevolgen heeft is naar mijn mening onvoldoende zwaarwegend om te kunnen spreken van een bijzondere omstandigheid. Dat het effectueren van een geldelijke herstelsanctie financiële gevolgen heeft lijkt mij een logisch en noodzakelijk gevolg. Daarbij is van belang dat het bij de feitelijke invordering doorgaans mogelijk is om (af)betalingsregelingen met de overheid te treffen. Ik verwijs daarbij naar onderdeel 8.2, waaruit blijkt dat onder omstandigheden het bestuursorgaan zelfs verplicht kan zijn om mee te werken aan het verzoek om een (af)betalingsregeling. Dat gezegd hebbend, is het niet uit te sluiten dat de financiële gevolgen zodanig ingrijpend zijn dat zich toch een bijzondere omstandigheid voordoet. Wanneer daarvan sprake zal zijn, is mijns inziens ook deels afhankelijk van de vraag of het een rechtspersoon of een natuurlijke persoon betreft.

Het faillissement van een rechtspersoon is denk ik op zichzelf genomen geen onaanvaardbaar gevolg van het effectueren van de sanctie. Het faillissement heeft weliswaar in beginsel tot gevolg dat de onderneming zal worden gestaakt, hetgeen ingrijpend kan zijn voor werknemers, schuldeisers en aandeelhouders, maar dat lijkt mij geen argument om af te zien van de effectuering. Daarbij speelt mijns inziens een belangrijke rol dat een faillissement bij een rechtspersoon uiteindelijk leidt tot de ontbinding van die rechtspersoon (artikel 2:19, lid 1, sub c, BW jo. artikel 16 Faillissementswet). Een faillissement leidt doorgaans (behoudens bestuurdersaansprakelijkheid) dus niet tot persoonlijke aansprakelijkheid voor de betrokken natuurlijke personen. De invordering in zo een geval leidt er dus weliswaar toe dat (in extremis) de rechtspersoon ophoudt te bestaan, maar niet tot het decennia lang moeten afbetalen van een schuld door de betrokken natuurlijke personen. Dat is slechts anders in geval de bestuurders (ernstig) verwijtbaar hebben gehandeld en persoonlijk aansprakelijk zijn. Maar als dat het geval is, dan zie ik niet in dat de bestuursrechter hen zou moeten beschermen tegen de gevolgen van dat ernstig verwijtbaar handelen. Dat zou de regeling van de bestuurdersaansprakelijkheid doorkruisen. Gelet hierop en mede gelet op het grote belang bij invordering meen ik dat de beperkte draagkracht van een rechtspersoon in beginsel niet voldoende zwaarwegend zal kunnen zijn om af te moeten zien van invordering wegens een bijzondere omstandigheid.

Bij natuurlijke personen (dan wel eenmanszaken of samenwerkingsverbanden zonder rechtspersoonlijkheid – zoals een vennootschap onder firma) ligt dat denk ik anders. Schulden eindigen niet na een faillissement. De schuldenaar blijft aansprakelijk voor zijn schulden, ook nadat zijn faillissement is beëindigd. Anders dan een rechtspersoon, kan een natuurlijk persoon zichzelf niet in juridische zin ontbinden. Dat betekent dat de effectuering van een geldelijke herstelsanctie bij een natuurlijke persoon ingrijpender zal zijn dan in het geval van een rechtspersoon. Een natuurlijk persoon die een dwangsom van € 200.000,- moet betalen zal zelfs na zijn faillissement – behoudens

een schuldsaneringstraject (waarover hierna meer) – nog vele decennia lang zijn schuld aan de overheid aan het afbetalen zijn. Bij een natuurlijk persoon kan volgens mij daarom wel onder omstandigheden worden geconcludeerd dat gelet op de beperkte draagkracht sprake is van een bijzondere omstandigheid. Echter, ook dan zal het moeten gaan om zeer uitzonderlijke omstandigheden. Dat heeft een tweetal redenen.

Ten eerste kennen wij de beslagverboden en de beslagvrije voet (zie ook hoofdstuk 9). De beslagverboden en de beslagvrije voet beogen te waarborgen dat natuurlijke personen onder alle omstandigheden kunnen blijven voorzien in hun bestaan. Daarbij is een belangrijke kanttekening dat de beslagvrije voet vaak niet naar behoren functioneert (zie onder 9.8). Dat is echter een uitvoeringsprobleem in zoverre dat als de wet juist zou worden toegepast in beginsel het bestaansminimum is verzekerd. De bestuursrechter kan volgens mij geen rekening houden met dit probleem in de uitvoering. Zou de bestuursrechter rekening houden met het disfunctioneren, dan komt dat er in feite op neer dat de bestuursrechter er vanuit gaat dat de wet in beginsel onjuist wordt toegepast door de gerechtsdeurwaarder. Die conclusie lijkt mij te ver gaan. Bovendien is er tegen het ten onrechte niet correct toepassen van de beslagvrije voet rechtsbescherming mogelijk bij de civiele rechter. Weliswaar is de rol van de overheid als schuldeiser verder één van de belangrijkste redenen dat de beslagvrije voet niet goed functioneert, maar dat heeft voornamelijk te maken met enkele bijzondere bevoegdheden waarbij de overheid de beslagvrije voet niet in acht (hoeft te) nemen (met name artikel 19 IW 1990 voor de fiscus en artikel 60, lid 6, Pw voor de terugvordering van uitkeringen). Die bevoegdheden heeft de overheid niet in het kader van de effectuering van dwangsommen. De overheid heeft zich dan ook bij de effectuering van dwangsommen altijd te houden aan de beslagvrije voet zodat er volgens mij door de bestuursrechter in beginsel ook vanuit moet worden gegaan dat de natuurlijke persoon altijd zal kunnen blijven voorzien in zijn bestaan. Tot slot wijs ik erop dat de CRvB steevast, zowel voor de terugvordering van PGB subsidies (zie onder 4.4) als voor de terugvordering van uitkeringen (zie onder 5.4) tot de conclusie komt dat er geen onaanvaardbare gevolgen van de terugvordering zijn te verwachten nu de schuldenaar ten alle tijden de beslagvrije voet tot zijn beschikking zal hebben. Zo overweegt de CRvB bij de terugvordering van subsidies (de 'onaanvaardbare gevolgen' toets):

> *"Appellant heeft gewezen op de volgende omstandigheden. Vanwege een zeer laag IQ functioneert hij verstandelijk op een zeer laag niveau. Hij staat sinds december 2010 onder beschermingsbewind. Hij is na het overlijden van de echtgenote via een crisisopvangplaatsing in een beschermde AWBZ-woonvorm opgenomen en ontvangt sindsdien een uitkering ter hoogte van de zak- en kleedgeldnorm. Hij heeft een WSNP-traject doorlopen, waarna hem in september 2011 een schone lei is verleend. Het PGB kwam niet hem toe, maar de echtgenote. Door de terugvordering wordt hij opnieuw jarenlang met een terugvorderingstraject geconfronteerd en moet hij weer jarenlang onder het bestaansminimum*

> *leven. Deze omstandigheden maken niet dat geoordeeld moet worden dat het Zorgkantoor niet in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen.* […] *Hierbij is van belang dat het Zorgkantoor bij de inning of invordering van de geldschuld rekening moet houden met de bescherming van de beslagvrije voet. Verder is van belang dat appellant op grond van artikel 4:94 van de Awb bij het Zorgkantoor om uitstel van betaling kan vragen, welk uitstel zich, gelet op artikel 4:101 van de Awb, ook tot de rente kan uitstrekken."*[206]

Ten tweede is er de Wet schuldsanering natuurlijke personen (de 'WSNP' – titel III van de Faillissementswet). De WSNP houdt in dat natuurlijke personen in aanmerking kunnen komen voor een schuldsaneringstraject. De kern van het schuldsaneringstraject is dat als de natuurlijke persoon na toelating drie jaar lang van de beslagvrije voet leeft en in die drie jaar alles doet wat in zijn macht ligt om zijn schuld af te betalen, de civiele rechter hem een 'schone lei' verleent inhoudende dat de vorderingen op hem niet langer afdwingbaar zijn (artikel 358, lid 1, Fw). Voor toelating is wel vereist (artikel 288, lid 1, Fw):

> *"a. dat de schuldenaar niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden;*
>
> *b. dat de schuldenaar ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden in de vijf jaar voorafgaand aan de dag waarop het verzoek is ingediend, te goeder trouw is geweest; en*
>
> *c. dat de schuldenaar de uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen naar behoren zal nakomen en zich zal inspannen zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven."*

Van belang in dit kader is 'onder b'. De schuldenaar moet *te goeder trouw* zijn geweest. Dat betekent dat indien de overtreder als gevolg van misdrijven schulden heeft opgebouwd, hij niet in aanmerking komt voor schuldsanering (zie ook artikel 288, lid 2, onder c, Fw). Verdedigd zou kunnen worden dat een overtreder die een dwangsom heeft verbeurd niet *te goeder trouw* is en zodoende niet aanmerking komt voor de WSNP. Uit de rechtspraak van de HR volgt echter dat schulden die ontstaan in het kader van reparatoire sancties als gevolg van overtredingen begaan voordat de overtreder het schuldsaneringstraject is aangevangen (in dat geval: de terugvordering van een uitkering) niet aan toepassing van de regeling in de weg hoeven staan.[207] Het doel van het vereiste van 'te goeder trouw' is immers "*niet*

206 CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie en Rb. Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1138.

207 HR 19 juni 2015, NJ 2015/413 m.nt. F.M.J. Verstijlen en conclusie A-G Wuisman 27 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:418. Zie ook HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR6026.

om de immoraliteit van een debiteur af te straffen, maar om te voorkomen dat de schuldsaneringsregeling wordt misbruikt".[208] In zoverre meen ik dat door de bestuursrechter in beginsel er vanuit moet worden gegaan dat de WSNP regeling beschikbaar is voor natuurlijke personen met schulden die zijn ontstaan uit reparatoire sancties. Dat lijkt mij relevant voor de belangenafweging en de vraag of er sprake is van een bijzondere omstandigheid.

Uit het voorgaande volgt volgens mij dat gelet op het toetsingscriterium 'evenredig' (zie onderdeel 1.2) voortvloeit dat de draagkracht van de overtreder een rol moet kunnen spelen in het kader van de bijzondere omstandigheid. Echter, omdat het faillissement van een rechtspersoon volgens mij op zich geen onaanvaardbaar gevolg is van de effectuering van een sanctie, ben ik van mening dat in beginsel slechts bij natuurlijke personen ruimte is voor het aannemen van een bijzondere omstandigheid vanwege beperkte draagkracht. Bij een natuurlijk persoon kan de effectuering namelijk veel verstrekkendere gevolgen hebben dan een faillissement. Van een bijzondere omstandigheid zal naar mijn mening echter in beginsel slechts sprake kunnen zijn indien bij voorbaat al duidelijk is dat de natuurlijke persoon niet op enig moment in aanmerking zal kunnen komen voor de WSNP dan wel dat hij niet beschermd wordt door de beslagvrije voet. In die gevallen staat vast dat de betrokkene tot in de lengte der dagen de geldschuld zal moeten gaan aflossen, dan wel onder het bestaansminimum moet leven, zonder zicht op het op enig moment daadwerkelijk kunnen aflossen van die schuld. Dat komt mij voor als een onevenredige uitkomst die tot ingrijpen door de bestuursrechter noopt. In dat soort gevallen acht ik het dan ook goed verdedigbaar dat de bestuursrechter oordeelt dat de beperkte draagkracht van de overtreder een bijzondere omstandigheid vormt die aan de invordering van de gehele dwangsom in de weg staat.

2.8 Knelpunt: de formele rechtskracht van het sanctiebesluit

Het komt voor dat een belanghebbende bewust of onbewust geen rechtsmiddelen tegen een sanctiebesluit, zoals het dwangsombesluit, instelt. Dat kan zijn omdat de belanghebbende denkt te kunnen voldoen aan de lastgeving, maar het kan ook zijn dat de belanghebbende nog in overleg is met de overheid over legalisering en de relatie goed wil houden. Ook komt het regelmatig voor dat de belanghebbende het sanctiebesluit niet heeft gezien, domweg is vergeten om daartegen tijdig bezwaar te maken, of dat het belang van dat sanctiebesluit niet (tijdig) wordt onderkend door de belanghebbende. De stand van het huidige recht is in dit soort gevallen duidelijk. Wordt niet, of niet tijdig, een rechtsmiddel aangewend tegen het sanctiebesluit, dan staat de geldigheid van dat besluit in rechte vast. Ook van de rechtmatigheid van dat sanctiebesluit moet dan bij de toetsing van het effectueringsbesluit uit worden gegaan. Dat is ook het geval als wel tijdig wordt opgekomen tegen het sanctiebesluit, maar het bezwaar ongegrond wordt verklaard en tegen de beslissing op

208 A.J. Noordam, Schuldsanering en goede trouw, (diss. UVA, 2007), p. 334.

bezwaar niet (tijdig) rechtsmiddelen worden aangewend. Dit leerstuk noemt men 'de formele rechtskracht'. Gelet op de formele rechtskracht kunnen onderwerpen die al aan de orde moesten, of redelijkerwijs hadden moeten, komen in het sanctiebesluit niet opnieuw aan de orde komen bij de toetsing van het effectueringsbesluit. Beroep tegen een effectueringsbesluit (zoals de invorderingsbeschikking) met de strekking dat een onherroepelijke sanctiebesluit (zoals de last onder dwangsom) onrechtmatig is, is daarom in beginsel kansloos te achten. Dat betekent dat de belanghebbende de verbeurde dwangsommen gewoon moet betalen, ook indien met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat dat als de belanghebbende wél was opgekomen tegen het sanctiebesluit, de bestuursrechter dat besluit zou hebben vernietigd.

Zoals Gelpke het verwoordt: "[d]*at aan deze leer bezwaren kleven, is helder. Het wringt, wanneer een onmiskenbaar onjuiste beschikking voor rechtsgeldig moet worden gehouden*."[209] Het effectueren van een sanctie waarvan als vaststaand mag worden beschouwd dat die onrechtmatig is, druist in tegen het rechtvaardigheidsgevoel. Op het eerste gezicht is het bijvoorbeeld niet goed te rechtvaardigen dat iemand die geen overtreder is, wel de sanctie moet voldoen. Het feit dat het voor komt dat een onrechtmatig sanctiebesluit toch ten uitvoer wordt gelegd lijkt een knelpunt. Het is weliswaar een praktische (eenvoudige en duidelijke) en effectieve (doeltreffende) rechtsregel, maar het ten uitvoer leggen van een onrechtmatig sanctiebesluit lijkt op het eerste gezicht geen evenredige (evenwichtige) uitkomst te waarborgen. De rechtsregel voldoet op het eerste gezicht dan ook niet aan mijn toetsingscriterium 'evenredig' (zie onderdeel 1.2).

Hierbij speelt ook een rol dat de civiele rechter in de praktijk weinig soelaas biedt in de executiefase (zie hoofdstuk 9). De civiele rechter is in het kader van het executiegeschil tegen het dwangbevel in beginsel gehouden om bij de toetsing van het dwangbevel de tenuitvoerlegging van een "evident" onrechtmatig besluit te voorkomen. Immers, de wetgever overweegt dat:

> *"Algemeen wordt aangenomen dat het in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur om een evident onrechtmatig besluit ten uitvoer te leggen."*[210]

Hieruit vloeit naar mijn mening voort dat de civiele rechter gehouden is om bij besluiten die als titel voor een executie fungeren in ieder geval te toetsen of er geen sprake is van een *evident* onrechtmatig besluit. Dat doet de civiele rechter in de praktijk ook door het besluit (summierlijk) te toetsen in het kader van de vraag

209 M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', O&A 2006/2, p. 2.

210 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 63.

of er feitelijke of juridische misslagen zijn (zie onderdeel 9.5).[211] Daarbij stelt de civiele rechter meestal kort vast dat er inderdaad een besluit is waaruit de titel voor de executie (voldoende) blijkt, maar gaat zij niet in op de inhoudelijke juistheid van het besluit gelet op de formele rechtskracht. Dat is alleen anders als het besluit nog geen formele rechtskracht heeft (bijvoorbeeld als er nog een vernietigingsberoep aanhangig is bij de bestuursrechter). Met andere woorden: de civiele rechter zou het gesignaleerde knelpunt misschien kunnen ondervangen in de executiefase, maar doet dat niet bij onaantastbare besluiten vanwege de formele rechtskracht.

De vraag is of dit knelpunt kan worden ondervangen binnen het bestuursrecht. Moet er op de een of andere manier een mogelijkheid komen voor de bestuursrechter om in te grijpen als bij de toetsing van het effectueringsbesluit blijkt dat het (onaantastbare) sanctiebesluit onrechtmatig is? Of is de leer van de formele rechtskracht misschien in zijn geheel aan herziening toe? Deze vragen worden in dit onderdeel besproken.

Voorop moet daarbij worden gesteld dat het knelpunt dat de werking van de formele rechtskracht soms een op het eerste gezicht onredelijke uitkomst kan hebben zich niet beperkt tot het sanctierecht. De werking van de formele rechtskracht vormt één van de meest contentieuze leerstukken in het publieke en civiele recht. Doorn in het oog van velen is de rechtmatigheidsfictie, inhoudende dat een besluit in andere gedingen geacht wordt rechtmatig te zijn, ook al is dat evident niet het geval. De vraag of die fictie stand kan en moet houden vormt al enige decennia onderwerp van intensief debat.[212] Het debat over de werking van de formele rechtskracht *binnen*

211 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7231, r.o. 4.5. en Rb. Gelderland 10 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA0327, r.o. 3.8.

212 Een kleine greep uit de geraadpleegde artikelen: C.N.J. Kortmann, 'Formele rechtskracht tien jaar na 'Delisea', NJB 2016/1343, B.J. Schueler, 'Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en de nieuwe regeling van overheidsaansprakelijkheid in de Awb', MvV 2013/8, pp. 193-199, M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', O&A 2006/2, M.E. Gelpke, 'De rechtmatigheidsbeoordeling van primaire besluiten door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter', O&A 2007/85, M.W. Scheltema, 'Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht; een heldere afbakening?', NTBR 2009/23, G.A. van der Veen, 'Aansprakelijkheid voor beslissingen in primo en causaal verband', NTB 2011/43, G.A. van der Veen, 'De Hoge Raad en de formele rechtskracht, De stand van Zaken', JBplus 2009 pp. 3-17, P.A. Fruytier, 'Een herformulering van de formele rechtskracht: het civielrechtelijke besluitgezag en gezag van gewijsde en de uitzonderingen daarop', NTBR 2008/22, J.A.M. van Angeren, 'De twee gezichten van de formele rechtskracht: taakverdeling van rechters en het scheppen van rechtszekerheid', O&A 2011/4, B.P.M. van Ravels, 'De (nabije) toekomst van de bestuursrechtelijke schadevergoeding', JBplus 2012, pp.150-166, J.A.M.A. Sluysmans, 'Formele rechtskracht: tijd voor vernieuwing?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), De burgerlijke rechter in het publiekrecht (Deventer 2015), pp. 609-629, B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', O&A 2003 pp.149-162.

het bestuursrecht is ook gevoerd, zij het iets minder intensief.[213] Dat het debat over de formele rechtskracht binnen het bestuursrecht minder intensief is gevoerd is op zich niet verwonderlijk, nu het meest contentieuze onderdeel van de formele rechtskracht (de rechtmatigheidsfictie) zich voornamelijk manifesteert binnen het (civiele) schadevergoedingsrecht.[214] De formele rechtskracht is echter ook van belang voor het onderwerp van dit proefschrift. Bij ketenbesluitvorming, zoals bij de invordering van sancties, bouwt het invorderingsbesluit namelijk voort op een (vaker dan niet) onaantastbaar sanctiebesluit. Ook in dat geval doet de formele rechtskracht zich gelden en ook daar kan de formele rechtskracht leiden tot uitkomsten waarvan men zich kan afvragen hoe redelijk die zijn.

Om de discussie goed in te kaderen wordt in dit proefschrift eerst (onder 2.8.1) omschreven wat wordt verstaan onder 'de formele rechtskracht', welke leerstukken daarin te onderscheiden zijn en welke daarvan relevant zijn voor het debat in dit proefschrift. Vervolgens wordt onder 2.8.2 onderzocht waarom de formele rechtskracht binnen het bestuursrecht wordt toegepast en of het knelpunt wellicht moet worden ondervangen door afscheid te nemen van de rechtmatigheidsfictie. Daarna worden onder 2.8.3 de uitzonderingen op de formele rechtskracht onderzocht en in hoeverre het knelpunt kan worden ondervangen door een nieuwe uitzondering te aanvaarden. Vervolgens wordt stilgestaan bij de vraag of het knelpunt moet worden ondervangen in het kader van de evenredigheidstoetsing van het effectueringsbesluit (onder 2.8.4). Tot slot kom ik tot een conclusie over dit knelpunt (2.8.5).

2.8.1 De formele rechtskracht

De formele rechtskracht is een leerstuk in het Nederlands recht. Het leerstuk houdt in dat een bestuursrechtelijk besluit rechtens onaantastbaar wordt als er geen rechtsmiddelen meer tegen open staan. Dit besluit wordt dan geacht 'formele rechtskracht' te hebben verkregen. Daaronder worden een tweetal gevolgen verstaan. Ten eerste is het besluit onaantastbaar. De *rechtsgeldigheid* daarvan staat daarmee vast. Ten tweede moet uitgegaan worden van de *rechtmatigheid* van dat besluit.

De onaantastbaarheid houdt in dat de rechtsgevolgen van het besluit niet meer kunnen worden teruggedraaid door middel van de inzet van normale rechtsmiddelen. Een dergelijk besluit wordt ook wel aangeduid als zijnde 'onherroepelijk'. Van Ettekoven constateert mijns inziens terecht dat 'onherroepelijk' eigenlijk geen goede omschrijving is, nu een onaantastbaar besluit op zich door het bestuursorgaan kan worden

213 B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', O&A 2006/3, J.E.M. Polak, 'Goede polderoplossing', NJB 2007/1683, M. Scheltema, 'Kunnen wij zonder de formele rechtskracht?', NTB 2007/17.

214 Zie bijvoorbeeld: C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 242; anders: B.J. Schueler, 'C.N.J. Kortmann, Onrechtmatige overheidsbesluiten, dissertatie Universiteit Utrecht 2006', O&A 2008/5, p. 2.

ingetrokken of herroepen in bepaalde gevallen.[215] Feit is echter wel dat 'onherroepelijk' de in de praktijk gebruikelijke aanduiding is van een onaantastbaar besluit. In zoverre meen ik dat onder 'onherroepelijk' moet worden verstaan een besluit dat niet langer *door de bestuursrechter* zou kunnen worden herroepen (indien hij zelf in de zaak zou voorzien) of vernietigd en derhalve onaantastbaar is. In dit proefschrift worden dan ook – net als in de praktijk, de literatuur en de rechtspraak – de termen onaantastbaar en onherroepelijk als synoniem gebruikt.

Bij de onaantastbaarheid van het besluit staat het dictum van het besluit centraal. Dit aspect van de formele rechtskracht betekent dat het dictum rechtsgeldig is en rechtsgevolg heeft. Denk bijvoorbeeld aan een omgevingsvergunning voor het bouwen van een huis. Als eenmaal het besluit strekkende tot verlening van die omgevingsvergunning onaantastbaar is, dan staat vast dat het huis (vanuit het publieke recht bezien) mag worden gebouwd. De HR formuleert dit gevolg zo:

> *"De taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter brengt mee dat moet worden uitgegaan van de geldigheid van een besluit van een bestuursorgaan indien daartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang hetzij niet is gebruikt, hetzij niet tot vernietiging van het besluit heeft geleid (kort gezegd: het beginsel van de formele rechtskracht)."*[216]

De ABRvS formuleert dit gevolg zo:

> *"2.6. De Afdeling stelt vast dat de rechtbank ten onrechte niet in haar oordeel heeft betrokken dat de exploitatievergunning met het gewraakte voorschrift A5 bij besluit van 2 juli 2002 aan Megabucks is verleend en dat hiertegen destijds geen bezwaar is gemaakt. De vergunning is derhalve in rechte onaantastbaar geworden zodat van de gelding van de aan de vergunning verbonden voorschriften in rechte moet worden uitgegaan."*[217]

Kortmann noemt dit gevolg "*het beginsel van de formele rechtskracht*".[218] Van Ettekoven[219] en Roozendaal[220] noemen dit gevolg echter de "*onaantastbaarheid*"

215 B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', O&A 2006/3 en J.E.M. Polak, 'Goede polderoplossing', NJB 2007/1683.
216 HR 17 december 1999, NJ 2000/87, AB 2000/89 m.nt. P.J. van Buuren (Groningen/Raatgever).
217 ABRvS 24 januari 2007, AB 2007/198, m.nt. A.T. Marseille.
218 C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 242.
219 B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', O&A 2006/3.
220 B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', O&A 2003, p. 149.

van het besluit, Van Angeren spreekt van de "*geldigheid*"[221] van het besluit, A-G Widdershoven spreekt van "*de onaantastbaarheidsregel*"[222] en M.W. Scheltema duidt dit als de "*rechtsgeldigheid*" van het besluit.[223] Alle auteurs bedoelen naar ik begrijp hetzelfde: een onaantastbaar besluit kan niet meer door de bestuursrechter worden vernietigd en is dus 'geldend'. Hoewel de terminologie een kwestie van smaak is, hanteer ik voor het vervolg de term '*rechtsgeldigheidsleer*' omdat deze term volgens mij het beste tot uitdrukking brengt wat de kern van het leerstuk is.

Ten tweede wordt ingevolge de formele rechtskracht het besluit voor rechtmatig gehouden, zowel voor de inhoud van het besluit, als de wijze van totstandkoming daarvan. Zowel het nemen als het handhaven van dat besluit wordt dus rechtmatig geacht. Stel bijvoorbeeld dat het bestuursorgaan per abuis de buurman van een overtreder een last onder dwangsom oplegt, ondanks dat hij evident geen overtreder is. Als het besluit onaantastbaar wordt, dan wordt er toch vanuit gegaan dat het sanctiebesluit rechtmatig is. Dit noemt men ook wel de 'rechtmatigheidsfictie'. De HR formuleert dit gevolg in het ARS/Staat[224] arrest als volgt:

> *"3.3.3 In de onderhavige procedure dient, naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, de rechter ervan uit te gaan dat de dwangsombeschikking zowel wat haar inhoud als haar wijze van tot stand komen betreft met de desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen in overeenstemming is. Ook indien als vaststaand kan worden aangenomen dat die beschikking zou zijn vernietigd wanneer daartegen tijdig bij de bestuursrechter zou zijn opgekomen, dient de rechter van de formele rechtskracht van deze beschikking uit te gaan, terwijl de vraag of er in een situatie als hier aan de orde is, reden is de beschikking in te trekken, te wijzigen of te herzien, slechts ter beoordeling staat aan de bestuursrechter (HR 5 september 1997, nr. 16381, LJN ZC2418, NJ 1998/47* [Schut/Utrecht]*).*
>
> *Het oordeel van het hof dat aan de onderhavige beschikking formele rechtskracht toekomt en dat daaraan niet afdoet dat in een latere bestuursrechtelijke procedure een ander besluit is vernietigd op grond van gebreken die ook aan de onderhavige beschikking zouden kleven, is gelet op het vorenstaande dus juist.*

221 J.A.M. van Angeren, 'De twee gezichten van de formele rechtskracht: taakverdeling van rechters en het scheppen van rechtszekerheid', O&A 2011/4, p. 1.

222 Conclusie A-G Widdershoven, 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249, r.o. 5.11.

223 M.W. Scheltema, 'Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht; een heldere afbakening?', NTBR 2009/23, p. 1.

224 HR 17 december 2010, AB 2011/25 m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2011/89 m.nt. M.R. Mok (ARS/Staat).

> *Het beginsel van formele rechtskracht brengt, anders dan het middel betoogt, niet mee dat de burgerlijke rechter zich naar zodanige latere uitspraak van de bestuursrechter (of naar een latere uitspraak van de strafrechter) dient te richten en de beschikking op die grond formele rechtskracht moet onthouden."*[225]

Hoe verstrekkende de gevolgen van deze fictie kunnen zijn blijkt ook uit het *Vulhop/Amsterdam* arrest.[226] Daarin overweegt de HR dat zelfs als de HR als bestuursrechter heeft geoordeeld dat een bepaalde grondslag onverbindend is, zodat alle op die grondslag gebaseerde beschikkingen voor vernietiging in aanmerking komen, dit niet betekent dat een uitzondering op de formele rechtskracht kan worden aanvaard voor de reeds onaantastbare beschikkingen op die grondslag.[227] Die worden rechtsgeldig en rechtmatig geacht.

De ABRvS formuleert deze fictie als volgt:

> *"De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de besluiten van 17 januari 1997 in rechte onaantastbaar zijn geworden nadat* [appellant] *zijn beroep tegen het besluit van de burgemeester van 10 april 1997 had ingetrokken en dat dit tot gevolg heeft dat thans van de rechtmatigheid van die besluiten, zowel wat hun wijze van tot stand komen als wat hun inhoud betreft, moet worden uitgegaan."*[228]

Ook de ABRvS aanvaardt deze verstrekkende gevolgen. Zo overweegt de ABRvS in de alcoholslotprogamma uitspraken dat het feit dat die regeling in zijn geheel door de ABRvS onverbindend is geacht geen aanleiding is om de formele rechtskracht van reeds onaantastbare beschikkingen waarbij een alcoholslot maatregel is opgelegd te doorbreken:

> *"1. Bij besluit van 28 augustus 2013 heeft het CBR het rijbewijs van* [appellant] *ongeldig verklaard en hem verplicht deel te nemen aan een asp. Bij besluit van 17 januari 2014 heeft het CBR het door* [appellant] *daartegen gemaakte bezwaar niet-ontvankelijk verklaard wegens het niet tijdig indienen van het bezwaarschrift.* [appellant] *heeft hiertegen geen rechtsmiddelen aangewend, zodat dit besluit onherroepelijk is geworden.*
>
> [...]

225 Ibidem.
226 HR 16 oktober 1992, AB 1993/40, m.nt. F.H. van den Burg (Vulhop/Amsterdam).
227 Ibidem.
228 ABRvS 26 november 2008, AB 2008/378, m.nt. R. Ortlep naar welke uitspraak wordt verwezen in ABRvS 5 januari 2011, AB 2012/52, m.nt. P.J. Stolk en ABRvS 31 mei 2017, Gst. 2017/148, C.M.M. van Mil.

> *6.1. Het CBR heeft* [appellant] *in 2013 een asp opgelegd met toepassing van artikel 17 van de Regeling. In de door* [appellant] *genoemde uitspraak van 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, heeft de Afdeling overwogen dat deze bepaling onverbindend is, onder meer omdat deze bepaling in een substantieel aantal gevallen onevenredig kan uitwerken. In dezelfde uitspraak heeft de Afdeling overwogen dat deze onverbindendheid niet betekent dat het CBR, hoewel daartoe bevoegd, gehouden is om reeds in rechte onaantastbaar geworden besluiten tot oplegging van een asp te heroverwegen. De Afdeling heeft in dat verband gewezen op de uitspraak van de Hoge Raad van 16 oktober 1992 (ECLI:NL:HR:1992:ZC0718; Vulhop). In die uitspraak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat aan de formele rechtskracht van een beschikking waartegen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang niet is gebruikt, niet wordt afgedaan in het geval de regeling waarop het besluit is gebaseerd, onverbindend is verklaard.* [...]*."*[229]

Kortmann noemt deze rechtmatigheidsfictie die geldt bij een onaantastbaar besluit "*de leer van de formele rechtskracht*".[230] Van Ettekoven,[231] Roozendaal,[232] en Widdershoven[233] noemen deze fictie simpelweg "*de formele rechtskracht"*. Van Angeren[234] en Scheltema[235] spreken van de "*rechtmatigheid*" van het besluit. Alle auteurs bedoelen naar ik begrijp hetzelfde, te weten: hoe onrechtmatig een besluit ook is, hoe evident het ook moge zijn dat een besluit geen stand had kunnen houden bij de bestuursrechter, eenmaal onaantastbaar wordt dat besluit rechtmatig geacht, zowel wat betreft de wijze van tot stand komen als voor de inhoud. Hoewel de terminologie een kwestie van smaak is, hanteer ik voor het vervolg de term '*rechtsmatigheidsfictie*', omdat deze term volgens mij het beste tot uitdrukking brengt wat de kern van het leerstuk is.

Binnen deze rechtmatigheidsfictie kan ook nog gesproken worden van de leer van de 'eigenlijke formele rechtskracht' en de leer van de 'oneigenlijke formele rechtskracht'. De eigenlijke formele rechtskracht houdt in dat een besluit dat niet is vernietigd, ingetrokken of herroepen in beginsel voor rechtmatig wordt gehouden,[236] terwijl

229 ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2870. Zie ook ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:679 en ABRvS 4 maart 2015, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen, JB 2015/57 m.nt. A.M.M.M. Bots.

230 C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 242.

231 B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', O&A 2006/3.

232 B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', O&A 2003, p. 149.

233 Conclusie A-G Widdershoven, 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249, r.o. 5.11.

234 J.A.M. van Angeren, 'De twee gezichten van de formele rechtskracht: taakverdeling van rechters en het scheppen van rechtszekerheid', O&A 2011/4,p. 1.

235 M.W. Scheltema, 'Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht; een heldere afbakening?', NTBR 2009/23, p. 1.

236 HR 16 mei 1985, AB 1986/573, m.nt. F.H. van den Burg (Heesch/Van den Akker) en HR 6 januari 2017, AB 2017/407, m.nt. C.N.J. Kortmann.

de oneigenlijke formele rechtskracht inhoudt dat een vernietigd besluit in beginsel voor onrechtmatig wordt gehouden.[237] Voor dit proefschrift is dit onderscheid niet van belang, nu een onrechtmatig sanctiebesluit betekent dat de grondslag voor het effectueringsbesluit is komen te vervallen. Dat betekent dat de bestuursrechter reeds daarom het effectueringsbesluit kan vernietigen. In zoverre heeft de oneigenlijke formele rechtskracht geen rol van betekenis binnen het sanctierecht.
Daarnaast wordt onder 'de formele rechtskracht' soms ook (ten onrechte) twee andere leerstukken verstaan. Kortmann wijst in dat kader op de "*bindende kracht van de uitspraak van de bestuursrechter*" en "*de ontvankelijkheidsleer van de Hoge Raad*".[238] Met de bindende kracht van de uitspraak van de bestuursrechter wordt bedoeld dat als er een onaantastbare rechterlijke uitspraak op een vernietigingsberoep is (lees: een uitspraak waar geen normale rechtsmiddelen meer tegen kunnen worden aangewend), rechters in de daaropvolgende procedures gebonden zijn aan dat oordeel. In het bestuursrecht komt dit leerstuk naar voren in het kader van de zogenaamde '*Brummenlijn*' van de ABRvS. Deze lijn houdt in dat als er geen hoger beroep wordt ingesteld tegen een uitspraak van de rechtbank waarin beroepsgronden uitdrukkelijk en zonder voorbehoud worden verworpen, de rechter in een vervolgprocedure van de juistheid van dat oordeel dient uit te gaan.[239] Dit noemt men ook wel het 'gezag van gewijsde'.[240] De CRvB[241] en het CBb[242] hanteren vergelijkbare lijnen. Van Ettekoven ziet dit leerstuk niet als onderdeel van 'de formele rechtskracht'. Van Ettekoven betoogt, naar mijn mening terecht, dat de formele rechtskracht een eigenschap is van een besluit, terwijl de bindende kracht van de uitspraak van rechter een eigenschap is van een uitspraak van een rechter.[243] Ook Kortmann is van oordeel dat het gezag van gewijsde niet valt te plaatsen binnen het leerstuk van de formele rechtskracht.[244] Die opvatting deel ik. Het 'gezag van gewijsde' staat los van de formele rechtskracht. Evenwel is het gezag van gewijsde wel relevant voor de discussie in dit

237 HR 31 mei 1991, AB 1992/290, NJ 1993/112, m.nt. C.J.H. Brunner (Van Gog/Nederweert).

238 C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 250. Van der Veen maakt dit onderscheid ook – bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een eis bij de civiele rechter "blijft de formele rechtskracht buiten beeld". G.A. van der Veen, 'De Hoge Raad en de formele rechtskracht, de stand van zaken', JBplus 2009, p. 3.Zie ook (anders): M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', O&A 2006/2.

239 ABRvS 6 augustus 2003, AB 2003/355, m.nt. P.A. Willemse en R.J.G.M. Widdershoven.

240 Zie ook: R. Ortlep, P.A. Willemsen, 'Gezag van gewijsde in het bestuursrecht', NTB 2007/239.

241 CRvB 12 november 2003, AB 2004/206, m.nt. P.A. Willemse en R.J.G.M. Widdershoven.

242 CBb 28 februari 2008, AB 2008/239, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en R. Ortlep.

243 B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', O&A 2006/3.

244 C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 250. Van der Veen maakt dit onderscheid ook – bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een eis bij de civiele rechter "blijft de formele rechtskracht buiten beeld". G.A. van der Veen, 'De Hoge Raad en de formele rechtskracht, de stand van zaken', JBplus 2009, p. 3.Zie ook (anders): M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', O&A 2006/2.

onderdeel. Immers, het is niet ondenkbaar dat in beroep tegen een sanctiebesluit de rechtbank een onrechtmatig besluit voor rechtmatig houdt. Krijgt die uitspraak vervolgens gezag van gewijsde, dan beperkt dat eveneens de mogelijkheden om in het kader van het effectueringsbesluit de rechtmatigheid van het sanctiebesluit ter discussie te stellen. In zoverre is de werking van het gezag van gewijsde wel goed vergelijkbaar met die van de formele rechtskracht. Evenwel wordt in dit deel afgezien van een verdere beschouwing van dit vraagstuk. Dat heeft te maken met het gegeven dat de toetsingsmaatstaf voor een uitzondering op het gezag van gewijsde naar zijn aard strenger is dan de toetsingsmaatstaf voor een uitzondering op de formele rechtskracht.[245] Immers, de bestuursrechter heeft het besluit dan daadwerkelijk getoetst. Dat betekent mijns inziens dat de vraag of een uitzondering op het gezag van gewijsde aanvaardbaar is pas hoeft te worden beantwoord als de conclusie is dat een uitzondering op de formele rechtskracht aanvaardbaar kan worden geacht.

De ontvankelijkheidsleer van de HR ziet niet op de rechtskracht van het dictum en de gevolgen van een besluit, maar ziet op de verhouding tussen de beschikbare rechtsmiddelen en het primaat van de bestuursrechter. Indien een ingestelde vordering feitelijk ziet op een besluit waartegen een bijzondere rechtsgang open staat (zoals bezwaar en beroep bij de bestuursrechter), dan verklaart de civiele rechter de eiser niet-ontvankelijk in zijn vordering onder verwijzing naar die rechtsgang. Het gaat er hierbij om dat de burger materieel hetzelfde resultaat kan behalen door een procedure bij de bestuursrechter te voeren.[246] Het betreft hier geen eigenschap van een besluit, maar eerder een competentievraagstuk. Immers, ook als er nog geen besluit is genomen maar de vordering strekt tot het afdwingen van een bepaald besluit, geldt deze ontvankelijkheidsleer en verklaart de civiele rechter de eiser niet-ontvankelijk in zijn vordering. In zoverre beschouw ik dit leerstuk, gelijk Kortmann, niet als onderdeel van 'de formele rechtskracht' zodat ik het leerstuk verder buiten beschouwing laat.

Vanwege de wisselende terminologie in de literatuur, alsmede de discussie omtrent wat er precies onder 'de formele rechtskracht' moet worden verstaan sta ik kort nogmaals stil bij de terminologie die ik in dit proefschrift gebruik. Het leerstuk (ook wel: de leer, of het beginsel) van *de formele rechtskracht* houdt in dat er een tweetal gevolgen voortvloeien uit het onaantastbaar worden van een bestuursrechtelijk besluit. Ten eerste de *rechtsgeldigheidsleer*, inhoudende dat een onaantastbaar besluit niet meer kan worden vernietigd door de rechter. Ten tweede de *rechtmatigheidsfictie*, inhoudende dat een onaantastbaar besluit rechtmatig wordt geacht, zowel wat haar inhoud als de wijze van haar tot stand komen betreft.

245 Zie ook: R. Ortlep, P.A. Willemsen, 'Gezag van gewijsde in het bestuursrecht', NTB 2007/239.

246 HR 22 mei 2015, AB 2016/267 m.nt. G.A. van der Veen en C.N.J. Kortmann, NJ 2016/262 m.nt. H.J. Snijders (Staat / Privacy First) en HR 3 juni 2016, AB 2016/268 m.nt. F.J. van Ommeren en C.N.J. Kortmann, NJ 2017/46 m.nt. T. Barkhuysen en M. Claessens (Universiteiten/SCAU).

2.8.2 *Waarom hebben wij de formele rechtskracht in het bestuursrecht?*

De vraag waarom de formele rechtskracht binnen het bestuursrecht wordt gehanteerd is eigenlijk niet de juiste. Zoals hiervoor uiteengezet is er een verschil tussen de twee onderdelen van de formele rechtskracht: de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie. Dat zijn twee zeer verschillende aspecten waar blijkens de literatuur ook andere onderbouwingen voor worden gegeven. Van belang daarbij is dat niemand het nut en het belang van de rechtsgeldigheidsleer betwist.[247] Dat het in het belang van de rechtszekerheid is dat het dictum van het besluit op een gegeven moment niet meer kan worden betwist, staat vast. De discussie over de redenen waarom de formele rechtskracht wordt gehanteerd lijkt zich eigenlijk uitsluitend te beperken tot de vraag waarom *de rechtmatigheidsfictie* wordt gehanteerd door de civiele en de bestuursrechter en of die redenen voldoende zijn om de negatieve gevolgen van de rechtmatigheidsfictie te rechtvaardigen.[248] De vraag is dus eigenlijk: waarom hebben wij de *rechtmatigheidsfictie* in het bestuursrecht (en kunnen we misschien ook zonder)?

A-G Widdershoven is daar kort over: "[h]*et beginsel van formele rechtskracht of de onaantastbaarheidsregel,* [worden] *beide gerechtvaardigd* [...] *door het beginsel van rechtszekerheid*".[249] De rechtszekerheid vereist volgens hem de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie. Bij de opvatting dat het rechtszekerheidsargument voldoende draagkrachtig is om de rechtmatigheidsfictie te rechtvaardigen wordt door een aantal auteurs vraagtekens gezet. Alvorens nader op die discussie in te gaan, ga ik eerst in op de opvatting dat enkel de rechtszekerheid als argument kan dienen voor het hanteren van de leer van de formele rechtskracht *binnen* het bestuursrecht.

Mok en Tjittes identificeren een drietal redenen waarom de rechtmatigheidsfictie wordt gehanteerd.[250] Ten eerste het belang bij het voorkomen dat de civiele rechter tot een afwijkend oordeel komt dan de bestuursrechter over hetzelfde besluit (het "*argument van de rechtsmachtverdeling*"[251] of het 'congruentieargument'). Door de rechtmatigheidsfictie wordt voorkomen dat twee rechters zich over (de rechtmatigheid van) het besluit kunnen buigen. Van der Veen vult dit aan met het argument dat het forumshoppen door de belanghebbende moet worden voorkomen,[252] maar

247 Zie bijvoorbeeld: C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 250, "[het] *is gebleken dat de rechtszekerheid, het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken en de specialisatiegedachte goede argumenten zijn voor het handhaven van* [de rechtsgeldigheidsleer]".

248 C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 251, zie ook B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', O&A 2003, p. 166.

249 Conclusie A-G Widdershoven, 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249, r.o. 5.11.

250 M.R. Mok en R.P.J.I. Tjittes, 'Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid', RMTh 1995, pp.383-404, p. 385.

251 ABRvS 28 februari 2007, AB 2007/199, m.nt. R. Ortlep.

252 G.A. van der Veen, 'De Hoge Raad en de formele rechtskracht, De stand van Zaken', JBplus 2009 p. 5.

dat is naar mijn mening in essentie hetzelfde belang. Ten tweede de gedachte dat het beoordelen van de rechtmatigheid van een besluit bij uitstek bij de bestuursrechter thuishoort (het specialiteitsargument). Ten derde de rechtszekerheid gemoeid met de rechtmatigheidsfictie nu daardoor vaststaat dat een onaantastbaar besluit geldt en rechtmatig is (het rechtszekerheidsargument). Die belangen komen ook tot uiting in de overwegingen van de civiele rechter.

Voor het hanteren van de formele rechtskracht binnen het bestuursrecht speelt het belang dat de civiele rechter niet iets anders gaat zeggen dan de bestuursrechter (het argument van de rechtsmachtverdeling) en de wens om de toetsing van een besluit aan de bestuursrechter voor te behouden (het specialiteitsargument) op het eerste gezicht niet. Immers, de civiele rechter speelt binnen het bestuursrecht geen rol. Naast Widdershoven concluderen daarom ook Schueler[253], Kortmann[254] en Ortlep[255] dat die belangen in de rechtvaardiging van de toepassing van de rechtmatigheidsfictie *binnen het bestuursrecht* geen rol zouden moeten spelen. Die opvatting miskent volgens mij echter dat de formele rechtskracht een wisselwerking is tussen bestuursrechter en civiele rechter: de bestuursrechter volgt in feite de civiele rechter in de rechtsmachtverdeling die de civiele rechter heeft aangebracht en heeft daarom wel degelijk rekening te houden met de belangen die de civiele rechter heeft bij het hanteren van de rechtmatigheidsfictie. Zoals Polak opmerkt:

> *"*[i]*k weet dat ook de bestuursrechter de leerstukken van de formele rechtskracht en omgekeerde formele rechtskracht hanteert, maar ook dat laat zich door de* [rechtsmachtverdeling] *verklaren: het ligt voor de hand, dat deze thans noodzakelijkerwijs* [...] *juist de benadering van de burgerlijke rechter volgt."*[256]

Die wisselwerking wordt door Gelpke als volgt verwoord:

> *"de leer van de formele rechtskracht van overheidsbesluiten, en de bindende kracht van de bestuursrechter betreffende vernietigde overheidsbesluiten, zoals gehanteerd door de (hoogste) burgerlijke rechter,* [vloeit] *vrijwel onontkoombaar* [voort] *uit de keuzes van de wetgever en de bestuursrechter."*[257]

In de lezing van Polak is het de bestuursrechter die de civiele rechter volgt, terwijl in de lezing van Gelpke de civiele rechter wordt gedwongen om de leer te hanteren door de bestuursrechter (en de wetgever). Hoe dan ook, de kern van deze betogen

253 B. J. Schueler, Schadevergoeding en de Awb, (Deventer, 2005), p. 125.
254 C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 247.
255 ABRvS 28 februari 2007, AB 2007/199, m.nt. R. Ortlep.
256 J.E.M. Polak, 'Goede polderoplossing', NJB 2007/1683, p. 3.
257 M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', O&A 2006/2, p. 7.

is volgens mij dat als de bestuursrechter afscheid zou nemen van de formele rechtskracht zonder dat de civiele rechter dat tegelijkertijd ook doet (of andersom), dat noodzakelijkerwijs een eenzijdige wijziging van de rechtsmachtverdeling zou betekenen. Het eenzijdig wijzigen van een rechtsmacht grens betekent dat op sommige gebieden twee rechters, of juist geen enkele rechter, zichzelf bevoegd acht. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de situatie dat de civiele rechter de rechtmatigheidsfictie verlaat, maar de bestuursrechter niet. Dan is het bijvoorbeeld mogelijk dat het bestuursorgaan op basis van een onaantastbaar onrechtmatig sanctiebesluit een (op zichzelf genomen) rechtmatig effectueringsbesluit neemt, maar zal de civiele rechter de effectuering daarvan tegenhouden. Niet bepaald rechtszeker. Andersom, als de bestuursrechter de rechtmatigheidsfictie verlaat maar de civiele rechter niet, dan leidt dat tot de merkwaardige situatie dat men bij de bestuursrechter wél schadevergoeding zou kunnen krijgen voor een onaantastbaar onrechtmatig besluit, maar niet bij de civiele rechter. Beide scenario's lijken mij onwenselijk. De conclusie is daarom volgens mij dat de bestuursrechter geen afscheid kan nemen van de rechtmatigheidsfictie zonder dat de civiele rechter dat ook doet, zodat de bestuursrechter zich dus ook rekenschap moet geven van de belangen van de goede rechtsmachtverdeling en de specialisatiegedachte bij de afweging of de rechtmatigheidsfictie binnen het bestuursrecht gehanteerd moet worden.

Dat de argumenten voor de rechtmatigheidsfictie vanuit het perspectief van de civiele rechter en de bestuursrechter een andere weging krijgen vanuit bestuursrechtelijk perspectief maakt het voorgaande volgens mij niet anders. Die andere weging blijkt ook duidelijk uit de literatuur. Van Ettekoven, Widdershoven, Schueler, Kortmann en Ortlep betogen allen dat de rechtszekerheid het enige argument is voor het hanteren van de rechtmatigheidsfictie door de bestuursrechter. Van Ettekoven licht dat als volgt toe:

> "[w]*e hebben gezien dat ook de bestuursrechter uitgaat van de onaantastbaarheid van besluiten. Niet vanwege de competentieverdeling met de burgerlijke rechter, maar uit oogpunt van rechtszekerheid. Als een besluit eenmaal onaantastbaar is, al dan niet na een procedure bij bestuur en rechter, is het weinig effectief als de rechtmatigheid van dat besluit alsnog ter discussie kan worden gesteld in een andere procedure. Simpel gezegd: het moet een keer afgelopen zijn.*"[258]

Terwijl Gelpke het hanteren van de rechtmatigheidsfictie door de civiele rechter eigenlijk alleen maar aanvaardbaar acht vanwege de grote waarde die hij hecht aan een goede rechtsmachtverdeling en de specialiteitsgedachte. Een "*op het eerste gezicht uiterst onbevredigende regel*" zoals de formele rechtskracht, kan volgens

258 B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', O&A 2006/3, p. 12.

hem alleen worden gerechtvaardigd vanuit het belang "*dat een doelmatige taakverdeling tussen de burgerlijke en de bestuursrechter geboden is*".[259] Het belang van de rechtszekerheid komt daar niet bij kijken.

Ik ben het eens met Schueler, Kortmann en Ortlep dat het argument van de rechtsmachtverdeling en het specialiteitsargument minder van belang zijn bij de rechtvaardiging van het hanteren van de formele rechtskracht door de bestuursrechter, maar met Polak meen ik dat die argumenten toch relevant zijn voor de vraag waarom de bestuursrechter de rechtmatigheidsfictie hanteert en of dat terecht is. Ook binnen het kader van de effectuering van sanctiebesluiten zou het eenzijdig afscheid nemen van de leer van de formele rechtskracht volgens mij tot problemen leiden. Zo zou het zo kunnen zijn dat als de civiele rechter afscheid neemt van het leerstuk, maar de bestuursrechter niet, de bestuursrechter effectuering van een onrechtmatig maar onaantastbaar effectueringsbesluit niet kan voorkomen, maar de civiele rechter wel. Dat zou ertoe leiden dat de bestuursrechter geen rol van betekenis meer zou hebben omdat de civiele rechter alsnog onrechtmatige besluitvorming zou kunnen tegenhouden of de feitelijke gevolgen daarvan ongedaan zou kunnen maken. Het tegenovergestelde scenario, dat de bestuursrechter wel afscheid zou nemen van de rechtmatigheidsfictie maar de civiele rechter niet, is iets minder problematisch. Toch kent ook die uitkomst volgens mij ernstige bezwaren. Dan kan de belanghebbende bij een onaantastbaar maar onrechtmatig bestuursdwangbesluit (bijvoorbeeld) weliswaar bij de bestuursrechter voorkomen dat de kosten voor het uitvoeren van onrechtmatige bestuursdwang op hem worden verhaald, maar kan hij weer niet voorkomen dat onrechtmatige bestuursdwang wél feitelijk wordt uitgevoerd (immers – de last onder bestuursdwang wordt door de civiele rechter voor rechtmatig gehouden), noch kan hij de schade die door die feitelijke uitvoering heeft geleden verhalen op de overheid. Dat scenario lijkt mij ook niet wenselijk. In de kern genomen is het niet verdedigbaar dat één rechter het besluit wél rechtmatig acht en de ander niet. De bestuursrechter en de civiele rechter dienen daarom één lijn te trekken voor beantwoording van de vraag wanneer een besluit rechtmatig is en wanneer dat niet het geval is. Een eenzijdige wijziging daarvan leidt volgens mij tot onwenselijke uitkomsten.

Aangezien zowel de civiele als de bestuursrechter tegelijkertijd afscheid zouden moeten nemen van de formele rechtskracht om een duidelijke rechtsmachtverdeling te waarborgen, betekent dat noodzakelijkerwijs dat ook de argumenten voor het behouden van de formele rechtskracht vanuit het perspectief van de civiele rechter zullen moeten worden meegewogen in de discussie over het behouden van de formele rechtskracht *binnen* het bestuursrecht. De vraag is volgens mij dus of het

259 M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', O&A 2006/2, p. 3.

bestaan van de rechtmatigheidsfictie binnen het bestuursrecht te rechtvaardigen is op grond van het argument van de rechtsmachtverdeling, het specialiteitsargument en het rechtszekerheidsargument.

De discussies in de literatuur bestrijden elkaar op de specifieke weging van de argumenten. In hoge mate is dat een welles-nietes discussie. Zijn de scherpe kanten van de rechtmatigheidsfictie aanvaardbaar in ruil voor de heldere rechtsmachtverdeling, gespecialiseerde rechters en de rechtszekerheid? Hoeveel onrechtvaardige uitkomsten zijn aanvaardbaar voordat het belang van de rechtszekerheid moet wijken? Dat is een debat zonder einde. Daarom probeer ik de discussie in een nieuw licht te plaatsen. Volgens mij miskennen de partijen in het debat namelijk dat het antwoord op de vraag of de rechtmatigheidsfictie te rechtvaardigen is, volledig afhankelijk is van de visie van de auteur op de vraag wat de verhouding is tussen de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie. Of de rechtmatigheidsfictie volgens een auteur te rechtvaardigen is, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of deze nodig wordt geacht om de rechtsgeldigheidsleer te behouden.

De discussie komt er volgens mij op neer dat er een verschil van inzicht bestaat tussen auteurs over de vraag of de rechtsgeldigheid van een onaantastbaar besluit kan worden los gekoppeld van de rechtmatigheidsfictie, zonder de rechtsgeldigheidsleer te ondermijnen. Of, zoals Ortlep de vraag stelt: "*wat is dan precies het verschil tussen de rechtsgeldigheid en de rechtmatigheid van een in rechte onaantastbaar geworden beschikking? Impliceert het eerste niet het laatste en omgekeerd?*"[260] Met andere woorden: kunnen de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie bij onaantastbare besluiten probleemloos van elkaar worden (af) gescheiden, of zijn het twee kanten van dezelfde medaille? Het antwoord op die vraag is volgens mij bepalend voor het antwoord op de vraag of de genoemde motieven voor de formele rechtskracht voldoende gewicht in de schaal leggen om de rechtmatigheidsfictie te rechtvaardigen. Immers, dat een besluit op enig moment voor rechtsgeldig moet worden gehouden omwille van de rechtszekerheid van burgers en bestuur wordt door niemand betwist,[261] maar of daarvoor nodig is dat ook de rechtmatigheidsfictie wordt gehanteerd verschillen de meningen.[262]
Kortmann beantwoordt de vraag of de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie onafscheidelijk zijn ontkennend. Hij betoogt dat de rechtsgeldigheid ziet op het vernietigingsberoep en enkel gaat over het mogen uitvoeren van een bepaalde handeling. De rechtmatigheidsfictie ziet op de vraag of er ten gevolge van die handeling

260 Aldus R.Ortlep in zijn noot bij: ABRvS 28 februari 2007, AB 2007/199.

261 Zie bijvoorbeeld: C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 250, "[het] *is gebleken dat de rechtszekerheid, het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken en de specialisatiegedachte goede argumenten zijn voor het handhaven van* [de rechtsgeldigheidsleer]".

262 C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 251, zie ook B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', O&A 2003, p. 166.

schade moet worden vergoed.[263] Omdat de twee aspecten (vernietigingsberoep / schadevergoedingsvordering) volgens hem los van elkaar staan, meent Kortmann dat "[d]*e rechtmatigheidsfictie* [...] *geen noodzakelijk gevolg van de formele rechtskracht (onaantastbaarheid) van het besluit* [is]."[264] Daartoe betoogt hij dat een in een (civiele) schadeprocedure gegeven oordeel over de rechtmatigheid van een besluit, niet af doet aan de geldigheid van dat besluit. Om zijn punt te maken geeft Kortmann een voorbeeld waarin een aantal buren (toevallig allen befaamd componist) procederen. Aan Haydn wordt een vergunning verstrekt door het college van burgemeester en wethouders, buurman Beethoven komt daar (succesvol) tegen open, buurman Bach niet. Thans geldt dat buurman Bach geen aanspraak kan maken op schadevergoeding. Immers, Bach is niet opgekomen tegen het besluit zodat het jegens hem formele rechtskracht heeft. Maar, aldus Kortmann:

> "[a]*ls de rechter* [...] *de leer van de formele rechtskracht* [de rechtmatigheidsfictie – TS] *niet zou toepassen maar zelfstandig zou oordelen dat B&W jegens Bach onrechtmatig hebben gehandeld door verlening van de vergunning aan Haydn, dan wil dat niet zeggen dat daarmee de geldigheid van de vergunning ter discussie komt te staan. Die geldigheid wordt immers niet bepaald in de schadeprocedure maar in een bezwaar- en beroepsprocedure. Anders gezegd: of de claim van Bach jegens de gemeente nu toegewezen wordt of niet, aan de rechtsverhouding tussen Haydn, Bach en Beethoven verandert er niets. Ook zonder de rechtmatigheidsfictie kan de formele rechtskracht van besluiten gewoon blijven bestaan."*[265]

Met andere woorden: Kortmann ziet de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie als twee op zichzelf staande leerstukken, terwijl het argument van de rechtsmachtverdeling, het specialiteitsargument en de rechtszekerheid volgens hem onvoldoende zijn om de rechtsmatigheidsfictie te rechtvaardigen.

Roozendaal constateert dat er "[i]*n het Nederlands recht* [...] *tussen deze twee gevolgen van het verstrijken van de bezwaar- en beroepstermijn nauwelijks onderscheid* [wordt] *gemaakt. De termen onaantastbaarheid en formele rechtskracht worden dan ook wel door elkaar gebruikt, zulks ten onrechte*."[266] Hij betoogt dat de twee los van elkaar kunnen en moeten worden gezien, onder verwijzing naar het feit dat de rechtsgeldigheid en de rechtmatigheid van een besluit ook los van elkaar worden gezien in het Frans en Duits recht. In bepaalde gevallen acht hij goede redenen om de rechtmatigheidsfictie niet toe te passen en ziet hij ook geen bezwaren tegen het

263 C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 244.
264 Ibid, p. 243.
265 Ibid, p. 243.
266 B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', O&A 2003, p. 149.

loslaten van die fictie (zij het dat de belanghebbende dan eigen schuld krijgt tegengeworpen nu hij geen rechtsmiddelen heeft ingesteld).[267] Dat impliceert dat Roozendaal meent dat de rechtsgeldigheidsleer niet (in alle gevallen) de rechtmatigheidsfictie nodig heeft.

M. Scheltema betoogt dat rechtsgeldigheid en rechtmatigheid goed van elkaar kunnen (en moeten) worden gescheiden. "[I]*nstandhouding van het besluit staat geenszins in de weg aan vergoeding van de onrechtmatig veroorzaakte schade*". Hij bepleit dan ook dat de rechtmatigheidsfictie wordt losgelaten: "[h]*et belang waarvoor het leerstuk van de formele rechtskracht in het leven is geroepen – het belang dat onzekerheid over de rechtskracht van sommige besluiten niet te lang mag duren – kan heel goed overeind blijven zonder voor alle besluiten alle negatieve gevolgen van de formele rechtskracht te accepteren.*"[268]

Ortlep onderschrijft dat de rechtmatigheid en de rechtsgeldigheid van elkaar los kunnen worden gezien.[269] Hij constateert met Kortmann dat een in rechte onaantastbaar besluit weliswaar in overeenstemming wordt geacht met het objectieve recht, dat wil zeggen: rechtsgeldig is, maar dat dit niet impliceert dat zij automatisch rechtmatig is: "*het vernietigingsberoep is er simpelweg niet op gericht om het laatste vast te stellen*". Daarbij wijst hij erop dat de ABRvS voor uitzonderingen op de rechtsgeldigheid van een onaantastbaar besluit een strengere toetsingsnorm heeft dan voor het maken van uitzonderingen op de rechtmatigheid van een onaantastbaar besluit. Tot slot meent Ortlep dat het op zich mogelijk moet zijn dat een rechtsgeldig besluit in een ander geding onrechtmatig blijkt zonder dat dit de rechtsgeldigheid hoeft aan te tasten van dat besluit maar dat het "[w]*el natuurlijk zou kunnen zijn,* [...] *dat er een bepaalde reflexwerking kan bestaan, bijvoorbeeld het verzoek aan het bestuursorgaan om de in rechte onaantastbaar geworden beschikking in te trekken. Daarnaast* [...] *kan in het geding omtrent schadevergoeding het feitelijke gevolg van een in rechte onaantastbaar geworden beschikking ongedaan worden gemaakt als de toekenning daarvan materieel gelijkstaat aan de vernietiging van die beschikking. Is dat het geval, dan wordt de in rechte onaantastbaar geworden beschikking nog steeds niet aangetast maar zou gezegd kunnen worden dat de rechtszekerheid in het geding is.*"[270]

Van Angeren is het oordeel toegedaan dat de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie niet van elkaar te scheiden zijn. Hij merkt op dat "[d]*eze gelijkstelling* [van rechtsgeldigheid en rechtmatigheid] *betekent dat een geldig besluit niet*

267 Ibid, p. 166.
268 M. Scheltema, 'Kunnen wij zonder de formele rechtskracht', NTB 2007/17, p. 2.
269 R.Ortlep in zijn noot bij: ABRvS 28 februari 2007, AB 2007/199.
270 Ibidem.

onrechtmatig kan zijn. [...] *Deze rechtspraak is van wezenlijk belang voor de rechtszekerheid en voor het vertrouwen dat men bijvoorbeeld in het geval van een positief besluit als een vergunning ongestoord van het besluit gebruik kan maken*."[271] Van Angeren betoogt dat er vanwege die koppeling eigenlijk maar twee alternatieven zijn. Ofwel men accepteert de formele rechtskracht in zijn geheel, en dus dat een rechtsgeldig besluit tevens rechtmatig is ("[m]*aar dat betekent wel dat de schade, veroorzaakt door een met het recht strijdig besluit niet kan worden vergoed*"[272]), ofwel men verlaat de rechtmatigheidsfictie ("[d]*at is uit een oogpunt van rechtszekerheid minder gelukkig, maar heeft wel het voordeel dat de schade voor vergoeding in aanmerking komt*"[273]).

Van Ettekoven komt tot de conclusie dat een loskoppeling van de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie niet goed mogelijk is, omdat het voordeel van het systeem (de sterke rechtszekerheid) in feite voortvloeit uit die koppeling. Ten aanzien van het betoog van andere auteurs dat een loskoppeling mogelijk en wenselijk is, waarbij de rechtmatigheidsfictie wordt verlaten, merkt hij op dat hij "*vrees*[t] *voor aantasting van de rechtszekerheid omdat het* [zijns] *inziens voor de hand ligt dat het vaststellen van de onrechtmatigheid van het besluit, nadat het onaantastbaar is geworden, een reflexwerking zal hebben op de geldigheid van het besluit*."[274] Voorts wijst hij erop dat "[e]*en overheid die wordt veroordeeld tot schadevergoeding vanwege een onaantastbaar, maar onrechtmatig besluit, zeker als dat besluit een duurkarakter heeft – alles aan* [zal] *willen doen om aansprakelijkheid te laten eindigen*."

M.W. Scheltema betoogt dat het niet goed mogelijk is om de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie van elkaar los te zien. Hij betoogt dat het loslaten van de rechtmatigheidsfictie inhoudt dat: *"via een omweg alsnog de rechtskracht van een besluit wordt aangetast"*. Naar zijn mening "*zal het door de burgerlijke rechter onrechtmatig achten van een besluit er veelal toe leiden dat dit wordt ingetrokken*" hetgeen feitelijk de rechtsgeldigheidsleer aantast. Voor wat betreft de vraag of een rechtsgeldig doch onrechtmatig besluit kan voort bestaan merkt M.W. Scheltema op dat hij twijfelt of dat zal kunnen. *"Niet ondenkbaar is dat bij de burgerlijke rechter een verbod wordt gevraagd om het onrechtmatige besluit uit te voeren, dan wel een bevel om hetgeen op grond van het besluit is verboden toe te staan. Als dat*

271 J.A.M. van Angeren, 'De twee gezichten van de formele rechtskracht: taakverdeling van rechters en het scheppen van rechtszekerheid', O&A 2011/4, p. 1.

272 Ibid, p. 8.

273 J.A.M. van Angeren, 'De twee gezichten van de formele rechtskracht: taakverdeling van rechters en het scheppen van rechtszekerheid', O&A 2011/4, p. 8.

274 B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', O&A 2006/3, p. 12.

verbod of bevel wordt toegewezen, leidt dat in feite tot een situatie die vergelijkbaar is met de intrekking van het besluit."[275]

Kortmann heeft in zijn noot bij AB 2017/132 gereageerd op de betogen van Van Ettekoven en M.W. Scheltema.[276] Daarbij merkt hij op dat hij zich afvraagt of Van Ettekoven en M.W. Scheltema het niet te somber inzien. Hij wijst erop dat er vaak wettelijke beperkingen zijn aan de mogelijkheid om in te trekken en hij betwijfelt of de overheid inderdaad alles in zijn werk zal stellen om de onrechtmatige situatie te beëindigen. Naar de mening van Kortmann is de vrees voor reflexwerking beperkt tot de literatuur, nu de HR dit risico niet noemt als argument voor de rechtmatigheidsfictie.

Tot slot ziet Polak de rechtmatigheidsfictie als noodzakelijk in het huidige systeem. Hij merkt op dat "[a]*ls de bestuursrechter heeft geoordeeld dat er niets mis is met een besluit, wordt het systeem als geheel aangetast en heeft het ook overigens nogal wat bezwaren als de burgerlijke rechter tot een ander oordeel komt* […]. *Het is vrijwel uitgesloten, althans echt onwaarschijnlijk dat bij een continuering* […] *van deze* [rechtsmacht]*verdeling wezenlijk getornd kan worden aan die systematiek*."[277] Hoewel dit argument naar de letterlijke tekst ervan ziet op het gezag van gewijsde en niet op de formele rechtskracht, neem ik aan dat Polak dit betoog ook kan onderschrijven voor de formele rechtskracht nu hij de noodzaak van rechtmatigheidsfictie ook binnen het bestuursrecht onderschrijft.

De argumenten van de twee kampen in dit geschil laten zich volgens mij als volgt samenvatten.

Zij die betogen dat de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie los van elkaar kunnen bestaan, bepleiten dat de rechtmatigheidsfictie niet nodig is om de rechtsgeldigheidsleer te hebben en dat de rechtmatigheidsfictie ook moet worden los gelaten (in meer of mindere mate – afhankelijk van de auteur). De motieven die aan de formele rechtskracht ten grondslag worden gelegd zijn voldoende om de rechtsgeldigheidsleer te rechtvaardigen, maar onvoldoende om de rechtmatigheidsfictie te dragen. Daarbij wijzen zij op het feit dat het buitenlandse recht de rechtmatigheidsfictie niet nodig heeft om de rechtsgeldigheidsleer in stand te houden. Zij verwijzen in dat kader naar de onevenredige gevolgen die de rechtmatigheidsfictie heeft in bepaalde gevallen. Deze auteurs concluderen dat het argument van de rechtsmachtverdeling, het specialiteitsargument en de rechtszekerheid onvoldoende zijn om de rechtmatigheidsfictie te rechtvaardigen.

275 M.W. Scheltema, 'Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht; een heldere afbakening?', NTBR 2009/23, p. 2.

276 HR 3 juni 2016, AB 2017/132, m.nt. C.N.J. Kortmann.

277 J.E.M. Polak, 'Goede polderoplossing', NJB 2007/1683, p. 2.

Zij die betogen dat de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie niet los van elkaar kunnen bestaan, bepleiten dat de rechtmatigheidsfictie weliswaar vervelende consequenties kan hebben, maar dat die rechtmatigheidsfictie noodzakelijk is om de rechtsgeldigheidsleer niet te ondermijnen. Zij baseren dat op de veronderstelling dat indien later vast komt te staan dat een onaantastbaar besluit rechtsgeldig, maar toch onrechtmatig is, daarmee feitelijk afbreuk wordt gedaan aan de rechtsgeldigheid van dat besluit. Hun veronderstelling is dat een vonnis van de civiele rechter dat een besluit onrechtmatig is hoe dan ook zal leiden tot intrekking van dat onrechtmatige maar rechtsgeldige besluit of het anderszins ongedaan maken van de feitelijke gevolgen van dat besluit. De rechtmatigheidsfictie is in hun visie noodzakelijk om de rechtsgeldigheidsleer te behouden. De rechtsgeldigheidsleer is voorts zo belangrijk gelet op de rechtszekerheid, dat alleen al daarom de rechtmatigheidsfictie aanvaardbaar moet worden geacht. Deze auteurs concluderen dat (een of meerdere van) de argumenten (rechtsmachtverdeling, het specialiteitsargument en de rechtszekerheid) voldoende zijn om de rechtmatigheidsfictie te rechtvaardigen.

Voor beide standpunten valt veel te zeggen. De eerlijkheid gebiedt mij ook te zeggen dat bij het schrijven van dit deel van mijn onderzoek ik in eerste instantie kwam tot een betoog waarbij ik de opvatting van Kortmann ondersteunde. Zeker na het lezen van zijn artikel in RMThemis was ik overtuigd van zijn betoog. De rechtmatigheidsfictie heeft gewoon heel onbillijke en onrechtvaardige uitkomsten tot gevolg. Dat valt simpelweg niet te ontkennen. Het is ook moeilijk te verteren dat iemand die bijvoorbeeld geen overtreder is, vanwege het enkele feit dat hij een dag te laat is opgekomen tegen het sanctiebesluit toch gehouden kan worden om de daaruit voortvloeiende geldschuld te betalen. In een opiniestuk in het NJB slaat Drion denk ik de spijker op zijn kop als hij ten aanzien van de gevolgen van de formele rechtskracht bij onaantastbare maar onrechtmatige sanctiebesluiten opmerkt:

> *"Hoezeer technisch juist en hoe juridisch verdedigbaar ook de uitkomst van deze zaak[278] is, het is minst genomen een beetje een aanfluiting voor ons recht als geheel. Wij kiezen ervoor deze mensen niet te helpen om puur formele redenen. Dat spreekt (mij) niet aan, want het is in essentie form over substance."*[279]

Toch kom ik uiteindelijk tot de conclusie dat hoewel de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie twee verschillende dingen zijn, het wel twee zijdes van dezelfde medaille zijn. De een kan niet denk ik niet zonder de ander en de rechtszekerheid van de rechtsgeldigheidsleer maakt de soms zeer onrechtvaardige uitkomsten van de leer van de formele rechtskracht verteerbaar, zij het dat die uitkomsten ook bij mij een bittere nasmaak opleveren.

278 Drion refereert aan: HR 20 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:58.
279 C.E. Drion, 'Verongelukken in het recht', NJB 2017/308.

Niet doorslaggevend, maar wel relevant, acht ik daarbij dat een rechtsgeldig maar onrechtmatig besluit volgens mij een principieel onwenselijk iets is – hoewel ik mij besef dat anderen wellicht niet dezelfde principiële bezwaren daartegen zullen hebben. De twee kwalificaties in het voorbeeld van Kortmann, waarbij de vergunning gewoon mag worden gebruikt, maar onrechtmatig is (en dus dat de daardoor veroorzaakte schade moet worden vergoed), acht ik niet goed met elkaar te verenigen. Als het besluit onrechtmatig is, dan zou het naar mijn mening ook niet rechtsgeldig moeten zijn. Andersom moet een rechtsgeldig besluit volgens mij ook rechtmatig worden geacht. In het verlengde daarvan acht ik het principieel onwenselijk dat het wel mogelijk zou zijn om schadevergoeding te krijgen voor een onrechtmatig doch rechtsgeldig besluit, maar niet om het besluit feitelijk terug te laten draaien (bijvoorbeeld door het vorderen van een verbod op het gebruikmaken van die vergunning bij de civiele rechter). Als een besluit onrechtmatig maar rechtsgeldig is en men concludeert dat het gerechtvaardigd is om schadevergoeding toe te wijzen vanwege het onrechtmatige karakter daarvan, wat is dan nog de rechtvaardiging voor het (laten) voortbestaan van het onrechtmatige besluit? Waarom zou dan niet ook de rechtsgeldigheid van het onrechtmatige besluit moeten worden aangetast? De rechtszekerheid van de vergunninghouder? Dat vind ik dan geen sterk argument meer. Als het mogelijk is om een rechtsgeldig besluit onrechtmatig te laten verklaren door de civiele rechter en schadevergoeding te vorderen, dan vloeit daaruit volgens mij voort dat de rechtszekerheid van de vergunninghouder moet wijken voor het recht van derden om gevrijwaard te blijven van onrechtmatige handelingen. Dan is het volgens mij nog maar een beperkte stap om ook de aantasting van de rechtsgeldigheid van de vergunning aanvaardbaar te achten.

Doorslaggevend argument voor mij is dat een toegewezen schadevordering de aansprakelijke partij (de overheid of de vergunninghouder) naar mijn mening automatisch leidt tot het pogen om de schade te beperken. Bijvoorbeeld door de inbreuk makende activiteit te beëindigen of terug te draaien. Waarom zou men immers de schade verder laten oplopen? In het geval van onrechtmatige besluitvorming zou dat intrekking van het besluit door het bestuursorgaan zijn. Ik ben het dan ook eens met Van Ettekoven en M.W. Scheltema dat een overheid die (succesvol) wordt aangesproken uit hoofde van onrechtmatige daad vanwege een rechtsgeldig, maar onrechtmatig, besluit er alles aan zal willen doen om die aansprakelijkheid te beperken of te beëindigen. Onder meer door intrekking van het besluit dat de schade veroorzaakt. Daarmee wordt de rechtsgeldigheidsleer ondermijnd. Immers, als het besluit vijf jaar na dato door de civiele rechter onrechtmatig wordt bevonden en het bestuursorgaan het besluit vervolgens gaat intrekken, wat heeft de vergunninghouder dan nog aan de rechtsgeldigheidsleer? Hij weet dan immers pas echt waar hij aan toe is als een civiele rechter een eindoordeel geeft over de rechtmatigheid van zijn vergunning. De maatschappelijke effecten van die onzekerheid lijken mij ook zeer onwenselijk.

Kortmann stelt daar tegenover dat het risico op intrekking beperkt is, deels vanwege de limitatieve intrekkingsgronden in (bijvoorbeeld) de Wabo. Dat lijkt mij een valide punt, maar als Kortmann gelijk heeft, dan is het praktische bezwaar tegen het loslaten van de rechtmatigheidsfictie volgens mij nog groter dan gedacht. Dat zou namelijk betekenen dat diegene die wordt aangesproken voor de schade uit hoofde van de door hem gepleegde onrechtmatige daad (de overheid voor het nemen van het onrechtmatige besluit) – de schade niet meer kan beperken, ook al blijft die schade verder oplopen. De overheid is bij duuractivteiten dan tot in de lengte der dagen aansprakelijk voor de schade die is veroorzaakt door het verlenen van de (onrechtmatige) vergunning. Dat kan verstrekkende en volgens mij zeer onwenselijke gevolgen hebben. Denk bijvoorbeeld aan een ten onrechte verleende omgevingsvergunning voor een betonfabriek. In het door Kortmann bepleitte scenario kan de eigenaar van die betonfabriek prima zijn legale, doch onrechtmatige, activiteit verrichten, alleen kan de buurman de daardoor veroorzaakte schade vorderen van de overheid. Er is niets aan de hand, want de overheid kan de verleende omgevingsvergunning niet meer intrekken, dus zowel de eigenaar als de buurman zijn dan gevrijwaard van problemen. Dat klinkt mooi, maar dat is het voor de overheid (en in het verlengde daarvan de belastingbetaler) denk ik niet. Als het bestuursorgaan het besluit niet kan intrekken en daarmee de schade kan beperken, maar wel aansprakelijk is voor de schade als gevolg van het verlenen van die vergunning, dan is het bestuursorgaan tot het einde der tijden aansprakelijk voor een vrijwel ongelimiteerd schadebedrag. Om de vijf jaar komt er dan weer een vordering voor de geleden schade, zonder dat de overheid daar iets aan kan doen. Mijn conclusie is dat de overheid, als zij niet meer de onrechtmatige maar rechtsgeldige vergunning kan intrekken, dan een disproportionele schadeplicht heeft waar de overheid ook nog eens niets meer aan zal kunnen doen. Die consequentie lijkt mij niet aanvaardbaar. Dat klemt te meer omdat er in het civiele recht wél de mogelijkheid is om de doorlopende inbreuk te beëindigen (en daarmee de schade te beperken) als men aansprakelijk blijkt.

Kort gezegd: het loslaten van de rechtmatigheidsfictie maar het behouden van de rechtsgeldigheidsleer resulteert volgens mij in één van twee scenario's. Ofwel het bestuursorgaan zal als gevolg van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluitvorming rechtsgeldige besluiten willen terugdraaien door deze in te trekken, waarmee de rechtszekerheid die het resultaat is van de rechtsgeldigheidsleer stelselmatig zal worden ondermijnd. Ofwel het bestuursorgaan *kan* de onrechtmatige besluitvorming niet meer terugdraaien, in welk geval de overheid een schadeplicht heeft die niet alleen (bij voortdurende activiteiten) elke dag zal groeien, maar ook nog eens op geen enkele manier meer kan worden beperkt door de overheid. Dat acht ik een ernstig bezwaar tegen het loslaten van de rechtmatigheidsfictie.

Ik meen daarom, met Polak en Gelpke, dat de rechtsgeldigheidsleer en de rechtmatigheidsfictie beiden een noodzakelijk gevolg zijn van de gemaakte keuzes van de

wetgever over de rechtsmachtverdeling en ook noodzakelijk zijn ter waarborging van de rechtszekerheid.

Ook bij sanctiebesluiten zou het verlaten van de rechtmatigheidsfictie er volgens mij toe leiden dat de rechtsgeldigheid van het sanctiebesluit uiteindelijk wordt ondermijnd. Denk bijvoorbeeld aan een onrechtmatig dwangsombesluit op grond waarvan € 20.000,- aan dwangsommen worden ingevorderd. De belanghebbende wendt zich tot de civiele rechter en betoogt dat het besluit onrechtmatig was en nooit genomen had mogen worden. Hij heeft daardoor schade geleden, te weten: € 20.000,- aan dwangsommen. De civiele rechter toetst het sanctiebesluit en komt inderdaad tot de conclusie dat het onrechtmatig is. Die onrechtmatigheid is toerekenbaar aan de overheid en er is een causaal verband tussen de onrechtmatige besluitvorming en de geleden schade ad € 20.000,-. Aannemende dat de civiele rechter vervolgens niet stelselmatig de burger eigen schuld gaat toerekenen omdat hij het besluit onherroepelijk heeft laten worden (in welk geval feitelijk hetzelfde effect als de formele rechtskracht optreedt – maar dat ter zijde), wijst de civiele rechter de volledige vordering toe. Het lijkt mij niet verdedigbaar dat dit niet wordt gekwalificeerd als een ondermijning van de rechtsgeldigheid van het sanctiebesluit. Het sanctiebesluit wordt immers effectief buiten spel gezet.

Hetzelfde geldt voor bestuursdwang. Stel dat een onrechtmatig bestuursdwangbesluit onaantastbaar wordt. Het wordt uitgevoerd en de kosten van de bestuursdwang worden op de overtreder verhaald. De overtreder wendt zich tot de civiele rechter met een vordering strekkende tot vergoeding van zijn schade te weten: de verhaalde kosten van bestuursdwang, alsmede de door de overheid bij de toepassing van bestuursdwang aangerichte schade aan zijn eigendommen. De civiele rechter komt tot de slotsom dat het bestuursdwangbesluit inderdaad onrechtmatig is. Hij wijst de vorderingen toe. In dat scenario worden volgens mij ook de feitelijke gevolgen teruggedraaid in zoverre dat de overtreder volledig schadeloos wordt gesteld (en dus in feite nooit een sanctie is opgelegd) terwijl ook de feitelijke uitvoering van bestuursdwang door de overtreder (middels zijn schadevergoeding) desgewenst zal kunnen worden teruggedraaid. Ook hier lijkt het mij niet verdedigbaar dat dit niet een ondermijning is van de rechtsgeldigheid van het sanctiebesluit.

Kortom: ook in het geval van de uitvoering van een sanctiebesluit is de rechtmatigheidsfictie volgens mij nodig om de rechtsgeldigheid van het besluit niet (achteraf) te ondermijnen.

Toch wringt hier iets. De aansprakelijkheidsrisico's en de rechtszekerheidsproblemen zijn in de context van de onrechtmatige vergunning en het onrechtmatige sanctiebesluit totaal verschillend. Bij het sanctiebesluit is er geen derde die mag verwachten dat zijn vergunning rechtsgeldig is en blijft. Bij het sanctiebesluit is het aansprakelijk-

heidsrisico verder eigenlijk alleen maar dat de overheid de (onterecht) ingevorderde sanctie moet terugbetalen. Dat is wezenlijk anders dan in het voorbeeld van de betonfabriek waarbij de rechtszekerheid van de vergunninghouder in het geding is en de overheid een heel ander aansprakelijkheidsrisico loopt. Hoe kan mijn conclusie dan toch zijn dat de rechtmatigheidsfictie in beide situaties even goed nodig is? Dat behoeft nader onderzoek.

In de situatie van de betonfabriek is denk ik niet in geschil dat de rechtszekerheid van de vergunninghouder noopt tot het beschermen van de rechtsgeldigheid van dat besluit. Daar verschillen de meningen in de literatuur ook niet over. De exploitant moet er op een gegeven moment vanuit kunnen gaan dat zijn onaantastbare begunstigende besluit gewoon mag worden gebruikt. Bij een sanctiebesluit waarbij enkel de overheid en de overtreder betrokken zijn, gaat die rechtvaardiging echter ogenschijnlijk niet op. Het drijvende argument voor de rechtsgeldigheidsleer in het geval van de betonfabriek (de rechtszekerheid van de vergunninghouder) geldt daar gewoon niet. Daardoor lijkt de rechtvaardiging voor de rechtmatigheidsfictie ook zwakker. Bij een onaantastbaar sanctiebesluit blijft eigenlijk alleen maar de rechtszekerheid van de overheid als argument over voor de rechtsgeldigheidsleer en in het verlengde daarvan de rechtmatigheidsfictie. En welk redelijk belang heeft de overheid precies bij het kunnen effectueren van een onrechtmatig sanctiebesluit? De rechtszekerheid dat zij aanspraak kon maken op het geldbedrag? Is dat nu echt voldoende om het verteerbaar te maken dat de overheid toch een onrechtmatig sanctiebesluit uitvoert?

De vraag die ik in de titel van dit onderdeel stelde is "[W]*aarom hebben wij de formele rechtskracht in het bestuursrecht?*". In de inleiding merkte ik vervolgens op dat het volgens mij de verkeerde vraag was, omdat het in de wetenschappelijke discussies juist gaat over de rechtvaardiging voor het hanteren van de rechtmatigheidsfictie. De rechtsgeldigheidsleer staat eigenlijk nooit ter discussie. Maar het voorgaande overziend speelt bij onaantastbare maar onrechtmatige sanctiebesluiten niet alleen de vraag of de rechtmatigheidsfictie nodig is, maar ook de vraag of de rechtsgeldigheidsleer ten alle tijden moet worden gerespecteerd. Moet een onrechtmatig maar onaantastbaar sanctiebesluit altijd onder alle omstandigheden voor rechtsgeldig worden gehouden en dus ten uitvoer kunnen worden gelegd?

Beziet men de individuele zaak op zichzelf dan zal al snel de gewenste conclusie zijn dat de rechtsgeldigheid van het sanctiebesluit toch in sommige gevallen zal moeten wijken. 'Het kan toch niet zo zijn dat deze arme onschuldige burger toch een sanctie moet betalen, enkel en alleen omdat hij geen (tijdig) rechtsmiddel heeft ingesteld?'. Die redenering lijkt ook de achterliggende gedachte voor de uitspraak

van de ABRvS van 20 september 2017[280] (en de uitspraken van 21 maart 2018[281] en 16 mei 2018[282]) waarbij de ABRvS de effectuering van een rechtsgeldig maar onrechtmatig sanctiebesluit belette over de band van de evenredigheidstoetsing van het invorderingsbesluit (zie ook onderdeel 2.8.3 onder c). Het oordeel is verklaarbaar omdat de ABRvS in een vrijwel identieke zaak oordeelde dat de geadresseerde gelet op de desbetreffende normstelling geen overtreder kon zijn[283]. De eerste opmerking in de raadskamer laat zich dus raden: 'het kan toch niet zo zijn dat wij in één uitspraak zeggen dat hij geen overtreder is, maar in de tweede uitspraak toch de tenuitvoerlegging van de sanctie aanvaardbaar achten? Hoe is dat te rechtvaardigen?'. Het toepassen van de rechtsgeldigheidsleer lijkt in dat soort situaties er al gauw op dat, zoals Drion het verwoordt: "[w]*ij* [ervoor] *kiezen* […] *deze mensen niet te helpen om puur formele redenen. Dat spreekt (mij) niet aan, want het is in essentie form over substance*.".[284]

Ik ben het niet eens met de stelling van Drion dat bij de toepassing van de leer van de formele rechtskracht bij onrechtmatige maar onaantastbare sanctiebesluiten sprake is van 'form over substance', maar ik erken wel dat het daarop lijkt. Het toepassen van de rechtsgeldigheidsleer 'omdat het besluit nu eenmaal onaantastbaar is' riekt immers naar het toepassen van regeltjes gewoon omdat de regeltjes moeten worden toegepast. Als dat ook nog eens een onrechtvaardige uitkomst heeft, dan begrijp ik dat het als aanfluiting wordt gecategoriseerd.

De rechtsgeldigheidsleer is echter wel van groot belang voor het recht. Ook al is het belang in de individuele zaak niet altijd even duidelijk (dan lijkt het immers voornamelijk te gaan om de rechtszekerheid van de overheid), is de rechtsgeldigheidsleer de (bestuursrechtelijke) verankering van het beginsel van '*lites finiri oportet*'. Of, zoals Van Ettekoven het zegt: "[s]*impel gezegd: het moet een keer klaar zijn*".[285] De rechtszekerheid vereist dat aan gedingen een eind komt. Dat is een fundamenteel beginsel in de rechtsorde en het is ook het fundament van de rechtszekerheid in ons stelsel. Burgers, bedrijven én de overheid moeten op een gegeven moment weten waar zij aan toe zijn. De rechtsgeldigheidsleer is de belichaming van de rechtszekerheid en is volgens mij dus geen 'form' maar juist 'substance'. Net zoals andere fundamentele rechtsbeginselen dat zijn. Van de inachtneming door de rechter van de scheiding der machten wordt toch ook niet gezegd dat dan gekozen wordt voor 'form over substance'? Juist vanwege het fundamentele belang van de rechtsgel-

280 ABRvS 20 september 2017, AB 2017/356, m.nt. T.N. Sanders.
281 ABRvS 21 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:877.
282 ABRvS 16 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1616.
283 ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2494.
284 C.E. Drion, 'Verongelukken in het recht', NJB 2017/308.
285 B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', O&A 2006/3, p. 12.

digheidsleer voor de rechtszekerheid van de maatschappij als geheel, meen ik dat daar om principiële redenen nooit afbreuk aan moet worden gedaan. Ergens moet een streep worden getrokken. Over waar en hoe die streep wordt getrokken kan dan worden getwist (denk bijvoorbeeld aan het verlengen van de beroepstermijn in tweepartijen geschillen), maar als die streep eenmaal is getrokken, moet daar niet mee worden geschoven. Met het verschuiven van die streep – ook als dat gebeurt in het individuele geval met het oog op een rechtvaardige uitkomst – wordt het hele doel van die streep ondermijnd. Dat doel is de rechtszekerheid en daarmee het rotsvaste vertrouwen dat men van een onaantastbaar besluit ten allen tijde mag uitgaan van de rechtsgeldigheid. Dat betekent volgens mij dat die rechtsgeldigheid ook niet moet worden ondermijnd in die gevallen waarbij slechts sprake is van een tweepartijen geschil tussen de overheid en de burger over een handhavingsbesluit. Ik erken dat dit een discussie is waar ook anders over gedacht kan worden. In de kern genomen gaat het immers over een afweging van het belang van de rechtszekerheid tegen het belang van een rechtvaardige uitkomst. Sommigen zullen de rechtvaardige uitkomst belangrijker vinden dan de rechtszekerheid. Ik meen echter dat de rechtszekerheid gemoeid met de rechtsgeldigheidsleer zodanig belangrijk is, dat het daarmee gemoeide algemene belang gewoon altijd zwaarder zal moeten wegen dan het individuele belang van de overtreder op een rechtvaardige uitkomst. Dat maakt de bijtijds onredelijke gevolgen van de leer van de formele rechtskracht voor mij verteerbaar.

Uit het voorgaande volgt dat ik dus geen heil zie in het verlaten van de leer van de formele rechtskracht ten einde het knelpunt van de onrechtmatige maar onaantastbare sanctiebesluiten te ondervangen.

Het voorgaande zou volgens mij overigens niet heel anders zijn als het besluit niet langer bepalend is voor de rechtsingang bij de bestuursrechter, maar de rechtsverhouding tussen overheid en burger.[286] Ook als het besluit niet meer als rechtsingang dient zal uit het oogpunt van rechtszekerheid op enig moment van de rechtsgeldigheid van overheidshandelen moeten kunnen worden uitgegaan. Zonder het besluit als rechtsingang met zijn korte bezwaar- en beroepstermijnen zal er dan misschien iets meer ruimte zijn voor belanghebbenden om een overheidshandelen of nalaten (tijdig) te laten toetsen, maar het lijkt mij dat ook in die situatie op een gegeven moment van de rechtsgeldigheid van een handelen of nalaten van de overheid moet kunnen worden uitgegaan. In ieder geval zal op enig moment de rechtsvordering waarmee dat overheidshandelen kan worden getoetst moeten komen te verjaren lijkt mij. Ook in een bestuursrecht zonder besluit als rechtsingang zal aan (de mogelijkheid van) een geschil ooit een eind moeten komen en blijft rechtszekerheid een groot

286 Zie ook: F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, Het besluit voorbij, VAR pre-adviezen 2013, Den Haag 2013.

goed. Ook dan blijft de vraag of de rechtsgeldigheidsleer de rechtmatigheidsfictie noodzaakt in feite een kwestie van het afwegen van de rechtszekerheid gemoeid met die rechtsgeldigheid versus het belang van diegene die wordt onderworpen aan de gevolgen van een onrechtmatig handelen. Ik zie niet in dat die afweging in dat geval wezenlijk anders zou uitpakken dan onder het huidig recht. Wel wijs ik erop dat in een nieuw te ontwerpen stelsel het voorstelbaar is dat het onderscheid rechtsgeldigheid / rechtmatigheid niet meer zo duidelijk naar voren zal komen. Maar ook onder een nieuw stelsel zal het kunnen voor komen dat een onrechtmatig handelen van de overheid onaantastbaar wordt doordat de vordering van de burger om dat handelen ongedaan te maken komt te verjaren.

Overigens zou een bestuursrecht zonder besluit als rechtsingang vermoedelijk wel het knelpunt van de tenuitvoerlegging van onrechtmatige sanctiebesluiten in veel gevallen feitelijk ondervangen. Immers, het is dan goed voorstelbaar dat de verjaringstermijn voor het instellen van een vordering jegens de overheid zodanig lang is dat binnen die termijn zowel de last onder dwangsom is opgelegd als de dwangsom is ingevorderd. In dat geval zal de belanghebbende zowel de rechtmatigheid van de last als de rechtmatigheid van de invordering kunnen betwisten in dezelfde procedure.

2.8.3 Uitgezonderd van / uitzonderingen op de rechtmatigheidsfictie

Zoals toegelicht acht ik de rechtmatigheidsfictie een noodzakelijk kwaad voor een effectieve rechtsgeldigheidsleer. Daaruit volgt dat om het gesignaleerde knelpunt (de tenuitvoerlegging van onrechtmatige sancties leidt tot onevenredige uitkomsten) te ondervangen, naar mijn mening geen afstand moet worden gedaan van de rechtmatigheidsfictie. Dit betekent dat indien een beroepsgrond aan de orde is gekomen, of had kunnen of moeten komen, in het kader van de toetsing van het sanctiebesluit, die omstandigheid in beginsel niet in de weg kan staan aan het effectueren van de sanctie. Ook niet als het eerdere sanctiebesluit onrechtmatig is. Dat kan alleen anders zijn als de feiten waarop het sanctiebesluit is gebaseerd ook aan het effectueringsbesluit ten grondslag worden gelegd en bij nader inzien onjuist zijn (die zijn immers uitgezonderd van de werking van de formele rechtskracht) of als er een uitzondering wordt gemaakt op de werking van de formele rechtskracht.

a. Uitgezonderd van de rechtmatigheidsfictie

De HR beperkt de werking van de formele rechtskracht tot de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid van het besluit, waardoor de civiele rechter niet gebonden is aan de inhoudelijk overwegingen die aan een besluit ten grondslag zijn gelegd. Daaronder worden ook de feiten verstaan:

> *"Indien die bestuursrechtelijke procedures leiden tot besluiten met formele rechtskracht, dient de burgerlijke rechter weliswaar uit te gaan van de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid van die besluiten, maar is hij niet gebonden aan de inhoudelijke overwegingen die aan de besluiten ten grondslag zijn gelegd (vgl. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, NJ 2015/361, rov. 4.5.2 en HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, NJ 2015/266)."*[287]

Dat is ook het geval in het bestuursrecht. De CRvB expliceert dat in haar overwegingen.[288] De ABRvS expliciteert dat niet, maar volgens A-G Widdershoven volgt dat wel uit de rechtspraak van de ABRvS.[289] Die opvatting onderschrijf ik.[290] Rechtspraak van het CBb hierover is mij niet bekend. Indien die feiten en omstandigheden ook aan een nieuw besluit ten grondslag worden gelegd, dan kunnen die feiten en omstandigheden dus in een daaropvolgend besluit in volle omvang worden betwist.

De reikwijdte van de rechtmatigheidsfictie strekt zich daarentegen wel uit tot aspecten die niet expliciet aan de orde zijn geweest, maar wel aan de orde hadden kunnen of moeten komen in het kader van het besluit (de zogenaamde 'niet-kenbare beslissingen').[291] Deze niet-kenbare beslissingen worden geacht onderdeel uit te maken van het onaantastbare besluit. De formele rechtskracht strekt zich echter niet uit tot de feiten en omstandigheden die aan het besluit ten grondslag hebben gelegen.

Als een belanghebbende aannemelijk kan maken dat de feiten anders zijn dan de feiten waarop het sanctiebesluit is gebaseerd, dan kan de belanghebbende voor die feiten niet de formele rechtskracht van het eerdere besluit worden tegengeworpen. De uitspraak van de CRvB van 21 september 2016[292] biedt hier een mooi voorbeeld van. Bij appellant is eerder bij onherroepelijk besluit zijn PGB subsidie voor 2010 teruggevorderd. Vervolgens weegt het bestuursorgaan dit mee om een PGB subsidie voor 2011 te weigeren. Het terugvorderingsbesluit heeft formele rechtskracht, maar de CRvB overweegt dat omdat de formele rechtskracht zich niet uitstrekt over de feiten waarop het terugvorderingsbesluit is gebaseerd, die feiten gewoon in volle omvang opnieuw kunnen worden getoetst in het kader van de toetsing van het weigeringsbesluit voor 2011.

287 HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:12.
288 CRvB 21 september 2016, AB 2016/430, C.W.C.A. Bruggeman.
289 Conclusie A-G Widdershoven, 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249, r.o. 5.12.
290 Zie onder meer: ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1389 en ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:822.
291 HR 4 april 2014, AB 2014/301, m.nt. F.J. van Ommeren.
292 CRvB 21 september 2016, AB 2016/430, C.W.C.A. Bruggeman.

Dat is interessant omdat het impliceert dat in de verhouding sanctiebesluit-effectueringsbesluit, het mogelijk is om een onjuiste voorstelling van de feiten te corrigeren en daaraan ook gevolgen te verbinden bij de effectuering, zonder daarbij de formele rechtskracht te doorbreken. Denk bijvoorbeeld aan een situatie waarin de belanghebbende niet opkomt tegen een last onder dwangsom waarin hij wordt aangemerkt als eigenaar van een perceel – terwijl hij geen eigenaar is. Hoewel de vraag of iemand overtreder is in het kader van de beoordeling van de last onder dwangsom relevant is en daar ook aan de orde zou moeten komen, strekt de formele rechtskracht zich niet uit tot de feiten waarop het sanctiebesluit is gebaseerd. Als de belanghebbende bij de invorderingsbeschikking dus aanvoert dat de feiten anders liggen, dan kan dat dus opnieuw worden beoordeeld. Blijken de feiten bij de toetsing van het effectueringsbesluit dus anders te liggen dan de feiten waarop het sanctiebesluit is gebaseerd, en betekenen die andere feiten dat de sanctie achteraf bezien onrechtmatig is, dan betekent dat mijns inziens dat dit binnen de kaders van het leerstuk van de formele rechtskracht kan worden ondervangen omdat de formele rechtskracht zich niet verzet tegen een correctie. De conclusie in zo een geval is volgens mij dat het effectueringsbesluit onzorgvuldig tot stand is gekomen. In dat kader wijs ik erop dat iemand die geen eigenaar is, zich ook kan beroepen op overmacht (mijn criterium 2a): hij is immers nooit in staat geweest om aan de lastgeving te voldoen. Criterium 1 verzet zich dan ook niet tegen de behandeling van die beroepsgrond omdat het feit dat hij geen eigenaar is, niet gedekt wordt door de formele rechtskracht. In zoverre kan ik mij vinden in de uitspraak van 21 maart 2018[293] waarin de ABRvS in precies zo een casus oordeelt dat sprake is van een bijzondere omstandigheid.

Dat was overigens niet aan de orde in de uitspraak van de ABRvS van 20 september 2017 (zie ook hierna onder 'c') waarin het gegeven dat iemand ten onrechte als overtreder was aangemerkt de ABRvS aanleiding gaf tot het oordeel dat de dwangsom niet ingevorderd mocht worden wegens een bijzondere omstandigheid. Daarin waren de feiten ongewijzigd tussen het sanctiebesluit en het effectueringsbesluit. Die feiten waren op zich correct voorgesteld in het sanctiebesluit ('u bent eigenaar'), maar aan die feiten was een bepaalde onjuiste juridische kwalificatie van die feiten ('dus bent u overtreder') gekoppeld. Op basis daarvan was een last opgelegd aan de eigenaar. De oplegging van de last wordt echter gedekt door de formele rechtskracht van het sanctiebesluit. In zoverre maakte de ABRvS in dat geval een uitzondering op de formele rechtskracht en daar kan ik mij niet in vinden (zie onder c).

b. Uitzonderingen op de rechtmatigheidsfictie

Op de rechtsmatigheidsfictie gelden een aantal uitzonderingen. Ten eerste wordt de formele rechtskracht niet aan een belanghebbende tegengeworpen als het feit dat

293 ABRvS 21 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:877.

geen gebruik is gemaakt van het recht van bezwaar of beroep aan de overheid is toe te rekenen.[294] Ten tweede wordt de formele rechtskracht niet aan een belanghebbende tegengeworpen als het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het onherroepelijke besluit erkent.[295] Ten derde wordt de formele rechtskracht niet aan een belanghebbende tegengeworpen als de bestuursrechter in strijd heeft gehandeld met een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak.[296] De hoogste bestuursrechters en de civiele kamer van HR hanteren op dit punt dezelfde lijn.[297]
Een mooi voorbeeld van de werking van de formele rechtskracht bij een sanctiebesluit en de toetsing van de uitzonderingen daarop in het kader van de beoordeling van het effectueringsbesluit is te vinden in de uitspraak van 31 mei 2017 van de ABRvS:

> *"2.1. Aangezien* [appellant] *geen rechtsmiddelen heeft aangewend tegen het besluit van 22 oktober 2014 tot oplegging van een last onder dwangsom, is dat besluit in rechte onaantastbaar geworden. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat dit tot gevolg heeft dat thans van de rechtmatigheid van dat besluit moet worden uitgegaan. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld de uitspraak van 5 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BO9792), kan slechts in uitzonderlijke gevallen reden bestaan om van dit uitgangspunt af te wijken, namelijk indien door toedoen van het bestuursorgaan niet aan betrokkene kan worden toegerekend dat hij de procedure bij de administratieve rechter ongebruikt heeft gelaten of niet heeft voltooid of het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het besluit uitdrukkelijk en tijdig heeft erkend. Van een dergelijke erkenning door het dagelijks bestuur is in dit geval geen sprake. Evenmin doet de situatie zich voor dat door toedoen van het dagelijks bestuur aan* [appellant] *niet kan worden toegerekend dat hij geen bezwaar heeft gemaakt tegen het besluit van 22 oktober 2014. In dat verband wordt overwogen dat* [appellant] *niet heeft bestreden dat hij het besluit heeft ontvangen en voorts dat het besluit is voorzien van een rechtsmiddelenclausule. Voor zover* [appellant] *ter zitting van de Afdeling naar voren heeft gebracht dat hij geen aanleiding zag om bezwaar te maken tegen het besluit van 22 oktober 2014 omdat hij voornemens was tijdig aan de last te voldoen, wordt overwogen dat het desondanks op zijn weg had gelegen om bezwaar te maken tegen dat besluit, gelet op de gebleken bezwaren van* [appellant] *tegen de hoogte van de dwangsom. De enkele stelling dat de dwangsom te hoog is en daarmee een punitief karakter*

294 HR 14 mei 1993, AB 1993/503, m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1993/641, m.nt. M. Scheltema (Aruba/Playa Liquor).

295 HR 8 december 1995, NJ 1997/163, m.nt. M. Scheltema.

296 HR 7 mei 2004, AB 2004/439, m.nt. G.A. van der Veen, JBPR 2005/1, m.nt. C.N.J. Kortmann.

297 Zie onder meer: CBb 23 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:67, ABRvS 31 mei 2017, Gst. 2017/148, C.M.M. van Mil, HR 20 maart 2015, AB 2016/343, m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2015/361 m.nt. J.W. Winter en CRvB 21 september 2016, AB 2016/430, C.W.C.A. Bruggeman.

zou krijgen, is onvoldoende voor het oordeel dat zich een uitzonderlijk geval voordoet als hiervoor bedoeld. De rechtbank heeft voorts terecht overwogen dat bezwaren die betrekking hebben op de rechtmatigheid van het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom niet meer aan de orde kunnen komen in het kader van de toetsing van de invorderingsbeschikking. Dit is slechts onder zeer bijzondere omstandigheden anders. De rechtbank heeft terecht geen grond gezien voor het oordeel dat in dit geval van deze omstandigheden sprake is.

Gelet op het voorgaande is de rechtbank terecht niet overgegaan tot een bespreking van de gronden van [appellant] *die betrekking hebben op de (oplegging van de) last onder dwangsom.*

Het betoog faalt."[298]

c. *Moet er (nog) een uitzondering komen op de rechtmatigheidsfictie?*

Er zijn zoals gezegd gevallen waarbij het sanctiebesluit onrechtmatig is, maar waar vanwege de rechtmatigheidsfictie toch uit moet worden gegaan van de rechtmatigheid van het sanctiebesluit. Dit leidt ertoe dat in sommige gevallen een onrechtmatig sanctiebesluit wordt geëffectueerd. Zoals gezegd in de inleiding van onderdeel 2.8: dat kan leiden tot een onevenredige uitkomst, zodat niet wordt voldaan aan mijn toetsingscriterium 'evenredig' (evenwichtig – zie onderdeel 1.2) en is naar mijn mening dus een knelpunt. A-G Wattel deelt in zijn Conclusie d.d. 4 april 2018 die analyse en merkt op dat:

"Ik acht de drie traditionele beperkte échappatoires uit de formele rechtskracht ((i) de overheid heeft de justitiabele op het verkeerde been gezet met betrekking tot zijn rechtsmiddelen, (zie noot 265) (ii) de overheid erkent de onrechtmatigheid, (zie noot 266) en (iii) schending van een fundamenteel rechtsbeginsel in strijd met art. 6 EVRM (zie noot 267)) vrij krap in geval van ketenbesluitvorming, met name in geval van invordering van dwangsommen op basis van formele rechtskracht."[299]

Hij stelt daarom voor dat:

"als in fase (i) geen rechtsmiddelen zijn gebruikt en in fase (ii) rijst gerede twijfel aan de rechtmatigheid van fase (i), dan zouden mijns inziens – uitsluitend voor de beoordeling van de redelijkheid van invordering en verhaal – in fase (ii) ook fase (i)-kwesties aan de orde moeten kunnen komen."[300]

298 ABRvS 31 mei 2017, Gst. 2017/148, C.M.M. van Mil.
299 Conclusie A-G Wattel, 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.
300 Conclusie A-G Wattel, 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

Ik deel die opvatting niet en onderschrijf zijn voorstel ook niet. Die mening leg ik hierna uit. Uit de analyse in onderdeel 2.8.2 is gebleken dat het afscheid nemen van de rechtmatigheidsfictie naar mijn mening niet aangewezen is. Uit de analyse in onderdelen 2.8.3 onder a en b blijkt dat delen van het knelpunt al kunnen worden ondervangen binnen de bestaande kaders. Feitelijke onjuistheden in het sanctiebesluit kunnen ondervangen worden in het kader van de toetsing van het effectueringsbesluit. Voor die gevallen waarin de belanghebbende geen eerlijke kans heeft gekregen om het sanctiebesluit ter toetsing aan de bestuursrechter voor te leggen (of waar de bestuursrechter de belanghebbende geen eerlijke kans heeft gegeven), geldt verder een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht.

In zoverre beperkt het knelpunt zich in feite tot die gevallen waarin het besluit is gebaseerd op de juiste feiten en waar de belanghebbende op zich wel verweten kan worden dat hij geen bezwaar of beroep heeft ingesteld tegen het sanctiebesluit, maar waar de juridische gevolgtrekking die aan bepaalde feiten is gegeven in het sanctiebesluit zodanig onjuist is dat sprake is van een onrechtmatig (dictum van het) sanctiebesluit. De vraag is of daar een aanvullende uitzondering voor moet komen op de rechtmatigheidsfictie.

Wanneer is een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht aan de orde? Mok en Tjittes beargumenteren dat het bij het aannemen van een uitzondering op de formele rechtskracht in beginsel een afweging betreft tussen het belang van een duidelijke competentieafbakening enerzijds, tegen het belang van de individuele rechtsbescherming van de burger anderzijds.[301] Van Angeren stelt daarnaast dat het aanvaarden van een uitzondering op de formele rechtskracht in feite ziet op de vraag in hoeverre er sprake is van verwijtbaarheid, ofwel aan de kant van de overheid (lees: dat de overheid zeer verwijtbaar heeft gehandeld waardoor de burger niet in staat is geweest om het besluit ter toetsing voor te leggen aan de bestuursrechter) ofwel aan de kant van de burger (lees: dat de burger niet te verwijten valt dat hij het besluit niet ter toetsing voor heeft gelegd aan de bestuursrechter).[302] Beide opvattingen lijken mij correct. Behoudens de erkenning door het bestuursorgaan van de onrechtmatigheid, komen de uitzonderingen op de formele rechtskracht er op neer dat er vanwege de gebreken in de gevolgde *procedure* reden is om een uitzondering op de formele rechtskracht aan te nemen. Het gaat er dus niet om of dat eerdere besluit nu wel of niet *materieel* rechtmatig kan worden geacht, het gaat erom of iemand de kans heeft gehad om dat te laten vaststellen. Heeft iemand die redelijke kans niet gehad, dan wordt hem de rechtsregel dat uit moet worden gegaan van de rechtmatigheid van dat besluit niet tegengeworpen. Is dat wel het geval, dan wordt hem de rechtmatigheidsfictie tegengeworpen.

301 M.R. Mok en R.P.J.L. Tjittes, Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid, RMThemis 1995/9, p. 386-387.

302 J.A.M van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechter, (Deventer, 1998), p. 47-48.

Bij het aanvaarden van een (nieuwe) uitzondering op de formele rechtskracht moet volgens de HR terughoudendheid worden betracht. Zo overweegt de HR in Kuijpers/Valkenswaard:

> *"In zijn arrest van 16 mei 1986, nr. 12546, NJ 1986, 723, heeft de Hoge Raad – kort gezegd – geoordeeld dat het beginsel van de formele rechtskracht in zeer klemmende gevallen uitzondering kan lijden. Zowel uit dat arrest zelf als uit latere rechtspraak blijkt evenwel dat bij het aanvaarden van zulke uitzonderingen terughoudendheid moet worden betracht, gezien de zwaarwegende belangen die door het genoemde beginsel worden gediend."*[303]

Dat gelet daarop geen ruimte is voor een uitzondering op de formele rechtskracht vanwege ernstige twijfels over de rechtmatigheid van het onaantastbare besluit volgt ook uit de rechtspraak. Al bij het formuleren van de rechtsregel in *Heesch / Van de Akker* expliciteert de HR de mogelijkheid dat een onherroepelijk besluit best onrechtmatig kan zijn, maar dat dit in beginsel geen uitzondering oplevert op de formele rechtskracht. De HR overweegt:

> "[De leer van de formele rechtskracht] *geldt in beginsel ook dan, indien dit de burgerlijke rechter ertoe zou nopen aan zijn uitspraak de rechtsgeldigheid ten grondslag te leggen van een beschikking waarvan als vaststaand mag worden aangenomen dat zij, als daartegen tijdig administratiefrechtelijk beroep zou zijn ingesteld, zou zijn vernietigd."*[304]

Dat is alleen anders in het geval van bijkomende klemmende omstandigheden. Die klemmende omstandigheden zijn de drie geformuleerde uitzonderingen op de formele rechtskracht en dat zijn (naast erkenning van de onrechtmatigheid door het bestuursorgaan) gevallen waarin de procedure die is gevolgd bij het eerdere (onherroepelijke) besluit zodanig is dat de belanghebbende daar onevenredig door is benadeeld. Hoe ver dit strekt blijkt ook uit het eerder geciteerde Vulhop arrest van de HR[305] en de alcoholslotprogramma uitspraken van de ABRvS[306] (zie ook onderdeel 2.8.1). Ook als de hoogste rechter ten aanzien van een eerder nagenoeg identiek besluit heeft geoordeeld dat dit onrechtmatig is, is er nog steeds geen aanleiding om een uitzondering te maken op de rechtmatigheidsfictie vanwege een materieel gebrek in het sanctiebesluit.

303 HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774 (Kuijpers/Valkenswaard).
304 HR 16 mei 1985, AB 1986/573, m.nt. F.H. van den Burg (Heesch / Van den Akker).
305 HR 16 oktober 1992, AB 1993/40, m.nt. F.H. van den Burg (Vulhop/Amsterdam).
306 ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2870. Zie ook ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:679 en ABRvS 4 maart 2015, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen, JB 2015/57, m.nt. A.M.M.M. Bots.

Ik meen dat die benadering correct is. Het feit dat een sanctiebesluit onrechtmatig is, is geen reden is voor het aannemen van een uitzondering op de rechtmatigheidsfictie. Behoudens het geval dat de overheid zelf ook de onrechtmatigheid van het besluit erkent draaien de uitzonderingen op de formele rechtskracht om het waarborgen van procedurele rechtvaardigheid. Het gaat er daarbij om dat iemand een eerlijke kans heeft gehad om het sanctiebesluit op een eerlijke en onpartijdige manier te laten toetsen. Is dat het geval, dan is daarmee een rechtvaardige procedure doorlopen en heeft de belanghebbende simpelweg 'de boot gemist'. Binnen de context van die rechtsregel, zie ik daarom niet in dat men dan alsnog de belanghebbende een nieuwe kans moet bieden om het eerdere besluit te laten toetsen – hoe materieel onrechtmatig het besluit ook blijkt. Het is simpelweg niet met de rechtsregel, noch de ratio daarachter te verenigen om die uitzondering te maken. Daarnaast, maakt men toch die uitzondering, dan wordt daarmee volgens mij feitelijk de rechtmatigheidsfictie verlaten. Immers, er is dan altijd nog de mogelijkheid dat achteraf een rechtsgeldig besluit onrechtmatig wordt geacht door de rechter. Dat acht ik zoals toegelicht in onderdeel 2.8.2 onwenselijk.

De ABRvS heeft eerder een uitzondering gemaakt op de formele rechtskracht in het geval van een onrechtmatig sanctiebesluit. Daarbij werd in woord niet gemorreld aan de leer van de formele rechtskracht (sterker nog, in de uitspraak werd de rechtsregel uitdrukkelijk bevestigd), maar bij het opvolgende besluit werd *dat* besluit onevenredig geacht, omdat het eerdere onherroepelijke besluit onrechtmatig was. In de uitspraak van 20 september 2017 overweegt de ABRvS het volgende:

> *"2.1. De rechtbank heeft terecht overwogen dat hetgeen* [appellant] *heeft aangevoerd tegen de formulering van de last zich richt tegen het besluit van 20 mei 2015 tot het opleggen van de last.* [appellant] *heeft tegen dat besluit geen rechtsmiddelen aangewend, zodat dat besluit in rechte onaantastbaar is. De rechtmatigheid van de aan* [appellant] *opgelegde last is daarmee gegeven. In haar uitspraak van heden, ECLI:NL:RVS:2017:2494, ten aanzien van de recreatiewoning aan de* [locatie 2]*, is* [appellant] *wel opgekomen tegen de last onder dwangsom. De Afdeling heeft in deze zaak en vier andere zaken geoordeeld dat de aan* [appellant] *en andere eigenaren van recreatiewoningen opgelegde lasten onder dwangsom om het gebruik van recreatiewoningen op het recreatiepark Toeristenmotel Otterlo in strijd met het bestemmingsplan te beëindigen en beëindigd te houden, onrechtmatig zijn. De onderhavige invordering betreft dezelfde feitelijke situatie en omstandigheden. De recreatiewoning bevindt zich in hetzelfde recreatiepark en valt onder hetzelfde bestemmingsplan. In dit licht is de Afdeling van oordeel dat in dit bijzondere geval niet in redelijkheid van de bevoegdheid tot invordering gebruik gemaakt kon worden. Het betoog slaagt."* [307]

307 ABRvS 20 september 2017, AB 2017/356, m.nt. T.N. Sanders.

Deze oplossing lijkt de ABRvS ook te kiezen in een uitspraak van 18 oktober 2017, waarin over de band van het besluit tot terugvordering van een subsidie (het sanctiebesluit) het eerdere onaantastbare verleningsbesluit, waarin aan de appellant bepaalde (onrechtmatige – want in strijd met de wet) verplichtingen waren opgelegd, toetst en het sanctiebesluit daarom onevenredig acht. Den Ouden kenschetst deze oplossing als "*de u-bocht van de evenredigheidtoets*".[308] Dat lijkt mij een treffende omschrijving. Ook de CRvB heeft in het verleden iets soortgelijks gedaan. De CRvB oordeelde in een uitspraak van 15 augustus 2000 bij de toetsing van het terugvorderingsbesluit dat het herzieningsbesluit weliswaar onaantastbaar was, maar dat vanwege het feit dat een soortgelijk herzieningsbesluit in een andere procedure was gesneuveld "*de Raad in de gegeven omstandigheden niettemin van oordeel* [is] *dat aan de onrechtmatigheid van besluit 1 in zoverre doorslaggevende betekenis toegekend moet worden dat niet valt staande te houden dat de onverschuldigdheid van de in besluit 2 vermelde betalingen gedaagde redelijkerwijs duidelijk kon zijn*".[309]

Vooropgesteld, in alle gevallen werd hetgeen onrechtmatig werd geacht gedekt door de formele rechtskracht van het eerdere onaantastbare besluit. Dat erkent de ABRvS ook uitdrukkelijk in de uitspraak van 20 september 2017 en volgt impliciet (aldus ook Den Ouden in haar noot) uit de uitspraak van 18 oktober 2017. De CRvB benoemt dit ook in de uitspraak van 15 augustus 2000. Er wordt hier dus feitelijk een uitzondering gemaakt op de leer van de formele rechtskracht via de evenredigheidstoetsing van het volgende besluit in de keten.

Er zijn drie voordelen van deze oplossing. Ten eerste is de uitkomst rechtvaardig. De belanghebbende is geen overtreder, dus is het rechtvaardig dat hij niet de dwangsom hoeft te betalen. Ten tweede hoeft de bestuursrechter in naam geen afstand te doen van de leer van de formele rechtskracht. Ten derde wordt het knelpunt, dat in bepaalde gevallen de formele rechtskracht tot gevolg heeft dat een onrechtmatig sanctiebesluit toch wordt geëffectueerd, ondervangen. Zo kan een scherp kantje van de rechtmatigheidsfictie worden ondervangen terwijl de voordelen behouden blijven.

Er kleven ook nadelen aan deze oplossing. Ten eerste is volstrekt niet kenbaar in welke gevallen deze oplossing dan zou moeten worden toegepast. Het is een hellend vlak en daarmee rechtsonzeker. Wanneer is iets zodanig onrechtmatig dat het rechtvaardigt dat het effectueringsbesluit wordt vernietigd? Is een dwangsom die nét iets hoger is dan evenredig wordt geacht zodanig onrechtmatig dat het effectueringsbesluit om die reden moet worden vernietigd? Naar mijn mening is het niet goed mogelijk om daar heldere criteria voor te formuleren. Dat maakt de toepassing van een dergelijke uitzondering rechtsonzeker, terwijl het oogmerk van de formele rechts-

308 ABRvS 18 oktober 2017, AB 2017/422, m.nt. W. den Ouden.
309 CRvB 15 augustus 2000, JB 2000/277, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

kracht in belangrijke mate is om de rechtszekerheid te dienen. Kortmann merkt daarover op dat rechtszekerheid in deze context "*niet de rechtszekerheid van burgers* [dient], *maar hooguit die van de overheid*".[310] Immers, de formele rechtskracht werkt in dit scenario in het voordeel van de overheid. Ik zie echter niet in dat de rechtszekerheid niet twee kanten op werkt. Weliswaar is de uitkomst ten faveure van de overheid, maar de uitkomst is daarmee niet minder rechtszeker voor de burger. De burger weet – net zo goed als de overheid – waar hij aan toe is, ook al is dat meestal niet een uitkomst waar hij blij mee is. Daarenboven, zelf als zou men het onderscheid kunnen maken tussen rechtszekerheid voor de burger en rechtszekerheid voor de overheid, ik zie niet in dat rechtszekerheid voor de overheid niet net zo belangrijk is als rechtszekerheid voor de burger. De maatschappij is denk ik gebaat bij een overheid die snel weet wat wel en niet rechtmatig is en welke geldelijk consequenties dat heeft voor de schatkist. Ten tweede past deze oplossing niet in het huidige bestuursrecht waarbij de rechtmatigheid van het besluit waartegen beroep wordt ingesteld wordt getoetst. Niet de rechtsverhouding wordt beoordeeld maar het besluit. Het vernietigen van een rechtmatig besluit omdat een eerder onaantastbaar besluit onrechtmatig is, is daar niet mee te rijmen. Ten derde is deze oplossing niet te verenigen met de leer van de formele rechtskracht. Zoals toegelicht onder 2.8.2 van dit proefschrift dient de formele rechtskracht een aantal belangrijke doelen. De rechtmatigheidsfictie knelt, maar is volgens mij ook een noodzakelijke aanvulling op de rechtsgeldigheidsleer. Het gebruiken van de 'u-bocht van de evenredigheid' is daarmee niet te verenigen omdat hoe men het ook wendt of keert, er toch een uitzondering op de formele rechtskracht wordt gemaakt en daarmee de rechtsgeldigheidsleer direct wordt ondermijnd. Die ondermijning doet mijns inziens afbreuk aan de geloofwaardigheid van zowel de leer als de bestuursrechter. Ten vierde heeft deze oplossing implicaties voor de toetsing van besluiten door de civiele rechter en de waarde die de civiele rechter toekent aan de formele rechtskracht van onaantastbare besluiten. Zoals toegelicht onder 2.8.2 is het eenzijdig loslaten van de formele rechtskracht door de bestuursrechter problematisch omdat daarmee eenzijdig de grens van de rechtsmachtverdeling wordt verplaatst. Bovendien, als de 'u-bocht van de evenredigheid' wordt toegepast, dan vloeit daar volgens mij uit voort dat de bestuursrechter niet de noodzaak ziet om de formele rechtskracht van besluiten onder alle omstandigheden te respecteren (ook buiten de daarop geformuleerde uitzonderingen). Dat zet mijns inziens de deur open naar interventies van de civiele rechter in het bestuursrecht vanwege onrechtmatige besluitvorming en dat is volgens mij om de redenen zoals genoemd in onderdeel 2.8.2 onwenselijk.

Kort samengevat: de 'u-bocht' oplossing is volgens mij in de kern weinig anders dan een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht vanwege de gebleken onrechtmatigheid van het eerdere onaantastbare besluit. Daarmee wordt feitelijk

310 C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6, p. 246.

de formele rechtskracht ondermijnd. Bij gebrek aan duidelijke criteria voor de toepassing van die uitzondering lijkt mij dat rechtsonzeker. Daarenboven past de uitzondering verder niet in het systeem van het bestuursrecht of het leerstuk van de formele rechtskracht past. Dat leidt tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Van een eenvoudig en duidelijke oplossing is dan ook volgens mij geen sprake, zodat de 'u-bocht' oplossing niet voldoet aan mijn toetsingscriterium 'praktisch' (zie onderdeel 1.2).In extremis leidt toepassing van de 'u-bocht' volgens mij dat de formele rechtskracht zodanig ondermijnd wordt, dat deze op de duur zijn nut en functie verliest en verlaten moet worden. Dat acht ik zoals in onderdeel 2.8.2 toegelicht onwenselijk. De 'u-bocht van de evenredigheid' is dan ook in mijn ogen een onwenselijke oplossing.

Het voorgaande zou volgens mij overigens niet anders zijn als het besluit niet langer bepalend is voor de rechtsingang bij de bestuursrechter, maar de rechtsverhouding tussen overheid en burger.[311] Van de genoemde argumenten tegen het aannemen van een aanvullende uitzondering op de leer van de formele rechtskracht, dan wel de toepassing van de 'u-bocht van de evenredigheid', blijven er dan twee over. Ten eerste de rechtszekerheid gemoeid met de rechtsgeldigheidsleer en de daaruit voortvloeiende noodzaak voor de rechtmatigheidsfictie. Ten tweede het 'hellend vlak' argument dat het moeilijk is om criteria te formuleren voor wanneer een dergelijke uitzondering moet worden toegepast.

De rechtszekerheid is volgens mij op zichzelf al voldoende aanleiding om aan te nemen dat ook als het besluit wordt losgelaten als rechtsingang bij de bestuursrechter er een moment zal moeten zijn waarbij de belanghebbende de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid van overheidshandelen niet meer ter discussie kan stellen (zie onderdeel 2.8.2). Immers, zelf als het besluit niet meer als rechtsingang dient, zal uit het oogpunt van rechtszekerheid op enig moment van de rechtsgeldigheid van overheidshandelen moeten kunnen worden uitgegaan. Ook in een nieuw bestuursrecht met vorderingen zoals wij kennen in het civiele recht zullen vorderingen moeten kunnen verjaren en zal onrechtmatig handelen van de overheid op een gegeven moment uit een oogpunt van rechtszekerheid onaantastbaar moeten kunnen worden. Ook voor de uitzonderingen daarop geldt dat ik niet in zie dat in een bestuursrecht zonder besluit als rechtsingang de kern van de afweging voor het rechtvaardigen van een uitzondering op die rechtsregel anders zal zijn dan in het huidige recht. Ook dan is het in de kern een afweging tussen de rechtszekerheid van de overheid en de begunstigde van een beschikking tegen het recht van de derde om gevrijwaard te blijven van onrechtmatig handelen. Ik zie niet in dat die afweging wezenlijk anders zou moeten uitpakken in dat geval. Wel wijs ik erop dat die uitzondering misschien niet nodig zal zijn omdat de verjaringstermijn voor een dergelijke vordering vermoe-

311 Zie ook: F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, Het besluit voorbij, VAR pre-adviezen 2013, Den Haag 2013.

delijk zodanig lang zal zijn dat binnen die termijn zowel de last onder dwangsom is opgelegd als de dwangsom is ingevorderd. In dat geval zal de belanghebbende zowel de rechtmatigheid van de last als de rechtmatigheid van de invordering kunnen betwisten in dezelfde procedure en zal het knelpunt van de ten uitvoer legging van onrechtmatige sanctiebesluiten vermoedelijk grotendeels worden ondervangen.

2.9 Tussenconclusie

De invorderingsbeschikking behelst de ten uitvoerlegging van een reparatoire sanctie, de last onder dwangsom. De invordering van een dwangsom heeft dan ook in de regel het karakter van de last onder dwangsom: reparatoir. Het is denkbaar dat invordering onder omstandigheden punitief zou kunnen zijn, maar daar is mijns inziens niet snel sprake van.

Tussen de last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking is een duidelijke verdeling gemaakt van de onderwerpen die in elk besluit aan de orde kunnen komen. Indien de overtreder niet tijdig tegen de last onder dwangsom opkomt, dan kan hij de onderwerpen die in de last aan de orde hadden moeten komen niet in de invorderingsbeschikking alsnog aan de orde stellen. De bestuursrechter is blijkens de rechtspraak op dit punt beslist strikt en werpt de overtreder (vrijwel) altijd de formele rechtskracht van de last tegen.

De werking van de formele rechtskracht leidt ertoe dat onder omstandigheden een onrechtmatig sanctiebesluit toch ten uitvoer wordt gelegd. Het ten uitvoer leggen van een onrechtmatig sanctiebesluit lijkt mij onevenredig (onevenwichtig), zodat op dit punt niet voldaan wordt aan mijn toetsingscriterium ‘evenredig’ (zie onderdeel 1.2). Ik acht dit daarom een knelpunt. In dit hoofdstuk is daarom onderzocht of dat knelpunt ondervangen kan worden.

Het knelpunt zit met name in de toepassing van de rechtmatigheidsfictie als onderdeel van de leer van de formele rechtskracht. Mijn mening is echter dat er geen aanleiding is om de rechtmatigheidsfictie te verlaten. De rechtmatigheidsfictie is noodzakelijk om de rechtsgeldigheidsleer kracht bij te zetten. Beiden worden mijns inziens ook gerechtvaardigd door de belangen van een goede rechtsmachtverdeling, de wens dat rechters zich specialiseren en de rechtszekerheid. In zoverre vloeit de rechtmatigheidsfictie volgens mij onvermijdbaar voort uit de noodzaak voor rechtszekerheid, de keuze van de wetgever voor het besluit als rechtsingang in het bestuursrecht en de daarmee samenhangende rechtsmachtverdeling tussen de civiele rechter en bestuursrechter. De rechtmatigheidsfictie is volgens ook noodzakelijk om het huidige stelsel te doen functioneren. Om die reden acht ik het niet wenselijk om de rechtmatigheidsfictie te verlaten ten einde het knelpunt te ondervangen. Het knelpunt kan volgens mij ook niet worden ondervangen door een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht aan te nemen. Een dergelijke uitzondering is

niet te rijmen met de ratio van die leer, terwijl een uitzondering er alsnog toe leidt dat de rechtsmatigheidsfictie wordt ondermijnd (en daarmee de rechtsgeldigheidsleer en in het verlengde daarvan de rechtszekerheid, de goede rechtsmachtverdeling en de specialiteitsgedachte). Hetzelfde geldt voor de 'u-bocht van de evenredigheid', waarbij het knelpunt wordt ondervangen door in het kader van de toetsing van het effectueringsbesluit toch het sanctiebesluit te toetsen. Die oplossing komt neer op een uitzondering op de formele rechtskracht en is om dezelfde redenen ook onwenselijk. Ook die oplossing ondermijnt immers de rechtmatigheidsfictie en de belangen die deze fictie beoogt te beschermen.

Ik concludeer daarom dat het gesignaleerde knelpunt vrijwel onontkoombaar samenhangt met de noodzaak voor rechtszekerheid, de keuze van de wetgever voor het besluit als rechtsingang bij de bestuursrechter en de rechtsmachtverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter. Er is volgens mij binnen het huidige systeem geen manier om dit knelpunt te ondervangen. Dit knelpunt ondervangen zou mijns inziens daarom ertoe noodzaken dat het bestuursrecht niet langer het besluit als rechtsingang bij de bestuursrechter kent, maar de rechtsverhouding burger-overheid. Hoewel het ook in een dergelijk nieuw bestuursrecht zal moeten voorkomen dat overheidshandelen (of nalaten) op een gegeven moment onaantastbaar zal moeten kunnen worden uit het oogpunt van rechtszekerheid, is het goed denkbaar dat het binnen de termijn voor het instellen van de vordering zowel een last wordt opgelegd als een dwangsom wordt ingevorderd. In zoverre is het goed voorstelbaar dat een bestuursrecht geënt op de rechtsverhouding overheid-burger wel het knelpunt kan ondervangen van onrechtmatige maar onaantastbare besluiten. Daarbij merk ik wel op dat dit knelpunt op zichzelf genomen niet een dergelijke radicale wijziging rechtvaardigt in mijn ogen.

In beginsel dient een bestuursorgaan een verbeurde dwangsom in te vorderen. Van invordering van een dwangsom kan slechts worden afgezien onder bijzondere omstandigheden. Het is niet duidelijk welke omstandigheden dat kunnen zijn, noch zijn er criteria geformuleerd. Dat is een knelpunt omdat het niet duidelijk of eenvoudig is (en dus niet voldoet aan mijn toetsingscriterium 'praktisch' – zie onderdeel 1.2). Uit de rechtspraak leid ik af dat sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden indien de omstandigheid voldoet aan de volgende criteria:

1. De omstandigheid wordt niet gedekt door de formele rechtskracht van de dwangsombeschikking.

EN

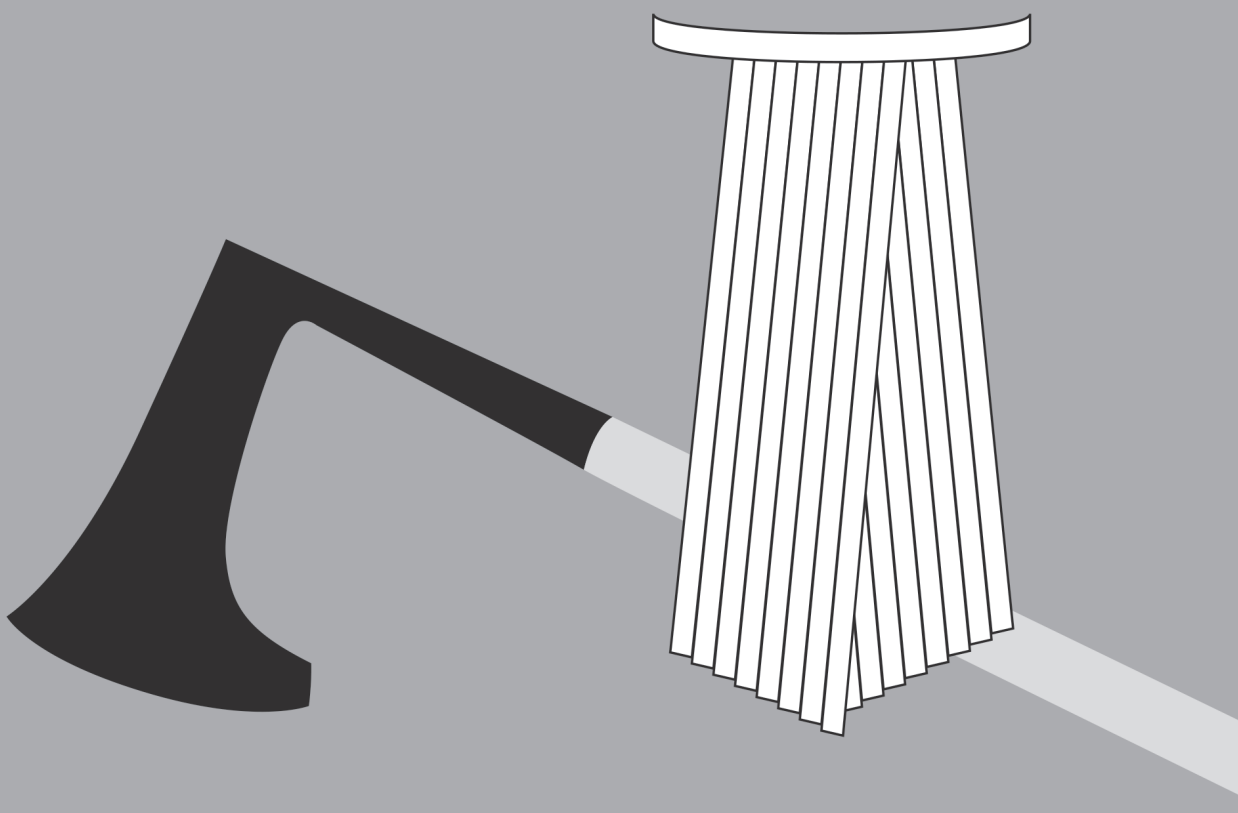
2. A. De omstandigheid valt niet binnen de risicosfeer van de overtreder en vormt een (absoluut) beletsel voor het (tijdig) voldoen aan de last.

OF

B. Invordering van de gehele dwangsom leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst en verwijtbaarheid van de overtreding alsmede de draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

Tot slot is nader onderzoek gedaan naar de vraag in hoeverre verwijtbaarheid en draagkracht wel een rol zouden moeten spelen bij de toetsing van de effectuering, nu deze aspecten niet relevant zijn voor de oplegging van een last onder dwangsom. Mijn conclusie is dat het terecht is dat deze aspecten worden meegewogen in het kader van de bijzondere omstandigheden, ondanks dat zij zich niet goed verdragen met het herstellende karakter van de sanctie. Daarbij is doorslaggevend dat indien deze aspecten niet bij de effectuering zouden worden getoetst, deze aspecten op geen enkel moment aan de orde zouden kunnen komen in het sanctieproces. Vanuit het oogpunt van mijn toetsingscriterium 'evenredig' (zie onderdeel 1.2) zijn deze aspecten wel zeer relevant voor de vraag of een sanctie terecht ten uitvoer wordt gelegd. Wel heb ik bij draagkracht de kanttekening gemaakt dat het mijns inziens alleen bij natuurlijke personen aan de orde zou kunnen zijn en dan slechts in zeer uitzonderlijke situaties waarin op voorhand reeds vaststaat dat de persoon geen beroep kan doen op de bescherming van de beslagvrije voet en de schuldsaneringsregeling.

3



3. DE INVORDERING VAN DE KOSTEN VAN BESTUURSDWANG[312]

3.1 Inleiding

Kostenverhaal bij bestuursdwang wordt vaak onderschat. Het principe is eenvoudig: het bestuursorgaan presenteert de rekening voor de kosten die het heeft moeten maken om de overtreding feitelijk te beëindigen aan de overtreder. De uitvoering is echter beduidend complexer. Kan het bestuursorgaan bijvoorbeeld een overtreder aanwijzen in de kostenverhaalsbeschikking die niet als overtreder is aangewezen in de bestuursdwangbeschikking? En wat als er al een overtreder is aangewezen in de bestuursdwangbeschikking? Welke kosten kunnen er in rekening worden gebracht en wanneer moet de redelijkheid van die kosten worden beoordeeld? De praktijk en de jurisprudentie leren ons dat kostenverhaal veel meer behelst dan het enkel aan de overtreder sturen van een factuur. In dit hoofdstuk bespreek ik het besluit om de kosten van bestuursdwang in te vorderen. Daarbij komen aan de orde hoe dit besluit moet worden gekarakteriseerd en hoe het zich verhoudt tot het besluit tot de oplegging van een last onder bestuursdwang alsmede welke kosten verhaald kunnen worden. Ook de vraag of de kosten van bestuursdwang moeten worden ingevorderd en onder welke omstandigheden juist moet worden afgezien van invordering komen hierna aan de orde.

3.2 De last onder bestuursdwang en het kostenverhaal

De last onder bestuursdwang wordt in artikel 5:21 Awb gedefinieerd als "*de herstelsanctie, inhoudende: a. een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding, en b. de bevoegdheid van het bestuursorgaan om de last door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen, indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd.*" Op grond van artikel 5:24 Awb omschrijft de last onder bestuursdwang de te nemen herstelmaatregelen en de termijn waarbinnen de last moet worden uitgevoerd. Lid 3 bepaalt dat de last onder bestuursdwang bekend wordt gemaakt aan "*de overtreder, aan de rechthebbenden op het gebruik van de zaak waarop de last betrekking heeft en aan de aanvrager*". Voert de overtreder de last niet binnen de daarvoor geboden termijn uit, dan is het bestuursorgaan bevoegd om de last door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen. Uiteraard brengt dit kosten voor het bestuursorgaan mee, terwijl de overtreder die kosten zelf niet meer hoeft te maken. Het staartstuk van bestuursdwang (en een belangrijke prikkel voor de overtreder om zelf de last uit te

312 Dit deel van het proefschrift verscheen eerder in artikelvorm als T.N. Sanders, 'Kostenverhaal bij bestuursdwang: het invorderen van de kosten van bestuursdwang onder de vierde tranche.', Gst. 2016/41.

voeren) zit in artikel 5:25, lid 1, Awb waarin is opgenomen dat "[d]*e toepassing van bestuursdwang geschiedt op kosten van de overtreder, tenzij deze kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen*." Op grond van lid 2 dient de bestuursdwangbeschikking dan wel eerst te vermelden in hoeverre deze kosten ten laste van de overtreder zullen worden gebracht.

De last onder bestuursdwang wordt in artikel 5:21 Awb gedefinieerd als een herstelsanctie. Bestuursdwang is ook naar zijn aard reparatoir. Door feitelijk handelen wordt immers de rechtmatige toestand hersteld. In beginsel sluit ik mij dan ook aan bij de opmerking van Van Buuren, Jurgens en Michiels dat "*bestuursdwang* [...] *een herstelsanctie in optima forma* [is]."[313] Wel wijs ik erop dat er omstandigheden zijn waarbij de specifieke vorm van de toepassing van bestuursdwang 'van kleur verschiet' en punitief van aard wordt. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn bij artikel 13b Opiumwet sluitingen. Ingevolge dit artikel kan de burgemeester een pand sluiten door middel van bestuursdwang bij het aantreffen van – kort gezegd – een handelsvoorraad drugs. Bij dit soort sluitingen ontstaat met regelmaat discussie omtrent de vraag of de specifieke invulling van de bestuursdwang niet punitief is (lees: dat de sluiting zodanig lang is dat van leedtoevoeging moet worden gesproken).[314] In sommige gevallen komt de bestuursrechter dan tot de conclusie dat daar inderdaad sprake van is zodat de last onder bestuursdwang rechtens geen stand kan houden.[315]

Verwijtbaarheid en draagkracht van de overtreder zijn niet relevant voor het opleggen van de last onder bestuursdwang. In dat kader verwijs ik naar onderdeel 2.2, welke overwegingen en mutatis mutandis ook gelden ten aanzien van de last onder bestuursdwang. In het bijzonder wijs ik daarbij op de volgende overwegingen van de ABRvS waarin dit standpunt wordt onderschreven:

> "*Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 29 maart 2006 in zaak nr. 200508042/1) strekt de toepassing van bestuursdwang er* [...] *slechts toe overtredingen* [...] *te beëindigen en te voorkomen. Derhalve is geen sprake van een sanctie met een leedtoevoegend karakter en is de toepassing van bestuursdwang niet strijdig met artikel 6 van het EVRM. Niet van belang is of* [appellant] *een verwijt kan worden gemaakt.*"[316]

En:

313 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 13.

314 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 7 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2394.

315 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8122.

316 ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:185, zie ook ABRvS 10 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:634.

> *"2.5.1. De Afdeling is van oordeel dat verweerder zich bij het gebruik van zijn handhavingsbevoegdheid op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat directe verwijdering van het vrijgekomen asbest was geboden, ter voorkoming van (verdere) verontreiniging van de bodem.* […] *Uitgangspunt is dat de kosten van toepassing van bestuursdwang ten laste komen van de overtreder. Verweerder heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de kosten verbonden aan de verwijdering van de bakunit en het asbest ten laste van appellant behoren te komen. Bij dat oordeel speelt de draagkracht van appellant geen rol."*[317]

Na afloop van de begunstigingstermijn (voor zover die is gesteld) is het bestuursorgaan bevoegd om bestuursdwang toe te passen. Voor de daadwerkelijke toepassing is geen nader besluit nodig, het toepassen van bestuursdwang betreft een feitelijke handeling. Voert het bestuursorgaan de last echter niet uit, dan kan een belanghebbende het bestuursorgaan verzoeken om alsnog bestuursdwang toe te passen op grond van artikel 5:31a Awb. De reactie op dat verzoek heeft de wetgever in artikel 5:31a, lid 3, Awb aangemerkt als beschikking die voor bezwaar (en beroep) vatbaar is.[318] In zoverre wijkt bestuursdwang af van de andere sancties in dit onderzoek: er is nog een tweede soort effectueringsbesluit mogelijk die bovendien niet uitmondt in een geldschuld. Hoewel de kern van de afweging op zich dezelfde is ('moet de sanctie worden geëffectueerd?'), speelt de niet-toepassingsbeschikking zich af in een hele andere context waarbij een andere afweging dan bij kostenverhaal gerechtvaardigd kan zijn. Immers, bij kostenverhaal is het niet mogelijk om alsnog af te zien van de toepassing omdat de overtreding is beëindigd. Dat zou kostenverhaal altijd onmogelijk maken omdat kostenverhaal immers alleen mogelijk is als het bestuursorgaan zelf al de overtreding heeft beëindigd. Bij de niet-toepassingsbeschikking kan daarentegen wel worden afgezien van effectuering omdat de overtreding is beëindigd. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Als een overtreder geheel voldoet aan de lastgeving, maar niet binnen de begunstigingstermijn, dan is dat een reden om alsnog af te zien van de feitelijke toepassing van bestuursdwang. Immers, als de overtreding er feitelijk niet meer is, is het ook niet meer mogelijk om bestuursdwang toe te passen. Als een illegaal bouwwerk is verwijderd, kan het bestuursorgaan niet door toepassing van bestuursdwang het bouwwerk nogmaals verwijderen.

317 ABRvS 27 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR4621.

318 Zie voor het enige mij bekend voorbeeld in de rechtspraak van een niet-toepassingsbeschikking ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2547 waarin de ABRvS overweegt: "5.1. Van een bestuursorgaan dat bestuursdwang aanzegt, mag, indien niet aan de opgelegde last wordt voldaan, worden verwacht dat het de bestuursdwang ook effectueert. De geloofwaardigheid van de overheid en de door de overtreden voorschriften beschermde belangen, in dit geval onder meer het tegengaan van verstoring van de openbare orde en aantasting van het woon- en leefklimaat, nopen daartoe."

Overigens kan in het kader van het kostenverhaal nog wel de vraag worden gesteld of niet toch had moeten worden afgezien van de toepassing van bestuursdwang (zie onder 3.4.2), maar ook dat is een andere afweging dan de vraag of er nog feitelijk kan en moet worden ingegrepen. Een voorbeeld om dat te verduidelijken. Bij kostenverhaal zijn ook verhaalbaar kosten die wel zijn gemaakt maar achteraf gezien niet nodig waren – zoals uiteindelijk onbenutte vervangende huisvesting voor hotelgasten bij het sluiten van een hotel in verband met de brandveiligheid. Bij het niet toepassen van bestuursdwang kan niet worden afgedwongen dat niet noodzakelijke bestuursdwang (en daarmee gemoeide kosten) alsnog wordt uitgevoerd (en de kosten verhaald). Het is bijvoorbeeld niet goed denkbaar dat een derdebelanghebbende na sluiting van het hotel en vertrek van de gasten een week later kan afdwingen dat het bestuursorgaan alsnog vervangende hotelkamers boekt op kosten van de overtreder.

Omdat de afweging die plaatsvindt in het kader van de niet-toepassingsbeschikking volgens mij eerder lijkt op de afweging om de sanctie op te leggen dan op de afweging om de kosten van bestuursdwang in te vorderen, terwijl er bij de niet-toepassingsbeschikking ook geen sprake is van een geldschuld die wordt ingevorderd, laat ik deze vorm van het (niet) effectueren van bestuursdwang verder buiten beschouwing.

Voert de overtreder de opgelegde last niet (tijdig) uit en past het bestuursorgaan bestuursdwang toe, dan volgt het verhaal van de daarmee gemoeide kosten op de overtreder. Op grond van artikel 5:25, lid 6, Awb stelt het bestuursorgaan deze kosten vast. Dit gebeurt in een zogenaamde 'kostenverhaalsbeschikking'. Op de kostenverhaalsbeschikking is de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling (titel 4.4 Awb) van toepassing nu in de beschikking een betalingsverplichting aan een bestuursorgaan wordt vastgesteld (zie artikel 4:85 Awb). De regels uit het BW zijn dan ook niet van toepassing op het bij dwangbevel verhalen van de kosten van bestuursdwang.

De werking van titel 4.4 Awb bij kostenverhaal schets ik kort aan de hand van een voorbeeld. Een bestuursorgaan past bestuursdwang toe om gevaarlijk afval op te ruimen op het terrein van een overtreder. Vervolgens neemt het bestuursorgaan een kostenverhaalsbeschikking waarin de kosten van het opruimen op de overtreder worden verhaald. De kostenverhaalsbeschikking is een betalingsbeschikking als bedoeld in artikel 4:86 Awb. Vanaf het moment van het nemen van de betalingsbeschikking begint de betalingstermijn van zes weken te lopen ex artikel 4:87 Awb. Na het aflopen van die termijn treedt van rechtswege verzuim in en is wettelijke rente verschuldigd.[319] De betalingsbeschikking is een besluit in de zin van de Awb en daartegen staat bezwaar en beroep open. Wordt er niet vrijwillig betaald door de overtreder dan volgen er één of meerdere aanmaningen ex artikel 4:112 Awb waarin de overtreder wordt aangespoord om alsnog binnen twee weken te betalen. Tevens

319 Ingevolge artikel 4:97 Awb treedt verzuim van rechtswege in na het einde van de betalingstermijn van zes weken. Daarvoor is geen handeling van het bestuursorgaan vereist. Vervolgens gaat de wettelijke rente automatisch lopen met het verzuim.

wordt daarin aangezegd dat bij het uitblijven van de betaling de geldschuld op zijn kosten zal worden ingevorderd door middel van een dwangbevel. De aanmaning is weliswaar een besluit in de zin van de Awb, maar is op grond van artikel 8:4, lid 1, onder b, Awb niet voor bezwaar en beroep vatbaar. Als niet wordt betaald na de aanmaning dan volgt daadwerkelijke invordering middels een dwangbevel ex artikel 4:114 e.v. Awb. Tegen (de executie van) het dwangbevel is slechts een (civielrechtelijk) executiegeschil (ex artikel 438 Rv) mogelijk en is bezwaar en beroep in artikel 8:4, lid 1, onder b, Awb expliciet uitgesloten.

3.3 Verhouding tussen de bestuursdwangbeschikking en de kostenverhaalsbeschikking

Wat hoort er in de bestuursdwangbeschikking en wat hoort er in de kostenverhaalsbeschikking? De wet is hier op het eerste gezicht duidelijk in. De bestuursdwangbeschikking dient op grond van artikel 5:21 Awb de last, de te nemen herstelmaatregelen en de begunstigingstermijn te bevatten en op grond van artikel 5:25, lid 2, Awb de vermelding 'in hoeverre' de kosten voor rekening van de overtreder komen. In de kostenverhaalsbeschikking moet vervolgens op grond van artikel 5:25, lid 6, jo. 4:86 Awb de te betalen geldsom (en de onderbouwing daarvan) alsmede de betalingstermijn worden vermeld. Dit lijkt overzichtelijk, maar schijn bedriegt. Van twee centrale elementen bij het kostenverhaal: het overtrederschap en de afweging of kostenverhaal redelijk is, wordt in de wet niet geëxpliciteerd in welke beschikking deze onderwerpen aan de orde moeten komen. Dit leidt dan ook met regelmaat tot vragen in de praktijk. Kan het bestuursorgaan pas bij de kostenverhaalsbeschikking de precieze overtreder aanwijzen, of moet dat al in de bestuursdwangbeschikking? En wanneer moet de redelijkheid van de kosten worden vastgesteld? Afhankelijk van het (door de bestuursrechter) gekozen antwoord op deze vragen kunnen belanghebbenden met ingrijpende gevolgen worden geconfronteerd.

3.3.1 Wanneer moet de precieze overtreder aangewezen worden?

De wet vereist dat de bestuursdwangbeschikking aan de overtreder bekend wordt gemaakt en dat wordt aangezegd dat de kosten voor de toepassing op de overtreder zullen worden verhaald. Onduidelijk is echter of de overtreder in de bestuursdwangbeschikking met naam en toenaam moet worden genoemd. Zoals Van Buuren, Jurgens en Michiels deze onduidelijkheid formuleren:

> "[...] *moet het bestuursorgaan in zijn* [bestuursdwang]*beschikking duidelijk maken wie het als overtreder(s) beschouwt of mag worden volstaan met de bekendmaking aan een aantal personen onder wie, naar mag worden aangenomen, de overtreder zich bevindt, maar waarbij voorshands in het midden wordt gelaten wie van hen de overtreder is?"*[320]

320 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 60.

Het antwoord op die vraag is van wezenlijk belang voor de praktijk. Als het namelijk zo is dat een bestuursorgaan reeds in de bestuursdwangbeschikking bekend moet maken wie het *precies* aanwijst als overtreder (lees: welke (rechts-)persoon), dan volgt daaruit dat het niet mogelijk is om bij het kostenverhaal de kosten op een andere (rechts-)persoon te verhalen dan de vooraf aangewezen overtreder. Is dat niet vereist, dan heeft het bestuursorgaan de vrijheid om in een later stadium meer of andere overtreders aan te wijzen.

a. De tekst van de wet

De Awb vereist slechts dat de last onder bestuursdwang wordt bekendgemaakt aan 'de overtreder' en dat de bestuursdwangbeschikking vermeldt dat de kosten voor de toepassing van bestuursdwang voor rekening van 'de overtreder' zullen zijn. De tekst vereist dus niet dat in de bestuursdwangbeschikking met zoveel woorden wordt overwogen *wie* overtreder is, maar wel dat de bestuursdwangbeschikking aan hem bekend wordt gemaakt en dat daarin kostenverhaal wordt aangezegd. Het gebruik van de term 'last' in de Awb veronderstelt echter dat er ook daadwerkelijk iemand is die wordt gelast om de overtreding te beëindigen. In zoverre zou verdedigd kunnen worden dat een last alleen aan *de overtreder* kan worden opgelegd zodat het noodzakelijk is dat de overtreder al in de bestuursdwangbeschikking wordt aangewezen. Deze opvatting miskent echter dat een last onder bestuursdwang ook toegezonden wordt aan andere rechthebbenden (die geen overtreder zijn). Ook zij worden in de gelegenheid gesteld om de overtreding te beëindigen. Van Buuren, Jurgens en Michiels wijzen er in dat kader nog op dat er gevallen zijn waarbij bestuursdwang zonder voorafgaande last wordt toegepast als ook gevallen waarbij bestuursdwang wordt toegepast zonder dat er een overtreder bekend is.[321] Ik meen dan ook dat uit de term 'last' niet automatisch volgt dat een bepaalde (rechts-)persoon moet zijn gepreciseerd in de bestuursdwangbeschikking.

b. De wetsgeschiedenis

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever niet heeft beoogd om het bestuursorgaan te verplichten om bij de bestuursdwangbeschikking te laten bepalen welke (rechts-)persoon het als overtreder beschouwt. Naar aanleiding van een uitdrukkelijk verzoek van de SGP fractie[322] om dit wel in de Awb te bepalen overwoog de Minister:

> *"Het is voldoende dat het bestuursorgaan teneinde achteraf de kosten te kunnen verhalen ervoor zorg draagt, dat onder de belanghebbenden aan wie de beschikking bekend wordt gemaakt, zich in ieder geval de overtreder bevindt. Het is niet nuttig dat het bestuursorgaan per se moet expliciteren wie het als overtreder beschouwt."*[323]

321 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 9.

322 Kamerstukken II, 1994-95, 23700, nr. 4, p. 33.

323 Kamerstukken II, 1994-95, 23700, nr. 5, p. 100.

Met Van Buuren, Jurgens en Michiels[324] zie ik steun in deze wetsgeschiedenis voor de opvatting dat niet hoeft te worden geëxpliciteerd *wie* overtreder is in de bestuursdwangbeschikking, zolang de bestuursdwangbeschikking in ieder geval maar aan de overtreder bekend is gemaakt.

c. De bedoeling van de wet

Bestuursdwang behelst (artikel 5:21, onder a, Awb) "*een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding*" en (artikel 5:21, onder b, Awb) "*de bevoegdheid van het bestuursorgaan om de last door feitelijk handelen ten uitvoer te leggen, indien de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd*". De wetgever hinkte bij de vierde tranche dus op twee gedachten. Enerzijds is een belangrijke functie van de bestuursdwangbeschikking dat het bestuursorgaan zelf een titel krijgt om de overtreding door feitelijk handelen te beëindigen, anderzijds heeft het natuurlijk de voorkeur dat de overtreder dat zelf doet. Afhankelijk van welke bedoeling het primaat heeft, wijst de bedoeling van de wetgever in een andere richting. Immers, als het de bedoeling is dat de overtreder zelf de overtreding gaat beëindigen, dan lijkt het mij vrij belangrijk dat er geen enkele twijfel is omtrent wie de overtreder is (volgens het bestuursorgaan) en op wie de kosten zullen worden verhaald, als de bestuursdwang daadwerkelijk wordt geëffectueerd. Als het daarentegen de bedoeling is dat het bestuursorgaan zelf de overtreding opheft, dan is het alleen maar relevant dat er een overtreding is en niet zozeer wie die overtreding pleegt.

Voor de opvatting dat het feitelijk ingrijpen bij bestuursdwang het primaat heeft pleit het volgende. Bij bestuursdwang wordt (in de regel) de mogelijkheid geboden aan de overtreder om zelf een einde aan de overtreding te maken maar, aldus Van Buuren, Jurgens en Michiels: "*het wezen van bestuursdwang is het door feitelijk optreden van overheidswege beëindigen van een illegale situatie of handeling. Van een last aan de overtreder of een andere belanghebbende is in feite geen sprake* […]".[325] Steun hiervoor kan gevonden worden in de wet en wetsgeschiedenis vóór de vierde tranche van de Awb, waarin slechts gesproken werd van 'bestuursdwang' en de term 'last' niet voorkwam. De term last is weliswaar bij de vierde tranche bewust geïntroduceerd, maar daarmee werd geen inhoudelijke wijziging beoogd aan het karakter van bestuursdwang (aldus de wetgever).[326] Bovendien kent de Awb de mogelijkheid om zonder voorafgaande last toch bestuursdwang toe te passen, maar niet de mogelijkheid om enkel een last op te leggen (zonder aanzegging van de

324 Zij verwijzen naar: 'Kamerstukken II 1995/96, 23 700, nr. 5, p. 77', maar deze verwijzing komt mij onjuist voor nu het betreffende stuk een kamerstuk uit 1994/95 is en op pagina 77 slechts het toezichthoudersbegrip wordt verduidelijkt. Ik ga er vanuit dat is bedoeld te verwijzen naar Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 100.

325 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 9.

326 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 100-101.

bestuursdwang). Ten slotte zijn er gevallen waarin het mogelijk is dat tot bestuursdwang wordt besloten zonder dat er een overtreder bekend is, zoals bijvoorbeeld het verwijderen van fout geparkeerde fietsen of het verwijderen van verkeerd aangeboden afval.

Voor de opvatting dat de lastgeving en de daarmee gemoeide doelstelling dat het hoofddoel is om de overtreder te bewegen tot het beëindigen van de overtreding het primaat heeft, pleit het volgende. De wetgever heeft door het gebruiken van de term 'last' tot uitdrukking gebracht dat het in beginsel de bedoeling is dat de overtreder *zelf* een einde maakt aan de overtreding.[327] In zoverre is er onder de vierde tranche een vorm van bestuursdwang ontstaan waar het accent is verschoven van een titel tot ingrijpen met een 'kans' voor de overtreder om dat ingrijpen te voorkomen, naar een drukmiddel met als doel de overtreder zelf te bewegen om de overtreding te beëindigen. Dat wordt ook tot uiting gebracht in de (bij de vierde tranche gewijzigde) definitie in artikel 5:21, onder a, Awb. Bovendien, als de overtreder voor de kosten moet opdraaien, is het dan niet redelijk dat hij *vooraf* op de hoogte wordt gesteld van dat feit, zodat hij nog kan ingrijpen en de kosten kan voorkomen? Daarbij is relevant dat, omdat de last onder bestuursdwang ook bekend wordt gemaakt aan andere rechthebbenden, het enkel ontvangen van de bestuursdwangbeschikking vaak onvoldoende is om in actie te komen. Immers, als een andere rechthebbende dan de overtreder de kosten maakt om de overtreding te beëindigen, kan hij die kosten niet zonder meer verhalen op de daadwerkelijke overtreder.[328] Ook daarom is het van belang om vooraf te weten of men overtreder is.

Gelet op het voorgaande meen ik dat de bedoeling van de wetgever onduidelijk is. Het is daarom niet eenduidig vast te stellen of het nu wel of niet mogelijk zou moeten zijn om het overtrederschap pas in het kader van het kostenverhaal te preciseren. Ik acht beide standpunten verdedigbaar.

d. Jurisprudentie

In de jurisprudentie zijn aanwijzingen voor beide opvattingen te vinden. Zo oordeelde de voorzitter van de ABRvS in de Edelchemie zaak dat hij er niet op voorhand van overtuigd was dat de kosten op een partij konden worden verhaald, onder meer omdat de desbetreffende partij in de bestuursdwangbeschikking niet expliciet als overtreder was aangemerkt.[329] In een ander geval oordeelde de ABRvS daarentegen dat indien er geen kostenverhaal plaats zal vinden of heeft gevonden, het overtrederschap in het geheel niet meer besproken hoeft te worden in het kader van de beoordeling

327 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 100-101.

328 C.N.J. Kortmann en F. Onrust, 'Verhaal van kosten van bestuursdwang bij (chemische) branden – deel II', JM 2012/906.

329 Vzr. ABRvS 9 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1915.

van de bestuursdwangbeschikking.[330] Dit oordeel impliceert juist weer het tegenovergestelde: het overtrederschap is niet relevant in het kader van de bestuursdwangbeschikking, alleen voor de kostenverhaalsbeschikking (en hoeft dus pas in dat kader aan de orde te komen). Ook is de ABRvS eerder van oordeel geweest dat in een geval waarbij geen enkele overtreder met naam werd genoemd in de bestuursdwangbeschikking, maar waarin de beschikking zo was geschreven dat deze zich tot de lezer richtte als overtreder (en elke brief aan een bepaalde rechtspersoon was gericht), kostenverhaal op alle aangeschrevenen mogelijk was.[331] Andere rechters lijken eveneens verdeeld te zijn over de vraag of het mogelijk is om pas later een overtreder aan te wijzen. Zo oordeelde de rechtbank Oost-Brabant in een geval waarbij de eiser niet was genoemd in de bestuursdwangbeschikking als overtreder, dat hij niet later alsnog kon worden aangesproken in het kader van het kostenverhaal.[332] De Hoge Raad oordeelde daarentegen in een arrest van 19 januari 2001[333] – weliswaar onder het oude recht, maar mijns inziens even goed toepasbaar onder de vierde tranche – dat meerdere overtreders die niet met naam waren genoemd in de bestuursdwangbeschikking (maar aan wie die beschikking wel bekend was gemaakt) toch aansprakelijk waren in het kader van kostenverhaal. Kortom: de jurisprudentie biedt geen eenduidig beeld. Voor beide standpunten was steun te vinden. In een uitspraak van 28 juni 2017 lijkt de Afdeling duidelijkheid te geven over in welke beschikking het overtrederschap naar haar oordeel aan de orde dient te komen:

> *"5.1. Voor beantwoording van de vraag of het college bevoegd was een last onder bestuursdwang op te leggen, is niet van belang of* [appellant sub 1A] *en* [appellant sub 1B] *overtreder zijn. In zoverre doet het er niet toe of* [appellant sub 1A] e*n* [appellant sub 1B] *de recreatiewoning of delen daarvan hebben gebouwd of dat zij alleen vergunningsvrije werkzaamheden hebben verricht. Dit is slechts van belang voor de vraag of zij de kosten voor de uitvoering van de bestuursdwang moeten betalen, aangezien die kosten op grond van artikel 5:25, eerste lid, van de Awb slechts op de overtreder kunnen worden verhaald."*[334]

Hieruit lijkt te volgen dat de ABRvS het overtrederschap enkel relevant acht in het kader van de kostenverhaalsbeschikking en niet in het kader van de bestuursdwangbeschikking. Mij is geen uitspraak van het CBb bekend op dit punt.

330 ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2986.
331 ABRvS 11 januari 2012, AB 2012/86, m.nt. F.R. Vermeer.
332 Rb. Oost-Brabant 10 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3913.
333 HR 19 januari 2011, AB 2002/382, m.nt. P.J.J. van Buuren.
334 ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1719.

e. Tussenconclusie overtrederschap

De wet, wetsgeschiedenis en de bedoeling van de wetgever bieden geen eenduidig beeld. Hoewel de ABRvS heeft geoordeeld dat het overtrederschap niet relevant is in het kader van de bestuursdwangbeschikking, acht ik zowel het standpunt dat het mogelijk zou moeten zijn om andere overtreders aan te wijzen dan in de bestuursdwangbeschikking zijn genoemd, als het tegenovergestelde standpunt, goed verdedigbaar.

Naar mijn mening verdient de opvatting dat pas in het kader van kostenverhaal aan de orde hoeft te komen wie overtreder is de voorkeur. Daarbij acht ik van doorslaggevend belang dat het overtrederschap alleen in het kader van kostenverhaal relevant is. Als het niet relevant is voor de bestuursdwangbeschikking, waarom is het dan nodig om reeds in de bestuursdwangbeschikking te bepalen wie overtreder is? Deze gedachte ligt volgens mij ook ten grondslag aan de toelichting van de wetgever dat het niet nodig is om te specificeren *wie* overtreder is in de bestuursdwangbeschikking, in welke overweging ik steun zie voor de opvatting dat het overtrederschap pas bij het kostenverhaal aan de orde hoeft te komen. Bijkomend argument voor mij is dat uit de evaluatie van de geldschuldenregeling blijkt dat belanghebbenden vaak pas ageren tegen de betalingsbeschikking. Het is mijns inziens niet redelijk dat een belanghebbende niet meer het overtrederschap aan de orde kan stellen in het kader van het kostenverhaal als de kosten op hem worden verhaald. Het overtrederschap is immers cruciaal voor de vraag óf de kosten kunnen worden verhaald. Ten slotte meen ik dat gelet op de aard van kostenverhaal (het 'doorsturen van de rekening') het niet redelijk is dat het bestuursorgaan wordt beperkt in zijn verhaalsmogelijkheden door vooraf te moeten benoemen wie allemaal overtreder is. Het belang van de gemeenschap om niet de rekening te hoeven dragen voor het opruimen van andermans overtreding weegt daarbij zwaar. Ik sluit mij dan ook aan bij de opvatting van Van Buuren, Jurgens en Michiels dat het voor kostenverhaal "*voldoende is dat de last onder bestuursdwang waarin het kostenverhaal wordt aangezegd, (mede) aan de als vermoedelijke overtreder te kwalificeren persoon wordt gezonden*".[335]

Het bezwaar dat als het overtrederschap pas aan de orde komt in het kader van het kostenverhaal, de overtreder niet vooraf bekend is met zijn overtrederschap en dat dit onredelijk is, vind ik niet overtuigend omdat de overtreder in ieder geval een kopie van de bestuursdwangbeschikking zal hebben moeten ontvangen om kostenverhaal mogelijk te maken. Het zal de overtreder dus niet rauw op zijn dak vallen dat hij wordt aangeschreven in het kader van het kostenverhaal. Bovendien meen ik dat in het overgrote deel van de gevallen de overtreder zonder meer op de

335 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 204.

hoogte zal zijn van het antwoord op de vraag of hij wel of niet overtreder is. Het belang van de overtreder verzet zich naar mijn mening dus niet tegen het pas benoemen van de precieze overtreder in de kostenverhaalsbeschikking.

Een praktisch punt voor bestuursorganen is dat het – voor zover mogelijk – uiteraard wel aanbeveling verdient om indien de overtreder bekend is, deze specifiek aan te schrijven en daarbij aan te wijzen als overtreder. Daarmee wordt de voorgaande discussie vermeden. In gevallen waarbij het echter niet zonder meer duidelijk is wie overtreder is, dan wel dat het niet uit te sluiten is dat er meerdere overtreders tussen de aangeschrevenen zouden kunnen zijn, verdient het mijns inziens de voorkeur om iedereen aan te schrijven als overtreder en achteraf te bezien op wie de kosten daadwerkelijk zullen worden verhaald.

3.3.2 Wanneer moet worden bepaald of kostenverhaal redelijk is?

In artikel 5:25, lid 1, Awb is bepaald dat bestuursdwang geschiedt op kosten van de overtreder, tenzij deze redelijkerwijs niet te "*zijner laste behoren te komen*". In lid 2 is bepaald dat in de bestuursdwangbeschikking moet zijn vermeld "*in hoeverre*" de kosten van bestuursdwang ten laste van de overtreder komen. Lid 6 bepaalt verder dat het bestuursorgaan de hoogte van de kosten vast moet stellen (in een kostenverhaalsbeschikking). Hieruit volgt echter niet op welk moment moet worden beoordeeld of het redelijk is dat de kosten op de overtreder worden verhaald. Het vereiste in artikel 5:25, lid 1, Awb is immers niet – zoals de vereisten in artikel 5:25, lid 2 en 6, Awb – (impliciet) gekoppeld aan een bepaalde beschikking. In zoverre zou het bestuursorgaan (strikt genomen) dus zowel in de bestuursdwangbeschikking als de kostenverhaalsbeschikking kunnen beoordelen of de kosten redelijkerwijs ten laste van de overtreder kunnen worden gebracht.

De praktijk is veelal dat in de bestuursdwangbeschikking in algemene termen wordt overwogen dat de kosten van bestuursdwang op de overtreder zullen worden verhaald en dat er geen redenen zijn om af te zien van kostenverhaal (de 'aanzegging'). In de kostenverhaalsbeschikking worden dan vervolgens de hoogte van de kosten bepaald en in dat kader wordt ook beoordeeld of er ex artikel 5:25, lid 1, Awb redenen zijn om toch af te zien van kostenverhaal. Ook de ABRvS lijkt van deze systematiek uit te gaan. De ABRvS toetst immers de vraag of de kosten ex artikel 5:25, lid 1, Awb 'redelijkerwijs' ten laste van de overtreder kunnen komen in het kader van de kostenverhaalsbeschikking en niet in het kader van de bestuursdwangbeschikking.[336]
Toch is een andere opvatting ook mogelijk. Zie bijvoorbeeld het oordeel van de rechtbank Limburg van 12 april 2014 waarin wordt overwogen dat de kostenverhaals-

336 Zie onder meer: ABRvS 2 december 2015, AB 2016/81, m.nt. C.M.M. van Mil, r.o. 7.1, ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2813 en ABRvS 11 januari 2012, AB 2012/86, m.nt. F.R. Vermeer.

beschikking alleen ziet op *de hoogte* van de kosten en niet meer op de vraag of de kosten redelijkerwijs in rekening kunnen worden gebracht bij de overtreder. De redelijkheid van het kostenverhaal was in dat geval in de bestuursdwangbeschikking beoordeeld en stond volgens de rechtbank dus niet ter beoordeling.[337] De wetgever lijkt ook uit te gaan van de mogelijkheid dat de redelijkheid van het kostenverhaal reeds in de bestuursdwangbeschikking is beoordeeld, aldus Van Buuren, Jurgens en Michiels:

> *"Aanzegging van (volledig) kostenverhaal betekent dat is nagelaten van de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 5:25, eerste lid, Awb gebruik te maken. Indien de overtreder het daarmee niet eens is, bestaat voor hem de mogelijkheid op dit punt een bezwaarschrift in te dienen en vervolgens beroep in te stellen. Laat de overtreder het instellen van een rechtsmiddel na, dan krijgt de beslissing om geen uitzondering te maken op de regel van kostenverhaal formele rechtskracht."*[338]

Met andere woorden – hoewel de ABRvS in het kader van de kostenverhaalsbeschikking toetst of de kosten 'redelijkerwijs' kunnen worden verhaald, is het ook mogelijk dat in een voorafgaande bestuursdwangbeschikking reeds onherroepelijk vast is komen te staan dat kostenverhaal in een bepaald geval redelijk is, in welk geval de formele rechtskracht zich (ogenschijnlijk) verzet tegen een beoordeling van de redelijkheid van het kostenverhaal.

De wet, de wetsgeschiedenis, de bedoeling van de wetgever en de jurisprudentie bieden geen duidelijke aanknopingspunten voor een antwoord op de vraag in welke beschikking het oordeel over de redelijkheid aan de orde zou moeten komen. Daarbij merk ik op dat vaak onduidelijk is of men spreekt van de redelijkheid van het kostenverhaal (artikel 5:25, lid 1, Awb) of van 'in hoeverre' de kosten kunnen worden verhaald (artikel 5:25, lid 2, Awb). Dat is niet duidelijk en doet afbreuk aan de eenvoud. Het voldoet mijn inziens dus niet aan mijn toetsingscriterium 'praktisch' (zie onderdeel 1.2), zodat er mijns inziens sprake is van een knelpunt.

Naar mijn mening zou de redelijkheid van het kostenverhaal echter pas aan de orde moeten komen in het kader van de kostenverhaalsbeschikking. De redenen hiervoor zijn dat: (i) het pas bij de kostenverhaalsbeschikking duidelijk is over welke kosten men het precies heeft en dientengevolge pas op dat moment echt een oordeel over de redelijkheid daarvan kan worden geveld; (ii) de redelijkheid van het kostenverhaal

337 Rb. Limburg 12 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.

338 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 60. Zij verwijzen naar: Kamerstukken II 1994-95, 23 700, nr 3, p. 157 – (n.b. een overweging die van vóór de kostenverhaalsbeschikking dateert).

niet direct relevant is voor de bestuursdwangbeschikking; (iii) veel belanghebbenden zich pas roeren bij het ontvangen van de kostenverhaalsbeschikking en (iv) als het overtrederschap pas hoeft te worden gepreciseerd in de kostenverhaalsbeschikking, het dan vreemd is als in het kader van de bestuursdwangbeschikking al zou kunnen zijn beoordeeld of het redelijk is dat de kosten worden verhaald op een bepaalde overtreder. De persoonlijke omstandigheden van de overtreder kunnen immers een rol spelen in die beoordeling en daarvoor is dan wel vereist dat bekend is wie die overtreder precies is.

Dit knelpunt zou naar mijn mening kunnen worden ondervangen door de tekst van artikel 5:25, lid 2, Awb aan te passen. Het artikel bepaalt namelijk dat er reeds in de bestuursdwangbeschikking een beoordeling moet zijn gemaakt van 'in hoeverre' de kosten zullen worden verhaald. Dit impliceert dat de redelijkheidstoets al bij de bestuursdwangbeschikking moet worden verricht en dat lijkt mij zoals gezegd onwenselijk. De toevoeging 'in hoeverre' dateert bovendien van vóór de vierde tranche. Toen moest er in de bestuursdwangbeschikking wél nog een redelijkheidstoets worden verricht, maar die toets is met de invoering van de vierde tranche van de Awb feitelijk verschoven naar de kostenverhaalsbeschikking. De tekst 'in hoeverre' in artikel 5:25, lid 2, Awb wekt nu dus alleen nog maar verwarring. Bovendien zou artikel 5:25, lid 2, Awb dezelfde strekking hebben als de tekst 'in hoeverre' zou worden geschrapt. Het artikel brengt immers op eenzelfde wijze de waarschuwingsfunctie tot uitdrukking: overtreder wees gewaarschuwd dat de kosten voor het herstel voor uw rekening kunnen worden gebracht. Het schrappen van de tekst 'in hoeverre' in artikel 5:25, lid 2, Awb zou naar mijn mening daarom aanbeveling verdienen.

3.3.3 Formele rechtskracht en de gevolgen van het (mis)plaatsen van een onderwerp

Uit het voorgaande volgt dat de twee belangrijkste onderwerpen voor kostenverhaal: het overtrederschap en de redelijkheid van het kostenverhaal, in zowel de bestuursdwangbeschikking als de kostenverhaalsbeschikking aan de orde zouden kunnen komen. Hoewel het in mijn ogen juist is als beide onderwerpen pas in de kosten-verhaalsbeschikking zouden worden opgenomen, komt het vaak voor dat de onderwerpen reeds in de bestuursdwangbeschikking zijn beoordeeld. Het komt voorts met regelmaat voor dat een overtreder niet opkomt tegen de bestuursdwangbeschikking maar pas in actie komt op het moment dat hem de rekening wordt gepresenteerd. Dan verzet de formele rechtskracht van de bestuursdwangbeschikking zich ertegen dat de onderwerpen die in de bestuursdwangbeschikking zijn opgenomen nog kunnen worden besproken in het kader van de kostenverhaalsbeschikking. Het probleem dat belanghebbenden vaak pas tegen de betalingsbeschikking (en niet tegen de voorafgaande beschikkingen) opkomen is zelfs een van de in de evaluatie

van de geldschuldenregeling benoemde pijnpunten.[339] Dat dit ook niet louter een theoretisch probleem is blijkt uit het aantal uitspraken waar een overtreder op punten tegen de formele rechtskracht van de bestuursdwangbeschikking aanloopt.[340]

In veel gevallen zal het feit dat de onderwerpen wisselend aan bod kunnen komen in de bestuursdwangbeschikking of de kostenverhaalsbeschikking echter geen onoverkomelijke bezwaren opleveren. Het bezwaar en beroep tegen de kostenverhaalsbeschikking wordt namelijk in de regel geconcentreerd behandeld met het bezwaar en beroep tegen de bestuursdwangbeschikking gelet op artikel 5:31c Awb (zie onderdeel 8.6). Dan is het van beperkt belang in welke beschikking het onderwerp aan bod komt, omdat de overtreder het hoe dan ook zal kunnen aanvechten. In een aantal gevallen ligt de formele rechtskracht echter op de loer en soms slaat deze genadeloos toe. Zo loopt een belanghebbende die zijn overtrederschap in het kader van de kostenverhaalsbeschikking aan de orde wenst te stellen met regelmaat tegen de formele rechtskracht van de bestuursdwangbeschikking op dat punt aan. In zoverre lijken Van Buuren, Jurgens en Michiels daarmee ongelijk te krijgen in hun stelling dat het "*niet goed voorstelbaar* [is] d*at de bestuursrechter die later in het kader van een beroep tegen de kostenverhaalsbeschikking over het kostenverhaal moet oordelen, toelaat dat de kosten worden verhaald op een persoon die* […] *niet als overtreder kan worden gekwalificeerd*".[341] Wellicht zijn er nog geen schrijnende gevallen geweest waarbij de bestuursrechter de noodzaak zag om toch nog iets van het overtrederschap te vinden in het beroep tegen de kostenverhaalsbeschikking, ondanks een eerdere onherroepelijke bestuursdwangbeschikking waarin de belanghebbende als overtreder is aangewezen. Ik constateer echter dat uit hoofdstuk 2 blijkt dat de ABRvS bij de invordering van een dwangsom in een dergelijk geval de formele rechtskracht tegenwierp aan iemand waarvan vaststond dat hij niet als overtreder aan te merken was.[342] In zoverre deel ik de overtuiging van Van Buuren, Jurgens en Michiels op dit punt dus niet. Daar tegenover staat dat de ABRvS in een uitspraak van 20 september 2017 in soortgelijke situatie juist wel ingreep.[343] Geheel zonder grondslag is de opvatting van Van Buuren, Jurgens en Michiels dus niet.

339 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013).

340 ABRvS 2 december 2015, AB 2016/81, m.nt. C.M.M. van Mil, zie ook: Rb. Midden-Nederland 8 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ1076, ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2813 en ABRvS 11 januari 2012, AB 2012/86, m.nt. F.R. Vermeer en Rb. Limburg 12 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.

341 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 204.

342 ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3728.

343 ABRvS 20 september 2017, AB 2017/356, m.nt. T.N. Sanders.

Interessant is dat bestuursrechters echter bijna altijd bereid lijken om de redelijkheid van het kostenverhaal te beoordelen, zelfs als het kostenverhaal reeds in de bestuursdwangbeschikking redelijk is geacht (en dit oordeel formele rechtskracht heeft). Een goed voorbeeld hiervan is te vinden een uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch:

> *"8. Eiser heeft geen bezwaar gemaakt tegen de last onder bestuursdwang* [...] [d]*it besluit heeft hierdoor formele rechtskracht verkregen.* [...] *Hetgeen eiser heeft gesteld over de onjuiste grondslag van de last onder bestuursdwang en de aanzegging dat de kosten van de bestuursdwang op hem zullen worden verhaald, kan in de onderhavige procedure niet meer aan de orde komen en behoeft daarom geen bespreking. In het besluit van 22 september 2010 is tevens bepaald dat de kosten op eiser zullen worden verhaald. In deze overweging ligt besloten dat volgens verweerder geen sprake is van bijzondere omstandigheden die voor verweerder aanleiding hadden moeten zijn om van kostenverhaal af te zien. Dat neemt, naar het oordeel van de rechtbank, niet weg dat verweerder zich bij het nemen van een kostenverhaalsbeschikking de vraag dient te stellen of in redelijkheid tot het verhalen van alle gemaakte kosten van bestuursdwang kan worden overgegaan. Dit geldt te meer nu in de last onder bestuursdwang geen indicatie is gegeven van de hoogte van deze kosten. Verweerder dient derhalve bij het vaststellen van de verschuldigde kosten voor het effectueren van de last onder bestuursdwang te bezien of er bijzondere omstandigheden zijn die vergen dat de gemaakte kosten in redelijkheid niet of niet geheel voor rekening van de aangeschrevene behoren te komen.* [...]*."*[344]

De rechtbank Limburg kiest ook – impliciet – voor deze oplossing,[345] welk oordeel in hoger beroep door de ABRvS werd bevestigd.[346] In die uitspraak constateerde de rechtbank dat de redelijkheid van het kostenverhaal niet meer aan de orde kon komen gelet op de formele rechtskracht van de bestuursdwangbeschikking, maar zag de rechtbank toch aanleiding om de kostenverhaalsbeschikking te matigen voor wat betreft de extra kosten die aan het college te wijten waren, nu het onredelijk was om die kosten ten laste van de overtreder te brengen.

Hoewel bestuursrechters dus soms bij het oordeel ten aanzien van de redelijkheid van het kostenverhaal bereid zijn om met hun hand over het hart te strijken, zijn zij dat vaak niet bij het oordeel ten aanzien van het overtrederschap. Dit terwijl zoals eerder is geconstateerd beide aspecten in twee verschillende beschikkingen aan de orde kunnen komen. Overtreders moeten daarom op hun qui vive zijn.

344 Rb. 's-Hertogenbosch 24 april 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW6147, r.o. 8.
345 Rb. Limburg 12 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.
346 ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:935.

De onzekerheid omtrent in welke beschikking de redelijkheid van het kostenverhaal aan de orde kunnen komen acht ik een knelpunt omdat het niet duidelijk is en afbreuk doet aan de eenvoud (zodat niet wordt voldaan aan mijn toetsingscriterium 'praktisch' – zie onderdeel 1.2). Het is mijns inziens niet aanvaardbaar dat overtreders in het kader van kostenverhaal wezenlijke aspecten van dat kostenverhaal niet meer aan de orde zouden kunnen stellen. Zoals hiervoor uiteengezet hoort de redelijkheid van het kostenverhaal naar mijn mening in de kostenverhaalsbeschikking thuis. Het lijkt mij dat redelijk is dat de overtreder dit onderwerp in zijn beroep tegen die beschikking wel moet kunnen betwisten. In de bestuursdwangbeschikking hoeft dan slechts de overtreding, de herstelmaatregelen, de begunstigingstermijn en de waarschuwing dat kostenverhaal zal plaatsvinden te worden opgenomen. In de kostenverhaalsbeschikking wordt dan bepaald wie overtreder is en in hoeverre de kosten voor zijn rekening komen gelet op de redelijkheidstoets. Dat lijkt mij zuiver, begrijpelijk voor iedereen en bovendien ook praktisch voor belanghebbenden omdat daarmee een belangrijk knelpunt uit de evaluatie van de geldschuldenregeling wordt ondervangen.

3.3.4 Tussenconclusie verhouding bestuursdwangbeschikking en kostenverhaal

Gelet op het voorgaande is mijn conclusie dat er, in tegenstelling tot bij de last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking, geen even duidelijke verdeling van onderwerpen is tussen de last onder bestuursdwang en de kostenverhaalsbeschikking. Met name de vraag wanneer bepaald moet worden of kostenverhaal op zich redelijk is blijft naar de huidige stand van zaken een twistpunt. In het vorige onderdeel heb ik echter betoogd dat het mijns inziens wenselijk zou zijn om de redelijkheid van het kostenverhaal aan de orde te laten komen in het kader van de kostenverhaalsbeschikking. Gelet op het feit dat hier discussie over kan bestaan, staat dit onderwerp bij beide beschikkingen genoemd.

Bestuursdwangbeschikking	Kostenverhaalsbeschikking
Overtreding	Overtreding last
Rechtvaardigingsgronden	(Overtrederschap)
Uitvoerbaarheid last	Effectuering
Begunstigingstermijn	(Evenredigheid sanctie)
(Evenredigheid sanctie)	
(Overtrederschap)	

3.4 Welke kosten kunnen worden verhaald?

De 'kosten voor de toepassing van bestuursdwang' kunnen worden verhaald op de overtreder – maar wat zijn die kosten precies? De wet laat het begrip verder ongedefinieerd. Ingevolge artikel 5:25, lid 3, Awb wordt onder de 'kosten van

bestuursdwang' in ieder geval verstaan de kosten van de voorbereiding van bestuursdwang voor zover deze zijn gemaakt na het verstrijken van de termijn waarbinnen de last had moeten worden uitgevoerd – ook als de last alsnog na het verstrijken van de termijn is uitgevoerd. Daarnaast bepaalt lid 4 dat ook de schade die een bestuursorgaan veroorzaakt bij derden ter uitvoering van de last tot de kosten van bestuursdwang moeten worden gerekend. Uit de praktijk en de jurisprudentie blijkt dat een grote variëteit aan kosten kunnen worden verhaald. Zo zijn naast het inschakelen van de aannemer of vuilnisdienst bijvoorbeeld ook het maken van een draaiboek,[347] het inschakelen van juridische bijstand,[348] de lunch van de toezichthouders,[349] het uurloon van toezichthouders[350] en de rente voor een lening om de kosten voor de toepassing van bestuursdwang te bekostigen,[351] allemaal kosten die kunnen worden verhaald. De grenzen van kostenverhaal liggen dus niet zo zeer in de aard van de gemaakte kosten maar eerder in een drietal vuistregels die ik uit de wet en de jurisprudentie herleid. Dit zijn de volgende:

1. de gemaakte kosten moeten voortvloeien uit de opgelegde last;
2. het moeten noodzakelijke, redelijke en daadwerkelijk gemaakte kosten zijn;
3. de kosten moeten zijn gemaakt na het verstrijken van de begunstigingstermijn.

3.4.1 Kosten die te herleiden zijn tot de last

Om verhaalbaar te zijn moeten de kosten die zijn gemaakt wel herleidbaar zijn tot de last. Een bestuursdwangbesluit kent twee onderdelen die relevant kunnen zijn bij het bepalen van welke kosten uit de last voortvloeien: de last zelf en de te nemen herstelmaatregelen zoals die zijn omschreven in het besluit. De last is de opdracht ('hef de overtreding op') en de herstelmaatregelen de wijze waarop de opdracht kan worden vervuld ('door de schuur af te breken').

Kosten die voorvloeien uit het nemen van de herstelmaatregelen kunnen naar mijn mening in ieder geval worden verhaald. Het is echter niet ondenkbaar dat onder omstandigheden de herstelmaatregelen verder gaan dan strikt noodzakelijk ter uitvoering van de last. Denk bijvoorbeeld aan een geval waarbij slechts een aanbouw illegaal is, maar de genoemde herstelmaatregelen behelzen dat het hele gebouw moet worden afgebroken. Dat de herstelmaatregelen verder gaan dan het herstellen van de overtreding is echter een grond die moet worden aangevoerd tegen de bestuursdwangbeschikking. Wordt dit niet (tijdig) gedaan, dan staat de

347 ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2280.
348 ABRvS 11 januari 2012, AB 2012/86, m.nt. F.R. Vermeer.
349 ABRvS 12 februari 2014, JM 2014/76, m.nt. T.N. Sanders, r.o. 15.2.
350 Rb. Limburg 12 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.
351 ABRvS 22 januari 2014, JM 2014/35, m.nt. C.N.J. Kortmann en F. Onrust, AB 2014/145 m.nt. C.N.J. Kortmann.

bestuursdwangbeschikking in rechte vast en kunnen de kosten van de expliciet genoemde herstelmaatregelen in ieder geval worden verhaald.[352]

Lastiger zijn herstelmaatregelen die niet zijn genoemd in de bestuursdwangbeschikking. Denk aan een situatie waarbij de last is: 'hef de overtreding op', de herstelmaatregel: 'zeef de bodem om de verontreinigde grond te verwijderen' en de toepassing van bestuursdwang uiteindelijk behelst dat de bodem in zijn geheel wordt afgegraven en verwijderd. Kunnen de kosten van het afgraven dan worden verhaald op de overtreder? Door het afgraven wordt de overtreding immers opgeheven zodat aan de last wordt voldaan, maar de maatregel is niet genoemd als herstelmaatregel.

Het lijkt mij dat het mogelijk zou moeten zijn om de kosten van "*verwante maatregelen* […] *die tot hetzelfde of een vergelijkbaar effect zullen leiden*"[353] te verhalen op de overtreder. Bij bestuursdwang kan de overtreder immers ook andere maatregelen nemen om de overtreding op te heffen dan de genoemde herstelmaatregelen, zo lang de overtreding maar wordt beëindigd.[354] Het bestuursorgaan moet volgens mij ook de kosten voor maatregelen die vergelijkbaar zijn met de maatregelen die in de last zijn genoemd kunnen verhalen, zo lang maar wordt voldaan aan de redelijkheids- en noodzakelijkheidscriteria (zie hierna).

Enkele voorbeelden uit de jurisprudentie laten echter zien dat er geen eenduidig antwoord te geven is op de vraag of de kosten voor maatregelen die niet zijn genoemd als herstelmaatregelen in de bestuursdwangbeschikking kunnen worden verhaald. In een geval waarbij de last alleen het *'wegvoeren'* van afval behelsde, oordeelde de ABRvS bijvoorbeeld dat de kosten van het *'verwerken'* van dat afval niet konden worden verhaald.[355] Tegelijkertijd heeft de ABRvS in andere gevallen het verhaal van de kosten voor andere maatregelen dan die genoemd in de last aanvaardbaar geacht, zo lang die maatregel samenhangt met de last. In een geval waarbij in de last "*maatregelen ter bevordering van een effectieve brandbestrijding*" werden gelast, achtte de ABRvS het aanvaardbaar dat ook maatregelen om de nadelige gevolgen voor het milieu die werden veroorzaakt door het wegvoeren van het gebruikte bluswater te voorkomen in rekening werden gebracht nu deze "*zodanig samenhingen met en noodzakelijk waren voor*" de effectieve brandbestrijding dat die tot de last te herleiden waren.[356] In een geval waarbij een schuur moest worden verwijderd en bij de verwijdering bleek dat er asbest in de schuur zat, oordeelde de

352 Vergelijk: ABRvS 20 maart 2013, JM 2013/62, m.nt. T.N. Sanders.

353 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 59.

354 Rb. Zeeland-West-Brabant 7 januari 2016, nr. 15/4898 (niet gepubliceerd) – in hoger beroep bevestigd: ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2896.

355 ABRvS 16 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3550.

356 Ibidem.

ABRvS dat het niet onmogelijk is om ook de kosten voor de asbestverwijdering te verhalen, mits de samenhang met de last en de noodzaak voor de verwijdering daarvan voldoende wordt gemotiveerd.[357] Het 'samenhang-criterium' dat ik uit de rechtspraak herleid wordt overigens niet altijd op dezelfde wijze geëxpliciteerd door de ABRvS. Zo sprak de ABRvS in de Chemiepack zaak van "*onlosmakelijk verbonden*" kosten.[358] Deze 'onlosmakelijke verbondenheid' lijkt een strikter criterium dan de eerder gememoreerde 'zodanige samenhang', maar bij gebrek aan een standaardoverweging dienaangaande zou ik menen dat de essentie van de eis die de ABRvS stelt aan kostenverhaal in beide gevallen hetzelfde is. Er moet een zodanige samenhang bestaan tussen de last en de gemaakte kosten dat de gemaakte kosten redelijkerwijs volgen uit de last.

3.4.2 Noodzakelijke, redelijke en daadwerkelijk gemaakte kosten

Uiteraard kunnen alleen de daadwerkelijk gemaakte kosten worden verhaald. Worden er meer kosten verhaald dan daadwerkelijk gemaakt, dan zal de kostenverhaalsbeschikking worden vernietigd.[359] Niet is vereist dat het bestuursorgaan de kosten al heeft voldaan aan een derde, het is alleen vereist dat er een betalingsverplichting rust op het bestuursorgaan.[360] Kosten die wel zijn gemaakt maar achteraf niet noodzakelijk bleken te zijn, zijn overigens wel gewoon verhaalbaar. Zo waren bij het sluiten van een hotel vanwege brandveiligheidsovertredingen de kosten voor het boeken van een alternatief logiesverblijf verhaalbaar, ondanks dat uiteindelijk geen gebruik werd gemaakt van dat alternatief.[361] De daadwerkelijk gemaakte kosten die op de overtreder worden verhaald moeten wel een "*adequate en doelmatige toepassing van bestuursdwang*" behelzen.[362] Dit wordt vaak vertaald als dat de kosten *noodzakelijk* en *redelijk* moeten zijn.[363]

De noodzakelijkheid is in de praktijk een beperkte toets. De reden daarvoor is dat de noodzakelijkheid van de maatregelen veelal wordt vastgesteld (en bestreden) in het kader van de bestuursdwangbeschikking. Dit ontslaat het bestuursorgaan er echter niet van om ook in het kader van de uitvoering van bestuursdwang (en de toetsing daarvan in het kader van het kostenverhaal) te bezien of er minder vergaande herstelmaatregelen mogelijk zijn.[364]

357 ABRvS 12 februari 2014, JM 2014/76, m.nt. T.N. Sanders, r.o. 15.2.
358 ABRvS 22 januari 2014, JM 2014/35, m.nt. C.N.J. Kortmann en F. Onrust, AB 2014/145, m.nt. C.N.J. Kortmann, zie ook: ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:817.
359 ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2036.
360 ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2332.
361 ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2280.
362 ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9079.
363 Zie bijvoorbeeld CBb 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0927.
364 ABRvS 5 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6518 en CBb 30 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:413.

Het redelijkheidscriterium ziet op de vraag of de *hoogte* van de kosten wel redelijk zijn. Indien bepaalde werkzaamheden door ambtenaren hadden kunnen worden verricht maar daarvoor toch een externe partij is ingeschakeld, kan het zo zijn dat deze (meer)kosten niet verhaalbaar zijn nu dat niet redelijk is.[365] Het redelijkheidscriterium wordt voorts ingevuld door te eisen dat zo mogelijk ook verschillende offertes moeten worden opgevraagd om de kosten van bestuursdwang zoveel mogelijk te beperken.[366] Dat betekent echter niet dat vervolgens de aanbieder met de laagste prijs moet worden geselecteerd. Het bestuursorgaan mag onder omstandigheden de deskundigheid en beschikbaarheid van een uitvoerder de doorslag laten geven.[367] De toets van de bestuursrechter op dit vlak is overigens beduidend minder streng bij (zeer) spoedeisende bestuursdwang. In die gevallen mag in de regel de beschikbaarheid en de deskundigheid zonder meer doorslaggevend zijn en hoeven er meestal niet meerdere offertes opgevraagd te worden.[368]

In het kader van de redelijkheid wordt ook vaak stilgestaan bij de kosten van het ambtenarenapparaat. Nu het bestuursorgaan geen commerciële partij is dient er een prijs te worden bepaald voor de 'diensten' van het bestuursorgaan. Het bepalen van de kosten voor het bestuursorgaan zelf blijkt in de praktijk lastige materie.[369] Uit de jurisprudentie blijkt dat in ieder geval duidelijk moet zijn welke werkzaamheden wanneer zijn verricht en door welke ambtenaar, hoeveel uur daarmee was gemoeid en op grond waarvan het uurtarief van die ambtenaar is bepaald.[370] In de jurisprudentie treffen wij voorbeelden van uurtarieven van € 47,50,[371] € 65,-, € 70,-, € 75,-[372] en € 80,-[373] welke de bestuursrechter allemaal redelijk achtte. Acceptabel en aanbevelenswaardig is overigens dat de uurtarieven worden berekend op basis van de verschillende loonschalen van de betrokken ambtenaren,[374] maar daarbij moet wel rekening worden gehouden met de *"niet gewerkte uren als gevolg van verlof of ziekteverzuim"* omdat het uurloon anders te hoog uitkomt.[375] Voor wat betreft de systeemkosten is het minder eenvoudig. Systeemkosten zijn bijvoorbeeld

365 Rb. Limburg 12 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.
366 ABRvS 12 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2014:839.
367 Ibidem.
368 ABRvS 29 augustus 2012, JB 2012/238, m.nt. M.A. Heldeweg en ABRvS 6 mei 2015, Gst. 2015/82, m.nt. C.W.M. van Alphen, AB 2015/327, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, JM 2015/83, m.nt. Y. Flietstra.
369 Zie in dat verband overigens uiteraard ook de Wet markt en overheid en het Besluit markt en overheid: het bevestigen van een prijskaartje aan overheidsdiensten is niet eenvoudig.
370 ABRvS 12 februari 2014, JM 2014/76, m.nt. T.N. Sanders, ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2280 en Rb. Limburg 12 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.
371 ABRvS 11 januari 2012, AB 2012/86, m.nt. F.R. Vermeer.
372 ABRvS 2 december 2015, AB 2016/81, m.nt. C.M.M. van Mil.
373 Rb. Limburg 12 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.
374 ABRvS 2 december 2015, AB 2016/81, m.nt. C.M.M. van Mil.
375 ABRvS 16 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3550.

de kosten van de backoffice, het onderhoud van de benodigde voertuigen en kantoorbenodigdheden voor de toezichthouders. Deze zijn soms wel en soms niet aanvaardbaar voor de ABRvS. Zo is het volgens de ABRvS bij het berekenen van de kosten van het verwijderen van verkeerd aangeboden afval aanvaardbaar dat van de jaarlijkse kosten van het gehele systeem van verwijdering van verkeerd aangeboden afval uitgegaan wordt.[376] Het lijkt mij dat dit echter alleen mogelijk is indien de te verhalen systeemkosten kosten betreffen die aantoonbaar volledig te herleiden zijn tot enkel de uitoefening van bestuursdwang voor een bepaalde categorie overtredingen. Dit volgt ook uit een ander geval waarin de systeemkosten juist niet verhaalbaar waren volgens de ABRvS. In dat geval werd een opslaghal ook gebruikt voor de opslag van voertuigen die niet waren weggesleept wegens strijd met de Wegsleepverordening Amsterdam. De kosten voor het gebruik van de opslaghal mochten dus niet in rekening worden gebracht bij overtreders van de Wegsleepverordening Amsterdam.[377] Het verhalen van de systeemkosten staat volgens mij overigens op gespannen voet met artikel 5:25, lid 3, Awb waarin is bepaald dat de kosten van bestuursdwang slechts verhaalbaar zijn voor zover deze zijn gemaakt ná het verstrijken van de begunstigingstermijn. Systeemkosten worden nu juist gemaakt vóór het verstrijken van de begunstigingstermijn. Desalniettemin meen ik dat het niet onredelijk is dat de systeemkosten op de overtreder worden verhaald – al is het maar dat als dat niet mogelijk zou zijn, het bestuursorgaan dan voor herhaalde overtredingen telkens de benodigde apparatuur zou moeten aanschaffen. Dat zou tot hoge kosten leiden (en dus ook tot hoge kosten voor de overtreder). Dat lijkt mij in niemands belang.

De wijze waarop bestuursdwang is toegepast, kan volgens het CBb aanleiding geven voor het oordeel dat de hoogte van de kosten niet redelijk te achten zijn.[378] Dat kan bijvoorbeeld zo zijn indien een taxatie van de weg te voeren en te verkopen spullen onzorgvuldig zou zijn verricht,[379] maar ook als de uitvoering van bestuursdwang ten onrechte niet op de voor de overtreder minst bezwarende manier is geschied.[380] Of fouten gemaakt bij de brandbestrijding die tot hogere kosten voor de overtreder hebben geleid aanleiding kunnen geven tot het redelijkerwijs niet kunnen verhalen van die hogere kosten, liet de ABRvS echter in het midden.[381] Indien ten onrechte toegepaste (zeer) spoedeisende bestuursdwang niet zo snel mogelijk op schrift is gesteld heeft dat onder omstandigheden ook tot gevolg dat de kosten redelijkerwijs niet meer in rekening kunnen worden gebracht aan de overtreder.[382] Ook het ten

376 ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2114.
377 ABRvS 19 november 2014, AB 2015/170, m.nt. L.J.A. Damen.
378 CBb 30 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:413.
379 ABRvS 12 februari 2014, JM 2014/76, m.nt. T.N. Sanders.
380 CBb 30 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:413.
381 ABRvS 22 januari 2014, JM 2014/35, m.nt. C.N.J. Kortmann en F. Onrust, AB 2014/145, m.nt. C.N.J. Kortmann.
382 ABRvS 13 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3034.

onrechte vernietigen dan wel verkopen van in beslag genomen goederen in strijd met artikel 5:29 en 5:30 Awb leidt tot het beperken van de mogelijkheid om de kosten te verhalen.[383]

3.4.3 Na de begunstigingstermijn en bij zeer spoedeisendheid geen voorbereidingskosten

De ABRvS past bij reguliere (niet-spoedeisende) bestuursdwang artikel 5:25, lid 3, Awb vrij strikt toe. Kosten die voor de begunstigingstermijn gemaakt zijn – ook al was er alle aanleiding om aan te nemen dat de last niet zou worden uitgevoerd – zijn niet verhaalbaar op de overtreder.[384] Bij zeer spoedeisende bestuursdwang is het overigens niet toegestaan om voorbereidingskosten in rekening te brengen – ook niet voor zover de kosten zijn gemaakt na het nemen van het bestuursdwangbesluit. De veronderstelling van zeer spoedeisende bestuursdwang is immers dat er direct tot bestuursdwang moet worden overgegaan waarbij pas achteraf het besluit op schrift wordt gesteld. Dan is er geen tijd om voorbereidingen te treffen – zo meent de wetgever.[385] Het CBb[386] en de ABRvS[387] onderschrijven dit ook.

3.5 Kostenverhaal als uitgangspunt en het (gedeeltelijk) afzien van invordering

In artikel 5:25, lid 1, Awb is bepaald dat de kosten van bestuursdwang voor rekening van de overtreder komen, "*tenzij deze kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen*". De standaardoverweging van de ABRvS voor beantwoording van de vraag wanneer de kosten niet meer kunnen worden verhaald is de volgende:

> *"Ingevolge artikel 5:25 van de Awb gaan bestuursdwang en kostenverhaal als regel samen. Voor het maken van een uitzondering kan blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling onder meer aanleiding bestaan indien de aangeschrevene van de ontstane situatie geen verwijt kan worden gemaakt en bij het ongedaan maken van de met het recht strijdige situatie het algemeen belang in die mate is betrokken, dat de kosten redelijkerwijze niet of niet geheel voor rekening van de aangeschrevene behoren te komen. Ook andere bijzondere omstandigheden kunnen het bestuursorgaan nopen tot het geheel of gedeeltelijk afzien van het kostenverhaal. Daarnaast dient te worden afgewogen of de hoogte van de kosten van de bestuursdwang aanleiding geeft om daar geheel of gedeeltelijk van af te zien."*[388]

383 ABRvS 12 februari 2014, JM 2014/76, m.nt. T.N. Sanders.
384 ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2280
385 Kamerstukken II 1994/1995, 23 700, nr. 5, p. 101.
386 CBb 26 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6727.
387 ABRvS 11 januari 2012, AB 2012/86, m.nt. F.R. Vermeer.
388 ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1568.

Het zijn drie *alternatieve* criteria.[389] Interessant is dat het CBb geen standaardoverweging hanteert die vergelijkbaar is met de overweging van de ABRvS, maar enkel toetst of het kostenverhaal 'redelijk' is. Materieel lijkt er overigens geen noemenswaardig verschil te zijn tussen de toetsingen.

3.5.1 Ontbreken van verwijtbaarheid en mate waarin algemeen belang is betrokken

In bepaalde gevallen dient de toepassing van bestuursdwang in zodanige mate het algemene belang en valt de 'overtreder' dusdanig weinig (of niets) te verwijten dat kostenverhaal niet redelijk wordt geacht. Het betreffen cumulatieve criteria: als de overtreding verwijtbaar is[390] of er is geen sprake is van een algemeen belang,[391] dan gaat een beroep op deze uitzonderingsregel reeds daarom niet op. Het klassieke voorbeeld hiervan is de 'kakkerlakken jurisprudentie' waarbij voorstelbaar werd geacht dat het door toepassing van bestuursdwang vernietigen van kakkerlakken in een aantal huizen zo in het algemene belang zou zijn, terwijl de overtreder niet verwijtbaar had gehandeld, dat kostenverhaal onredelijk zou zijn.[392] Er kan overigens ook sprake zijn van verwijtbaarheid van de overtreding als de overtreder geen actieve handelingen heeft verricht die de overtreding veroorzaakte.[393]

De vraag kan gesteld worden of dit criterium toegevoegde waarde heeft. Zoals hierna zal blijken, wordt in het kader van de bijzondere omstandigheid in feite een evenredigheidstoets verricht waarbij alle omstandigheden van het geval mee worden gewogen. Daarbij is de verwijtbaarheid relevant. Voorts wordt sinds de invoering van de beginselplicht tot handhaving en het uitgangspunt dat kostenverhaal op de toepassing van bestuursdwang volgt, als uitgangspunt gehanteerd dat de toepassing van bestuursdwang ter beëindiging van een overtreding altijd in het algemeen belang is. Nu het criterium eigenlijk ook nooit heeft geleid tot een geslaagd beroep[394] bij de ABRvS (en er bij mijn weten slechts één uitspraak is van een rechtbank waarin het criterium leidde tot een geslaagd beroep), zou ik menen dat dit criterium verlaten kan worden.

389 ABRvS 8 oktober 2014, AB 2014/445, m.nt. C.M.M. van Mil, Gst. 2015/25, m.nt. P.C.M. Heinen en ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1568.

390 Rb. Limburg 22 december 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:11107.

391 ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2452.

392 ARRvS 23 augustus 1983, AB 1984/17, m.nt. J.H. van der Veen en ARRvS 7 juni 1985, AB 1986/48, m.nt. P.J.J. van Buuren. Overigens oordeelde de bestuursrechter in al de 'kakkerlak' uitspraken dat er in die gevallen geen reden was om af te zien van kostenverhaal.

393 ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9079.

394 Rb. Oost-Brabant, 20 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6606. Het betrof in dat het geval het 'dumpen' van drugsafval door criminelen in een weiland van een derde, waarbij het kostenverhaal op die derde onevenredig werd geacht.

3.5.2 Hoogte van de kosten

Het tweede criterium is dat de hoogte van de kosten van de bestuursdwang aanleiding geeft om geheel of gedeeltelijk af te zien van kostenverhaal. Het gaat daarbij niet om de evenredigheid van de kosten in verhouding tot de aard en omvang van de overtreding (aldus de ABRvS), maar om de evenredigheid van het kostenverhaal in verhouding tot alle omstandigheden van het geval.[395] Overigens wordt in het kader van deze evenredigheidstoets niet alleen de hoogte van de kosten, maar ook het door de overtreder genoten voordeel doordat hij niet zelf de kosten van herstel hoeft te maken meegewogen.[396] Een belangrijke omstandigheid in deze toetsing – zou men denken – zou de draagkracht van de overtreder zijn. Het verhalen van hoge kosten op een overtreder die door gebrek aan financiële middelen onmogelijk de overtreding kon beëindigen zou onevenredig kunnen worden geacht. Vreemd genoeg lijkt de draagkracht van de overtreder voor de ABRvS echter weinig relevant te zijn.[397] Kenmerkend voor de jurisprudentie op dit vlak is de volgende overweging van de ABRvS:

> *"De hoogte van het inkomen van* [appellant]*, wat daar ook van zij, hoefde voor het college geen aanleiding te vormen om geheel of gedeeltelijk van kostenverhaal af te zien. Overigens heeft het college ter zitting aangegeven dat met* [appellant] *een betalingsregeling kan worden getroffen, zodat gespreide betaling van het verschuldigde bedrag kan plaatsvinden."*[398]

Hoewel Van Buuren, Jurgens en Michiels er vanuit lijken te gaan dat de financiële omstandigheden van de overtreder in dit kader wel degelijk relevant zijn,[399] ben ik in de jurisprudentie van de ABRvS (vooralsnog) geen enkel geval tegengekomen waarin de financiële omstandigheden van de overtreder daadwerkelijk heeft geleid tot een (gedeeltelijke) vermindering van de te verhalen kosten. Dat sluit overigens wel weer aan op de opmerking van Michiels in zijn noot bij ABRvS 10 mei 2006,[400] waarin hij betoogde dat men ook niet afziet van de kosten van bestuursdwang "*als de overtreder krap bij kas zit*". In dat verband is interessant om te zien dat het CBb op dit vlak weliswaar een coulantere lijn lijkt te hanteren (dat kostenverhaal onevenredig

395 ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2036.

396 ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3240.

397 ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3110.

398 ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2321.

399 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 197: "*Bestuursdwang en kostenverhaal horen dus (in beginsel) bij elkaar.* [...] *Dit betekent echter niet, dat bestuursdwang in het geheel niet mogelijk respectievelijk niet toegestaan zou zijn zonder de kosten ten laste van de overtreder(s) te brengen.* [...] *Een reden daarvoor kan zijn dat de overtreder insolvent is en derhalve de kosten niet kan betalen.*"

400 ABRvS 10 mei 2006, AB 2006/230, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

is als de overtreder "*financieel niet in staat zou zijn om de kosten te voldoen*"[401]) maar dat ook het CBb in de mij bekende jurisprudentie nog nooit in de financiële omstandigheden van de overtreder aanleiding heeft gezien om de kosten te verminderen.

De vraag kan nog gesteld worden of het criterium wel bestaansrecht heeft. In feite is de aan te leggen toetsing immers niet wezenlijk naders dan de bijzondere omstandigheid. In dat kader wijs ik er ook op dat 'de hoogte van de kosten' in feite niets meer is dan een evenredigheidstoets – die ook in het kader van de bijzondere omstandigheid wordt verricht. Daarbij wijs ik erop dat dit criterium minder belangrijk lijkt te zijn dan de andere twee. Het komt ook voor dat het criterium gewoon niet wordt genoemd in de standaardoverweging die de Afdeling gebruikt in een uitspraak.[402] Ik meen dat het criterium geen toegevoegde waarde heeft en in zoverre achterwege zou kunnen worden gelaten.

3.5.3 (Criteria voor) de bijzondere omstandigheid

Het derde geval waarin de kosten niet redelijkerwijze ten laste kunnen komen van de overtreder zijn 'bijzondere omstandigheden'. Naar zijn aard betreft het casuïstische jurisprudentie. Wat in ieder geval geen bijzondere omstandigheid is, is het gebrek aan antecedenten van de overtreder.[403] Ook de leeftijd van de overtreder[404] en het belang van de volksgezondheid[405] zijn geen bijzondere omstandigheid.

Financiële omstandigheden zijdens de overtreder (gebrek aan middelen) zijn in beginsel ook geen bijzondere omstandigheid, hoewel de draagkracht van de overtreding niet in zijn geheel wordt uitgesloten als mogelijke bijzondere omstandigheid.[406]

Wel bijzondere omstandigheden zijn het feit dat het voor een belangrijk deel aan het gemeentebestuur te wijten was dat er een gespannen toestand was die extra veiligheidsmaatregelen noodzakelijk maakte. De daarvoor gemaakte extra kosten – hoewel op zich noodzakelijk en redelijk gelet op de omstandigheden – konden niet verhaald worden volgens de rechtbank Limburg.[407]

401 CBb 30 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:315, zie verder CBb 30 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:413 en CBb 30 augustus 2013, ECLI:NL:CBB:2013:124: *"Appellants financiële situatie is weliswaar niet rooskleurig, maar daaruit volgt niet zonder meer dat hij financieel niet in staat zou zijn om de kosten te voldoen. Daarbij acht het College mede van belang dat appellant met zijn financier een betalingsregeling overeen is gekomen en dat hij heeft verklaard grond te kunnen verkopen."*

402 Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 april 2017, AB 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.

403 ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2036.

404 ABRvS 19 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6748.

405 ABRvS 7 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1661.

406 ABRvS 21 december 2016, AB 2017/65, m.nt. T.N. Sanders.

407 Rb. Limburg 12 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.

De ABRvS is voorts van oordeel dat het door de overheid schenden van het huisrecht van een appellant door het binnentreden van een woning zonder machtiging in strijd met artikel 5:27 Awb een bijzondere omstandigheid vormt.[408]

Een bijzondere omstandigheid achtte de ABRvS aanwezig in een uitspraak van 19 april 2017. Daarin nam de ABRvS een bijzondere omstandigheid aan die noopte tot matiging van de kosten van bestuursdwang met 50% in het geval van een appellant die hoarding-syndroom heeft (een ziekelijke verzamelwoede die zich kenmerkt door persisterende moeite om bezittingen weg te doen of er afstand van te nemen, ongeacht de werkelijke waarde). Daartoe overweegt de ABRvS:

> *"6.4. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, valt* [appellant sub 2] *geen doch in ieder geval een minder groot verwijt te maken van de ontstane situatie in haar woningen, zodat de kosten redelijkerwijs niet volledig op haar kunnen worden verhaald. Het voorgaande betekent dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat het college de kosten van de toepassing van bestuursdwang niet volledig op* [appellant sub 2] *heeft kunnen verhalen en dat zij, nu het dat wel heeft gedaan, terecht aanleiding heeft gezien het besluit van 15 juni 2015 te vernietigen."*[409]

De vraag kan nog gesteld worden of de 'bijzondere omstandigheid' bij kostenverhaal gelijk is aan de bijzondere omstandigheid bij de invordering van dwangsommen. Dat is naar ik meen het geval. Als men de bijzondere omstandigheid bij kostenverhaal toetst aan de criteria zoals geformuleerd door mij voor de bijzondere omstandigheid bij dwangsommen, dan blijken die criteria goed toepasbaar bij kostenverhaal. Ik meen dan ook dat voor de vraag wanneer iets een bijzondere omstandigheid is die tot het (gedeeltelijk) afzien van kostenverhaal noopt, aangesloten moet worden bij de in onderdeel 2.6.6 van dit proefschrift door mij geformuleerde criteria voor het aannemen van een bijzondere omstandigheid. In het geval van de bijzondere omstandigheid bij kostenverhaal zou ik deze als volgt formuleren:

1. De omstandigheid wordt niet gedekt door de formele rechtskracht van de bestuursdwangbeschikking.

EN

2. A. De omstandigheid valt niet binnen de risicosfeer van de overtreder en vormt een (absoluut) beletsel voor het (tijdig) voldoen aan de last.

OF

408 ABRvS 31 oktober 2012, AB 2013/72, m.nt. F. Spijker en C.M.M. van Mil, JB 2012/279 m.nt. B. Kaya, Gst. 2013/34, m.nt. F.R. Vermeer. Zie ook ABRvS 23 augustus 2017, AB 2017/349, m.nt. C.M.M. van Mill.

409 ABRvS 19 april 2017, AB 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.

B. Invordering van alle kosten van bestuursdwang leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst van de overtreding van de last en/of de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de last en/of de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

Ik verwijs kortheidshalve naar onderdeel 2.6.6. voor de motivering van de door mij geformuleerde criteria en de reikwijdte daarvan. De last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang vertonen hetzelfde voorwaardelijke getrapte karakter van de sanctie en hebben beide een herstellend karakter.

Criterium 1 behelst de leer van de formele rechtskracht en de werking daarvan. De onderwerpen die in de bestuursdwangbeschikking aan de orde had kunnen komen, kunnen niet nogmaals aan de orde komen in het kader van de bijzondere omstandigheid. Opmerking verdient wel dat bij de kostenverhaalsbeschikking iets meer onderwerpen aan de orde lijken te kunnen komen dan het geval is bij de invorderingsbeschikking (met name het overtrederschap en de redelijkheid van de sanctie), maar dat dit op zich niet beïnvloed wat er aan de orde kan komen in het kader van de bijzondere omstandigheid omdat die aspecten separaat worden beoordeeld. Voorts is interessant om erop te wijzen dat hoewel de hoogte van de sanctie primair aan de orde komt in de kostenverhaalsbeschikking (immers, pas dan zijn de exacte kosten bekend), dit veelal een feitelijke discussie is: zijn de kosten wél of niet terecht gemaakt (zie onderdeel 3.4). Uitzondering daarop zijn kosten die verband houden met onrechtmatig of verwijtbaar handelen van de overheid in de daadwerkelijke uitvoering van bestuursdwang (zie daarvoor onderdeel 3.4.2).

Voor criterium 2A verwijs ik naar onderdeel 2.6.6 onder b van dit proefschrift. Verder merk ik op dat bij bestuursdwang het geval zich voordoet dat als de overtreder na het verstrijken van de termijn, maar voordat het bestuursorgaan feitelijk optreedt, de overtreding beëindigt, daarmee alsnog het kostenverhaal (gedeeltelijk) kan worden belet. Als de overheid immers geen kosten maakt om de overtreding te beëindigen, dan is het ook niet nodig om die te verhalen.

Voor criterium 2B verwijs ik naar onderdeel 2.6.6 onder c van dit proefschrift. Verder merk ik op dat bij het kostenverhaal bij bestuursdwang veel nadrukkelijker de verwijtbaarheid van de overtreding van de last relevant wordt geacht. Dat blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit de hoardingsyndroom uitspraak waarin het de beperkte mate van verwijtbaarheid was die de doorslag gaf voor het aannemen van een bijzondere omstandigheid.[410] In die sleutel kan ook de jurisprudentie van de ABRvS worden geplaatst dat indien bij de toepassing van bestuursdwang zonder machtiging is binnengetreden de kosten niet kunnen worden verhaald: in dat geval heeft het

410 ABRvS 19 april 2017, AB 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.

bestuursorgaan zeer verwijtbaar gehandeld.[411] Daar waar dit aspect veelal impliciet mee lijkt te worden gewogen bij de invordering van dwangsommen, overweegt de ABRvS in het kader van kostenverhaal expliciet dat de verwijtbaarheid wel wordt meegewogen bij de vraag of kostenverhaal redelijk is.

A-G Wattel heeft in zijn Conclusie van 4 april 2018 over onder meer het kostenverhaal de conclusie getrokken dat kostenverhaal van een andere aard is dan de invordering van een dwangsom, zodat er meer ruimte is voor het afzien van de invordering van een dwangsom dan er is om af te zien van kostenverhaal. Naar de mening van A-G Wattel is kostenverhaal een vorm van 'schadevergoeding', terwijl dwangsommen te kwalificeren zijn als 'windfall profit' voor de overheid. Dat rechtvaardigt een onderscheid. Die mening deel ik niet, maar daar zal ik in hoofdstuk 7 nader op in gaan. Hier constateert ik dat naar mijn mening dat (vermeende) karakter verschil mijns inziens niet afdoet aan het nut van de criteria voor beide sancties. Als men zou moeten concluderen dat er inderdaad eerder aanleiding is om af te zien van invordering bij dwangsommen dan er is om af te zien van kostenverhaal, dan zijn mijn criteria volgens mij nog steeds bij beide sancties toepasbaar. Het ligt dan wel voor de hand om bij de praktische toepassing van die criteria soepeler te zijn bij de invordering bij dwangsommen dan bij het kostenverhaal (bijvoorbeeld dat bij de invordering van dwangsommen eerder voldaan is aan criterium 2b dan bij het kostenverhaal).

Daarnaast is belangrijk om te vermelden dat A-G Wattel in zijn Conclusie van 4 april 2018 heeft afgezien van het formuleren van criteria. De A-G heeft volstaan met het opsommen van de gevallen die volgens hem een bijzondere omstandigheid zijn:

> *"kostenverhaal moet onder meer en onder omstandigheden gematigd of achterwege gelaten worden (i) bij ontbreken van of geringe verwijtbaarheid van de overtreding c.q. van het niet kunnen voldoen aan de last indien tegelijk het algemene belang sterk betrokken is bij overheidsingrijpen, (ii) voor zover onredelijk hoge of duidelijk onnodige kosten zijn gemaakt voor de bestuursdwang, (iii) in gevallen waarin de overtreder ten onrechte geen of onvoldoende kans heeft gehad – met name als gevolg van onnodige spoedhandhaving – om zelf de overtreding te beëindigen, (iv) als bij de bestuursdwang fundamentele rechten van de overtreder zijn geschonden, (v) als het niet voldaan (kunnen) zijn aan de last (mede) aan de overheid ligt, (vi) als het bestuursorgaan heeft toegezegd dat (deels) niet zal worden verhaald of een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt, (vii) als het verdedigingsbeginsel is geschonden en daardoor de verhaalbeschikking mogelijk ongunstiger is uitgepakt dan zonder die*

411 ABRvS 31 oktober 2012, AB 2013/72, m.nt. F. Spijker en C.M.M. van Mil, JB 2012/279 m.nt. B. Kaya, Gst. 2013/34, m.nt. F.R. Vermeer. Zie ook ABRvS 23 augustus 2017, AB 2017/349, m.nt. C.M.M. van Mill.

schending, (viii) als te voorzien valt dat de overtreder beneden de beslagvrije voet wordt geduwd als gevolg van het niet goed functioneren daarvan, met name door ongecoördineerd overheidscrediteurenoptreden, en/of te voorzien valt dat de overtreder geen toegang heeft tot de WSNP en onredelijk lang (i.e. in elk geval meer dan drie jaar) op het bestaansminimum moet leven indien volledig verhaald wordt, of (ix) meer herstelsancties, met name lasten onder dwangsom, strekkende tot wezenlijk dezelfde last, temporeel cumuleren"

Ik kan mij niet vinden in deze opsomming. Niet zozeer omdat ik niet vind dat deze omstandigheden in de weg kunnen staan aan het kostenverhaal – de genoemde omstandigheden staan inderdaad in de weg aan kostenverhaal – maar omdat hier mijns inziens een aantal aspecten door elkaar worden gehaald. Ten eerste is er de vaststelling van de bevoegdheid om de kosten te verhalen (of bijvoorbeeld ten onrechte zeer spoedeisende bestuursdwang is toegepast) en de feitelijke beoordeling van de gemaakte kosten van bestuursdwang (of de verhaalde kosten daadwerkelijk zijn gemaakt en redelijkerwijs noodzakelijk waren om aan de last te voldoen – zie onderdeel 3.4.2). Ten tweede is er de vraag of de kostenverhaalsbeschikking in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ten derde is er de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, waarbij (volgens mij) de standaardoverweging ten aanzien van kostenverhaal – en de bijzondere omstandigheid als uitzondering – daarvan de invulling is bij het kostenverhaal. A-G Wattel benoemt deze aspecten in één adem. Hij ziet de bijzondere omstandigheid kennelijk als 'alle omstandigheden die kostenverhaal kunnen beletten'. Daar ben ik het niet mee eens. Volgens mij gaat in het kader van de bijzondere omstandigheid alleen over het derde punt (het evenredigheidsbeginsel). Dat neemt natuurlijk niet weg dat de andere omstandigheden ook in de weg kunnen staan aan kostenverhaal, maar dat maakt het (volgens mij) nog geen bijzondere omstandigheid (zie ook onderdeel 2.6.6.).

Naar mijn mening zijn criteria (i), (v) en (viii) bijzondere omstandigheden. Criterium (ii) ziet op de vaststelling van wat de daadwerkelijk, noodzakelijke redelijkerwijs gemaakte kosten van bestuursdwang zijn (zie onderdeel 3.4.2). Bij die toetsing speelt evenredigheid geen rol. Het is een feitelijke beoordeling of de kosten voortvloeien uit de last, of ze daadwerkelijk zijn gemaakt en of die kosten ook redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de toepassing van bestuursdwang. Dat is dus volgens mij geen bijzondere omstandigheid. Criterium (iii) is de vraag of in strijd met artikel 5:25, lid 3, Awb wordt gehandeld (zie onderdeel 3.4.3), danwel of onbevoegd spoedeisende bestuursdwang is toegepast. Bij die toetsing speelt evenredigheid ook geen rol maar wordt getoetst of er een grondslag is voor kostenverhaal. Dat is volgens mij dus ook geen bijzondere omstandigheid. Criteria (iv), (v) en (vii) zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (dan wel de Unierechtelijke beginselen). Dat zijn ook geen bijzondere omstandigheden lijkt mij (zie ook onderdeel 2.6.6). Criterium (ix) betreft

de cumulatie en het verrekenen van verschuldigde dwangsommen met de te verhalen kosten van bestuursdwang. Zoals reeds toegelicht onder 2.6.6.: ik ben het daar principieel mee oneens. Ik verwijs kortheidshalve naar dat betoog.

3.5.4 Draagkracht en verwijtbaarheid als bijzondere omstandigheid

De vraag kan nog gesteld worden in hoeverre de verwijtbaarheid en de draagkracht bij de effectuering van een sanctie nog een rol moet kunnen spelen. In dat kader verwijs ik naar mijn opmerkingen daarover onder 2.7 van dit proefschrift. Die opmerkingen zijn mijns inziens mutatis mutandis van toepassing ten aanzien van de last onder bestuursdwang. Ik meen dat zowel draagkracht als verwijtbaarheid een rol moeten kunnen spelen als bijzondere omstandigheden. Bij draagkracht zal het volgens mij dan wel moet gaan om zeer uitzonderlijke omstandigheden zoals onderbouwd onder 2.7.2.

3.5.5 Enkel de bijzondere omstandigheid als toetsingsmaatstaf?

Uit de voorgaande onderdelen van dit hoofdstuk volgt naar mijn mening dat de criteria om af te zien van kostenverhaal, zoals thans geformuleerd in de rechtspraak, aan herziening toe zijn. Alle drie de criteria zijn in feite dezelfde evenredigheidstoets. Er is daarom in belangrijke mate overlap tussen de criteria. Dat is weinig duidelijk, noch is het efficiënt. Dat de overlap geen toegevoegde waarde heeft blijkt ook uit het feit dat er voorbeelden zijn van de 'bijzondere omstandigheid' bij kostenverhaal waarbij de verwijtbaarheid[412] bepalend is, terwijl daar nu juist een apart criterium voor zou zijn volgens de thans gehanteerde standaardoverweging. Dat wijst erop dat bestuursrechters genegen zijn gemakshalve te kiezen voor de 'bijzondere omstandigheid' om te motiveren waarom het noodzakelijk is het kostenverhaal te matigen. Omdat de andere criteria voor het afzien van kostenverhaal mijns inziens te weinig toe voegen, pleit ik er in ieder geval voor om de standaardoverweging bij het kostenverhaal aan te passen en enkel de bijzondere omstandigheid te noemen als grond om af te zien van de invordering van de kosten van bestuursdwang. Dat is eenvoudig te bewerkstelligen en voorkomt nodeloze verwarring.

In hoofdstuk 7 van dit proefschrift pleit ik echter voor een (nog) verder strekkende oplossing – het gelijk trekken van de criteria om af te zien van de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang. Ik verwijs kortheidshalve naar dat betoog.

3.6 Tussenconclusie

De kostenverhaalsbeschikking behelst een onderdeel van de ten uitvoerlegging van een reparatoire sanctie, de last onder bestuursdwang. De invordering van de kosten van bestuursdwang heeft dan ook in de regel het karakter van de last onder

412 ABRvS 19 april 2017, AB 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.

bestuursdwang, te weten: reparatoir. De kostenverhaalsbeschikking kan naar zijn aard niet punitief zijn nu het in feite niets anders is dan het door de overtreder vergoeden van de door de overheid gemaakte kosten.

Tussen de last onder bestuursdwang en de kostenverhaalsbeschikking is een verdeling gemaakt van de onderwerpen die in elk besluit aan de orde kunnen komen. Die verdeling is niet altijd even helder enerzijds omdat de Awb niet bepaalt waar het overtrederschap aan de orde moet komen en anderzijds omdat de Awb bepaalt dat de redelijkheid van het kostenverhaal in zowel de bestuursdwangbeschikking als de kostenverhaalsbeschikking moet worden beoordeeld. Dit biedt de mogelijkheid voor discussie over de vraag in welke beschikking wordt bepaald of kostenverhaal onder de gegeven omstandigheden redelijk kan worden geacht. Is een onderwerp echter eenmaal in de bestuursdwangbeschikking opgenomen en komt de overtreder daar niet tijdig tegen op, dan kan hij dat onderwerp doorgaans in het kader van de kostenverhaalsbeschikking niet alsnog aan de orde stellen. De bestuursrechter is blijkens de rechtspraak op dit punt strikt en werpt de overtreder dan de formele rechtskracht van de last onder bestuursdwang tegen. De onduidelijkheid hierover is naar mijn mening een knelpunt, nu daarmee niet wordt voldaan aan mijn toetsingscriterium 'praktisch' (zie onderdeel 1.2). Dit knelpunt kan ondervangen worden door enerzijds de tekst "*in hoeverre*" in artikel 5:25, lid 2, Awb te schrappen en anderzijds door een richtinggevende uitspraak van de hoogste bestuursrechter(s) waarin wordt bepaald dat het overtrederschap en de redelijkheid van het kostenverhaal pas aan de orde hoeven te komen in de beschikking waar deze onderwerpen relevant zijn: de kostenverhaalsbeschikking.

Knelpunt is wel dat indien de overtreder niet tijdig tegen de last onder bestuursdwang opkomt, hij de onderwerpen die in de last aan de orde hadden moeten komen niet in de kostenverhaalsbeschikking alsnog aan de orde stellen. De bestuursrechter is blijkens de rechtspraak op dit punt beslist strikt en werpt de overtreder (vrijwel) altijd de formele rechtskracht van de last tegen. Bij de huidige stand van zaken kan dit knelpunt volgens mij niet worden ondervangen. Dit knelpunt hangt nauw samen met de leer van de formele rechtskracht. Naar mijn oordeel vloeit de leer van de formele rechtskracht echter onontkoombaar voort uit de keuze van de wetgever voor het besluit als rechtsingang bij de bestuursrechter en de daaruit voortvloeiende rechtsmachtverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter (zie onderdeel 2.8). In zoverre kan het knelpunt van onaantastbare, doch onrechtmatige, sanctiebesluiten die toch worden geëffectueerd naar mijn oordeel niet worden ondervangen zonder het verlaten van het besluit als rechtsingang bij de bestuursrechter. Enkel dit knelpunt rechtvaardigt die wijziging mijns inziens niet.

Bestuursdwang en kostenverhaal gaan in de regel samen. Het bestuursorgaan hoeft slechts af te zien van kostenverhaal indien er sprake is van (i) het ontbreken van verwijtbaarheid zijdens de overtreder en de toepassing van bestuursdwang in het algemene belang is; (ii) indien de hoogte van de kosten daartoe aanleiding geeft of (iii) indien er sprake is van bijzondere omstandigheden. Criteria (i) en (ii) kunnen mijns inziens vervallen nu het allebei evenredigheidstoetsen zijn (en de bijzondere omstandigheid dat ook is) terwijl de criteria in de praktijk niet of nauwelijks worden toegepast. Het is verder onduidelijk welke omstandigheden bijzonder kunnen zijn, noch zijn er criteria geformuleerd. Dat is een knelpunt. Uit de rechtspraak leid ik af dat sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden indien de omstandigheid voldoet aan een van de dezelfde criteria als de bijzondere omstandigheid bij de invordering van dwangsommen:

1. De omstandigheid wordt niet gedekt door de formele rechtskracht van de bestuursdwangbeschikking

EN

2. A. De omstandigheid valt niet binnen de risicosfeer van de overtreder en vormt een (absoluut) beletsel voor het (tijdig) voldoen aan de last.

OF

B. Invordering van alle kosten van bestuursdwang leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst van de overtreding van de last en/of de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de lasten/of de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

4

4. DE TERUGVORDERING VAN SUBSIDIES BIJ WIJZE VAN SANCTIE

4.1 Inleiding

Subsidies spelen een belangrijke rol in het stimuleren van door de overheid gewenst gedrag. Daarnaast worden subsidies ook gebruikt om instellingen en diensten die als sociaal wenselijk worden gezien te financieren. Subsidies kunnen dus zien op zeer uiteenlopende onderwerpen. Een subsidie wordt in artikel 4:21, lid 1, Awb daarom breed gedefinieerd als: "*de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten*." Het is uiteraard van belang voor het draagvlak voor subsidiëring dat de middelen op juiste wijze worden besteed. Terugvordering van onterecht ontvangen subsidies bij wijze van sanctie speelt daarbij een belangrijke rol. In dit hoofdstuk bespreek ik het besluit om een subsidie terug te vorderen bij wijze van sanctie. Daarbij komen aan de orde hoe dit besluit moet worden gekarakteriseerd en hoe het zich verhoudt tot het besluit tot het intrekken van een subsidie. Ook de vraag of de ingetrokken subsidie moet worden teruggevorderd en onder welke omstandigheden juist moet worden afgezien van terugvordering komen hierna aan de orde.

4.2 Het intrekken en terugvorderen van een subsidie

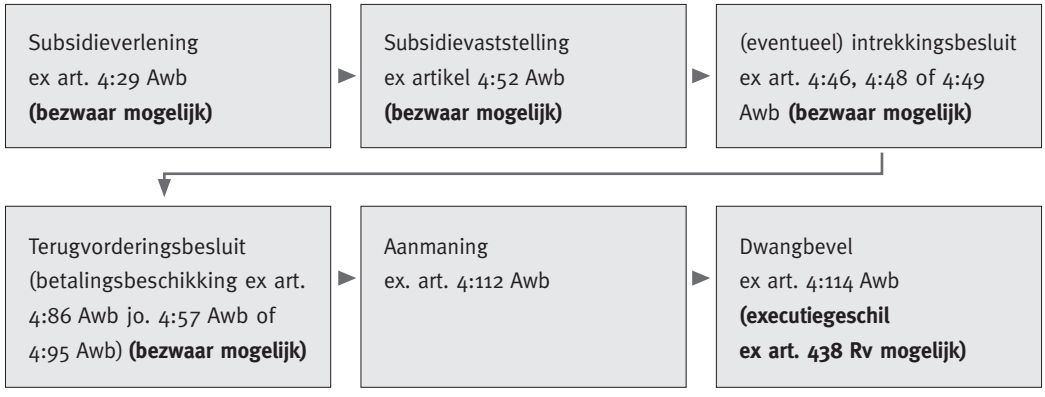
Naar aanleiding van een aanvraag om subsidiëring besluit het bestuursorgaan om al dan niet subsidie te verlenen aan de aanvrager (artikel 4:29 Awb). Het subsidieverleningsbesluit bevat een omschrijving van de te subsidiëren activiteiten (artikel 4:30 Awb) en bevat het bedrag van de subsidie en de wijze waarop dit is bepaald, dan wel het maximale subsidiebedrag (artikel 4:31 Awb). Daarbij kan worden bepaald dat de subsidieontvanger een voorschot ontvangt en wanneer hij dat voorschot ontvangt (artikel 4:52, lid 2, Awb jo. artikel 4:95 Awb). Vervolgens voert de subsidieontvanger de activiteit uit. Na afloop verzoekt hij het bestuursorgaan om de subsidie definitief vast te stellen op grond van artikel 4:42 Awb. Uit de subsidievaststelling volgt de betalingsverplichting van het bestuursorgaan (artikel 4:52, lid 1, Awb).

De subsidietitel van de Awb en de bijzondere subsidieregelingen kennen veel voorwaarden en eisen waar de subsidieontvanger aan moet voldoen en die hij dus ook kan overtreden. Als reactie op een overtreding is het mogelijk dat het bestuursorgaan bij wijze van sanctie de subsidie (al dan niet gedeeltelijk) intrekt. Onder 'intrekken van een subsidie' versta ik in dit onderzoek een aantal verschillende besluiten. Zo is het mogelijk dat het bestuursorgaan een besluit neemt om de subsidie vast te stellen

op een lager bedrag dan in de verleningsbeschikking genoemd is (artikel 4:46 Awb), of besluit om de subsidieverlening met terugwerkende kracht in te trekken (artikel 4:48 Awb), dan wel om het besluit tot vaststelling in te trekken (artikel 4:49 Awb). Vanzelfsprekend kan met de voornoemde besluiten de subsidie ook gedeeltelijk worden ingetrokken. Met het 'intrekken van een subsidie' wordt in het kader van dit onderzoek dus bedoeld het verminderen van een eerder toegekende aanspraak op subsidie, op welke manier dan ook.

Als een subsidie reeds (deels) is betaald door de overheid, terwijl na intrekking blijkt dat de ontvanger geen recht heeft op (een deel van) die betaling, dan kan het bestuursorgaan de onverschuldigd betaalde subsidiebedragen terugvorderen (artikel 4:57, lid 1, Awb), dan wel de verleende voorschotten terugvorderen (artikel 4:95 Awb). Het verdient vermelding dat in de jurisprudentie door mij geen noemenswaardige verschillen zijn aangetroffen tussen de toetsingskaders van de verschillende varianten van subsidie terugvorderingsbesluiten (lees: tussen terugvordering op grond van artikel 4:57 en 4:95 Awb).[413] Het bestuursorgaan is voor de daadwerkelijke uitvoering van het terugvorderingsbesluit een dwangbevelbevoegdheid toegekend in artikel 4:57, lid 2, Awb (of artikel 4:95, lid 5, Awb) en een verrekeningsbevoegdheid in artikel 4:57, lid 3, Awb (en artikel 4:95, lid 4, Awb). Wel dient het bestuursorgaan tot terugvordering over te gaan binnen vijf jaren nadat de subsidie is vastgesteld dan wel de subsidievaststelling (gedeeltelijk) is ingetrokken vanwege het feit dat de ontvanger niet aan de daaraan verbonden verplichtingen heeft voldaan (artikel 4:57, lid 4, Awb).

Het proces van subsidieverlening, vaststelling, intrekking en terugvordering is hieronder schematisch weergegeven.



413 Zie voor voorbeelden van terugvorderingsbesluit op grond van artikel 4:95 Awb waar dezelfde toetsing wordt gehanteerd als bij artikel 4:57 Awb besluiten: CRvB 8 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:12, CRvB 13 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:408, CRvB 1 mei 2013, AB 2013/255, m.nt. W. den Ouden en CRvB 29 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2904.

Onderscheiden moeten worden de intrekking van een toegekende subsidie *bij wijze van sanctie* en de intrekking van een toegekende subsidie om andere redenen. Dit onderzoek richt zich op de eerste variant. Dit onderzoek richt zich dus wel op intrekking van een subsidieverlening voor zover het een sanctie van het bestuursorgaan is omdat de subsidieontvanger een verplichting niet heeft nageleefd, maar niet op een intrekking van een subsidieverlening omdat er bezuinigd moet worden door de overheid. Met het 'intrekken van subsidies' bedoel ik in het kader van dit onderzoek voor het vervolg dus de vorenbedoelde drie varianten van subsidiebesluiten, maar alleen voor zover met een dergelijk besluit door het bestuursorgaan wordt gereageerd "*op een overtreding van de normen die zijn opgenomen in een wettelijk voorschrift of in de begunstigende beschikking zelf*".[414] Verder is het van belang om nogmaals te benadrukken dat dit onderzoek niet ziet op Europese subsidies en (bijvoorbeeld) de in dat kader vaak gehanteerde 'strafkorting' waarvan het Europese Hof van Justitie aanneemt dat het geen punitieve sanctie is.[415]

Het oordeel van de hoogste rechtscolleges over het rechtskarakter van het bij wijze van sanctie intrekken van subsidies heeft een minder eenduidig karakter dan de jurisprudentie ten aanzien van de last onder dwangsom of bestuursdwang. In algemene zin kan niet worden gezegd of het bij wijze van sanctie intrekken van een subsidie reparatoir of punitief is – dat hangt namelijk af van de omstandigheden van het geval.[416] Den Ouden, Jacobs en Verheij stellen echter vast dat "*subsidiesanctiebesluiten door de bestuursrechter vrijwel nooit als punitief worden gekwalificeerd*".[417] Zelfs als de *gehele* subsidie wordt ingetrokken, terwijl – bij een rechtmatige toestand – de ontvanger een deel van de subsidie wel zou hebben gekregen, wordt de intrekking niet als punitieve sanctie aangemerkt. De redenering van de ABRvS op dit vlak komt goed naar voren in de 'Haagse woningsubsidiefraude' casus en de Triplewood casus.

In de Haagse woningsubsidiefraude casus betrof het de intrekking van een eerder verleende subsidievaststellingsbeschikking. Gebleken was dat de subsidiabele kosten (bewust) structureel te hoog waren opgegeven aan het bestuursorgaan. De subsidieontvanger had de activiteiten wel uitgevoerd, maar door valse opgave te doen van de kosten te veel subsidie ontvangen voor die activiteiten. De rechtbank had in eerste aanleg geoordeeld dat het te veel ontvangen deel ingetrokken kon worden bij wijze van herstelsanctie, maar dat de intrekking van het deel waar de subsidieontvanger wel recht op had als een punitieve sanctie moest worden aangemerkt. De ABRvS vernietigde het oordeel van de rechtbank en motiveerde dit als volgt:

414 W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, Subsidierecht, (Deventer, 2011), p. 180.
415 Zie bijvoorbeeld: CBb 16 maart 2016, AB 2016/421 m.nt. J.E. van den Brink en L.W. Verboeket.
416 R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, (Deventer, 2014), p. 1013 e.v.
417 W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, Subsidierecht, (Deventer, 2011), p. 184.

> *"2.2.10. Met burgemeester en wethouders is de Afdeling voorts van oordeel dat,* […]*, de gehele subsidie als onverschuldigd betaald is aan te merken. Er is derhalve geen plaats voor het onderscheid dat de rechtbank heeft gemaakt tussen een niet-onverschuldigd betaald gedeelte, in de visie van de rechtbank het bedrag waarop zonder verstrekking van onjuiste informatie aanspraak had kunnen worden gemaakt, en een op basis van de fraude onverschuldigd betaald gedeelte.*
>
> *2.2.11. De besluiten tot terugvordering van de subsidie betreffen een discretionaire bevoegdheid en dienen daarom door de rechter terughoudend te worden getoetst. Aangezien het hier niet om het opleggen van een punitieve sanctie gaat, faalt het betoog van A dat hier een andere toetsingsmaatstaf zou gelden."*[418]

Met andere woorden, aldus annotator Damen: "[w]*ie de boel flest, verdient kennelijk ook niet dat deel van de subsidie waarop hij zonder fraude wel recht had gehad*".[419] Deze gedachte is ook na het in werking treden van titel 4.2 van de Awb door de ABRvS herhaald in de Triplewood uitspraak:

> *"2.4.* [Het betoog dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat sprake is van een punitieve sanctie slaagt]*. Het doel van de gehanteerde bevoegdheid is te bewerkstelligen dat de gesubsidieerde zich houdt aan de subsidievoorwaarden die zijn gesteld met het oog op het voorkomen van speculatie met verbeterde woningen en het behouden van die woningen voor de sociale huursector. Het terugvorderingsbesluit heeft dan ook een reparatoir karakter. Het vindt immers zijn grond in het feit dat niet is voldaan aan de voor het toekennen van de subsidie verbonden voorwaarde dat de gesubsidieerde die gegevens verstrekt, die nodig zijn voor een juiste toepassing van de regeling. Buiten geschil is dat Triplewood de verkoop van de woningen aan de Admiraal de Ruijterweg nrs. 459 tot en met 477 niet conform de voorwaarden heeft gemeld aan het college. Gelet hierop heeft de rechtbank dan ook ten onrechte aanleiding gezien om te beoordelen of met het terugvorderingsbesluit de uit artikel 6, eerste lid, van het EVRM voortvloeiende waarborg van evenredigheid is geschonden."*[420]

In beginsel is de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie derhalve reparatoir. Hoewel dit onderzoek zich nadrukkelijk niet richt op de terugvordering van Europese subsidies (zie onderdeel 1.2), is het in dit geval wel interessant om te constateren dat deze oordelen van de Nederlandse rechter aansluiten op de

418 ABRvS 8 februari 2000, AB 2001/118, m.nt. L.J.A. Damen, JB 2000/91, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
419 Ibidem.
420 ABRvS 18 juli 2007, AB 2007/439, m.nt. T. Barkhuysen en W. Den Ouden.

Europese jurisprudentie aangaande de vraag of een terugvordering van het gehele ontvangen subsidiebedrag, vanwege het feit dat de aanvrager een deel ten onrechte heeft ontvangen, een punitieve sanctie is. Het Hof van Justitie van de Europese Unie oordeelde in de Bonda zaak namelijk dat dit niet het geval is. Het HvJEU oordeelde dat nu de terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie naar het EU-recht niet geclassificeerd wordt als strafrechtelijke sanctie, de sanctie alleen kan worden opgelegd aan diegene die zelf subsidie hebben aangevraagd (zodat de aanvrager voor subsidie wordt geacht zich vrijwillig aan mogelijke sanctionering te hebben onderworpen), terwijl de terugvordering geen repressief (leedtoevoegend) karakter heeft, maar dat het doel is "*in essentie de bescherming van de openbare middelen*", geen sprake is van een punitieve sanctie.[421] Dat oordeel heeft de HR ook bevestigd in een arrest van 14 februari 2017.[422]

In het verleden zijn er echter ook uitspraken geweest die de andere richting op wijzen. Zowel de ABRvS als het CBb oordeelde dat de intrekking van een subsidie een punitieve sanctie was. Dat zijn wel duidelijk uitzonderingen op de regel. Zo oordeelde de ABRvS in een geval waarbij een derde (een woningbouwvereniging) werd geconfronteerd met een terugvordering van een deel van de ontvangen subsidie vanwege het feit dat de huurders relatief gezien (te) veel huursubsidie hadden ontvangen, dat de terugvordering punitief van aard was.

> *"2.2.2. De sanctie kan niet als overwegend reparatoir worden gekenschetst. Zij beoogt immers niet het ongedaan maken van de overschrijding van de huursubsidie-uitgavennorm als zodanig. De huursubsidie-uitkeringen – die overigens niet aan de verhuurder, maar aan de desbetreffende huurders toekomen – blijven in stand; deze zijn ook niet onrechtmatig. De sanctie strekt er dan ook niet toe een met het recht strijdige situatie op te heffen.*
>
> *2.2.3. Met de sanctie is, blijkens de Memorie van Toelichting (TK, 1996-1997, 25 090, nr. 3, p. 42 en p. 43), beoogd een financiële prikkel toe te dienen die is gericht op de beheersbaarheid van de uitgaven voor huursubsidie. Daarmee strekt zij ertoe gedrag te bewerkstelligen door middel van het toebrengen van leed in de zin van geïndividualiseerd concreet (financieel) nadeel."*[423]

Het CBb oordeelde dat het achteraf intrekken van een (deel van een) subsidievaststelling vanwege het feit dat voor een deel van de uitgave achteraf geen bewijs bleek te zijn, punitief was:

421 HvJEU 5 juni 2012, AB 2012/315, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.
422 HR 14 februari 2017, AB 2017/421, m.nt. J.E. van den Brink en L.W. Verboeket.
423 ABRvS 20 november 2002, AB 2003/173 m.nt. N. Verheij.

> *"Uit de regeling zelf noch uit de aard van de in geding zijnde voorschriften volgt, dat de niet correcte naleving van bedoelde administratieve verplichtingen zonder meer tot het intrekken of op nihil stellen van de met die verplichtingen in verband staande subsidie leiden. In dit geval heeft verweerster geen aanleiding gevonden om gedurende de perioden waarin de betrokken projecten werden uitgevoerd en de desbetreffende subsidiegelden werden besteed, op basis van toentertijd gehouden controles over te gaan tot gehele of gedeeltelijke intrekking van de toekenning van subsidie op de grond dat eerder bedoelde administratieve verplichtingen niet, dan wel in onvoldoende mate werden nageleefd. Aan de mate van naleving van deze verplichtingen komt in dit geval dan ook nog slechts de beperkte betekenis toe, dat zij in relatie tussen verweerster en appellante van belang zijn voor het leveren van bewijs dat aan de hoofdverplichting is voldaan.*
>
> *Voor het opleggen van een korting omdat, zoals in de besluiten in primo is overwogen en in bezwaar gehandhaafd, deze voorwaarden niet voor niets zijn gesteld en aan niet naleving van die voorwaarden niet zonder meer voorbijgegaan kan worden, is onder deze omstandigheden geen plaats. De litigieuze korting draagt bij een zodanige benadering het karakter van een punitieve sanctie, wat er ook zij van de stelling van de kant van verweerster dat het opleggen van een dergelijke sanctie niet is beoogd. Voor een dergelijke sanctie bieden de ter zake geldende voorschriften geen grondslag."*[424]

Uit het voorgaande volgt mijns inziens dat de vraag of de intrekking van een subsidie punitief kan worden genoemd sterk afhangt van de omstandigheden van het geval. Den Ouden, Jacobs en Verheij beargumenteren dat intrekking van een subsidie doorgaans reparatoir zal zijn, behoudens indien een subsidieontvanger – indien de fraude niet zou zijn gepleegd – toch recht zou hebben gehad op een deel van de subsidie én de activiteiten waarvoor de subsidie is verleend reeds zijn uitgevoerd. Daar loopt het bestuursorgaan het risico feitelijk een punitieve sanctie op te leggen.

> *"In die gevallen zou ons inziens als uitgangspunt moeten worden gekozen dat de subsidievaststelling zodanig moet worden gewijzigd dat daaruit recht op een subsidiebedrag voortvloeit dat is gebaseerd op de juiste gegevens of dat is gerelateerd aan de omvang van de onregelmatigheden die zijn geconstateerd. Het bestuursorgaan mag daarbij dus niet verder gaan dan voor het herstel van de rechtmatige situatie noodzakelijk is* [...]. *Doet het dat wel dan krijgt de subsidiesanctie een bestraffend karakter en daarvoor bieden de Awb-bepalingen geen grondslag* [...]."[425]

424 CBb 27 november 2001, AB 2002/31, m.nt. J.H. van de Veen.
425 W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, Subsidierecht, (Deventer, 2011), p. 187.

Anderzijds opperen Michiels, Blomberg en Jurgens dat ook zou kunnen worden gesteld dat de opzettelijk onjuiste verstrekking van gegevens ertoe leidt dat er – achteraf bezien – geen ontvankelijke aanvraag is, zodat om die reden de gehele subsidie moet worden ingetrokken.[426] Ik deel echter het standpunt van Den Ouden, Jacobs en Verheij. Als de overtreder wel gewoon recht heeft op een deel van de subsidie en bovendien ook de activiteit al heeft uitgevoerd, dan meen ik dat door intrekking van de gehele subsidie niet alleen maar de rechtmatige toestand wordt hersteld en dat de overtreder dus wordt bestraft. De redenering dat bij fraude de ontvanger ondanks het uitvoeren van de activiteit geen enkel recht meer heeft op subsidie omdat zijn aanvraag niet-ontvankelijk zou zijn, zodat de sanctie reparatoir moet worden geacht, onderschrijf ik dan ook niet. Als al zou moeten worden aangenomen dat de aanvraag niet-ontvankelijk had kunnen zijn vanwege het ten onrechte aangevraagde deel van de subsidie, dan meen ik dat de subsidieontvanger in dat hypothetische scenario de gelegenheid had moeten krijgen om zijn aanvraag te wijzigen zodat het alleen ziet op het rechtmatige deel en daarmee in ieder geval dat deel veilig zou hebben kunnen stellen.

Gelet op het voorgaande meen ik dat de intrekking van subsidies in de regel als reparatoir moet worden aangemerkt. Slechts in uitzonderlijke situaties, als ook dat deel waar de overtreder in de rechtmatige toestand wel recht op zou hebben gehad wordt teruggevorderd én de subsidiegelden al zijn besteed aan de uit te voeren activiteit, kan de subsidie als punitief worden aangemerkt.

In tegenstelling tot de beginselplicht tot handhaving die bestaat bij overtredingen in het omgevingsrecht waar de overheid op kan treden door middel van een last onder bestuursdwang of dwangsom, geldt er bij subsidies geen beginselplicht voor de overheid om een subsidie (gedeeltelijk) in te trekken.[427] Dat is goed verklaarbaar omdat er veel verschillende gronden voor intrekking kunnen zijn, terwijl niet alle overtredingen zich lenen voor herstel door intrekking en intrekking bovendien een vergaand effect kan hebben op (bijvoorbeeld) de uitvoering van een sociaal wenselijk project.

Interessant om te constateren is dat er echter ook geen beginselplicht tot terugvordering lijkt te zijn. Als eenmaal een subsidie is ingetrokken, dan is er geen (door de bestuursrechter) aangenomen plicht om dat besluit ook daadwerkelijk te effectueren. Dat is anders als de plicht tot terugvordering is opgenomen in de bijzondere wettelijke regeling. Dan is de overheid verplicht tot terugvordering en is er ook geen ruimte voor enige belangenafweging daaromtrent.[428] Als de plicht tot terugvordering echter

426 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 143.
427 Ibid, p. 144.
428 CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1186.

niet in de wet in formele zin is opgenomen, maar in lagere wetten (een gemeentelijke verordening bijvoorbeeld), dan staat de Awb in de weg aan het klakkeloos uitvoeren daarvan. Ingevolge de Awb zijn de intrekking en terugvorderingsbevoegdheid immers *discretionair* en niet gebonden (zo oordeelde althans de rechtbank Midden-Nederland).[429] Ik meen dat het ontbreken van een terugvorderingsplicht niet helemaal begrijpelijk is. De terugvordering van een ingetrokken subsidie bij wijze van sanctie is de ten uitvoerlegging van een opgelegde herstelsanctie. Het argument voor de ABRvS om een beginselplicht tot invordering bij dwangsommen aan te nemen (niet effectueren van de sanctie ondermijnt de effectiviteit van de handhaving), is naar mijn mening *mutatis mutandis* net zo goed toepasbaar bij de terugvordering van subsidies. Het niet effectueren van een terechte intrekking maakt van die intrekking een wassen neus.

Het voert te ver om in het kader van dit proefschrift een uitvoerige analyse van alle modaliteiten van de verschillende intrekkingsbesluiten uit te voeren, maar één aspect van het intrekkingsbesluit is zodanig belangrijk voor dit onderzoek dat daar bij stil wordt gestaan. Het betreft de toetsing van de evenredigheid van de hoogte van het bedrag van de terugvordering. Bij een intrekkingsbesluit wordt – gelet op het discretionaire karakter van de bevoegdheid – gekeken naar de evenredigheid van het besluit ex artikel 3:4 Awb.[430] Zo overweegt de CRvB:

> *"4.5. Volgens vaste rechtspraak van de Raad (uitspraak van 1 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ9635) dient het Zorgkantoor de discretionaire bevoegdheid om een* [subsidie] *lager vast te stellen uit te oefenen met inachtneming van het geschreven en het ongeschreven recht, daaronder begrepen de in artikel 3:4 van de Awb neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging. Daarbij zal een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de niet nagekomen verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger, waarbij tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang is."*[431]

Interessant om te constateren is dat de CRvB hier expliciet zowel de verwijtbaarheid, als de draagkracht van de overtreder aanmerkt als relevante omstandigheden in het kader van de toetsing van de evenredigheid van het intrekkingsbesluit. Dat doet de ABRvS ook:

429 Rb. Midden-Nederland 9 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ7995.

430 Zie voor enkele – willekeurige – voorbeelden: CRvB 13 november 2013, USZ 2014/33, m.nt. J. Hallie en CRvB 21 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:406.

431 CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie.

> *"6.2.* […] *Het college kan de subsidie op grond van artikel 4:46, tweede lid, aanhef en onder b, van de Awb dan ook vaststellen op een lager bedrag dan dat waarvoor deze is verleend. Dit laat onverlet dat bij het lager vaststellen van een subsidie het in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb bepaalde van toepassing is. Dat betekent dat de gevolgen van het lager vaststellen niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen. In het geval dat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting zal een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. Daarbij zijn tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 74)."*[432]

Ik kan mij echter niet vinden in die benadering. Volgens mij moeten de verwijtbaarheid en de draagkracht niet mee worden gewogen bij de oplegging van de sanctie, maar bij de beoordeling van de effectuering daarvan. Dat komt omdat de intrekking ook een herstelsanctie is. Ik verwijs kortheidshalve naar mijn betoog dienaangaande in onderdeel 2.2.

Als men er vanuit gaat dat de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie als een reparatoire sanctie is aan te merken, dan volgt daaruit dat de persoon van de overtreder niet relevant kan zijn voor de beoordeling en daarmee dat de verwijtbaarheid en de draagkracht van die overtreder ook irrelevant zijn. Een herstelsanctie is immers geen straf. Den Ouden, Jacobs en Verheij erkennen die spanning ook, maar wijzen (net zoals de ABRvS in de voornoemde uitspraak) erop dat in de memorie van toelichting op de derde tranche ten aanzien van artikel 4:46 Awb het volgende is vermeld:

> *"Indien achteraf blijkt, dat bijvoorbeeld gegevens over het inkomen van de aanvrager of de omvang van de activiteit onjuist waren, kan er aanleiding zijn de subsidie aan te passen, ook als de onjuistheid niet aan de ontvanger bekend kon zijn. Wel kan de verwijtbaarheid, net als bij de overige in het tweede lid genoemde gronden, een rol spelen bij het bepalen van de omvang van de verlaging."*[433]

Deze opmerking van de wetgever dat verwijtbaarheid in het kader van de evenredigheidstoetsing van het intrekkingsbesluit relevant zou zijn, leidt de CRvB en de ABRvS tot de conclusie dat die aspecten mee dienen te worden gewogen bij het bepalen van de "*omvang van de verlaging*", ondanks dat er sprake is van een

432 ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:205.
433 Kamerstukken II, 1993/1994, 23 700, nr. 3 p. 72-73.

herstellende sanctie. De moeizame verhouding tussen het herstellende karakter van de intrekking als sanctie en het betrekken van de verwijtbaarheid en de draagkracht wordt door de bestuursrechters ten aanzien van de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie niet expliciet geadresseerd in de rechtspraak.

Interessant is dat het herstellende karakter van de sanctie voor de ABRvS in het kader van de last onder dwangsom juist aanleiding is om te oordelen dat draagkracht en verwijtbaarheid niet relevant zijn. Ik verwijs naar onderdeel 2.4. en 3.2. van dit proefschrift.

> "[...] *zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 10 mei 2006 in zaak nr. 200507040/1 (AB 2006, 230), spelen de financiële omstandigheden van de overtreder in beginsel geen rol."*[434]

En:

> "*7. Voor zover* [verzoeker] *nog heeft betoogd dat het college niet in redelijkheid kon handhaven, omdat hem geen verwijt treft wat betreft de ontstane brand, wordt overwogen dat dit geen bijzondere omstandigheid is op grond waarvan het college aanleiding had moeten zien om niet te handhaven."*[435]

En bij de toepassing van bestuursdwang om te oordelen dat:

> "*Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 29 maart 2006 in zaak nr. 200508042/1) strekt de toepassing van bestuursdwang er* [...] *slechts toe overtredingen* [...] *te beëindigen en te voorkomen. Derhalve is geen sprake van een sanctie met een leedtoevoegend karakter en is de toepassing van bestuursdwang niet strijdig met artikel 6 van het EVRM. Niet van belang is of* [appellant] *een verwijt kan worden gemaakt."*[436]

En:

> "*2.5.1. De Afdeling is van oordeel dat verweerder zich bij het gebruik van zijn handhavingsbevoegdheid op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat directe verwijdering van het vrijgekomen asbest was geboden, ter voorkoming van (verdere) verontreiniging van de bodem.* [...] *Bij dat oordeel speelt de draagkracht van appellant geen rol."*[437]

434 ABRvS 12 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB9968, zie in gelijke zin: CBb 27 oktober 2009, AB 2009/394 m.nt. F.C.M.A. Michiels.

435 ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2336.

436 ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:185, zie ook ABRvS 10 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:634.

437 ABRvS 27 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR4621.

De vraag kan dan ook gesteld worden waarom de ABRvS in het kader van de last onder dwangsom en bestuursdwang van oordeel is dat draagkracht en verwijtbaarheid *niet* relevant zijn, maar in het kader van de intrekking van een subsidie bij wijze van herstelsanctie *wel* relevant zijn.

Het argument dat daarvoor voldoende is dat de wetgever in de wetsgeschiedenis opmerkt dat draagkracht en verwijtbaarheid relevant zouden zijn (zonder enige nadere toelichting), overtuigt mij niet.

Ten eerste, de opmerking in de wetsgeschiedenis dateert van voor de invoering van de vierde tranche. Toen zou het niet beoordelen van de draagkracht en de verwijtbaarheid in het intrekkingsbesluit ertoe hebben geleid dat de bestuursrechter zich er in het geheel niet over had kunnen uitlaten. Voorts liet de civiele rechter zich er destijds ook niet over uit – gelet op de formele rechtskracht van het intrekkingsbesluit. Dat is onder de vierde tranche anders. In het kader van de effectuering vindt thans een toets van de verwijtbaarheid en de draagkracht plaats bij het terugvorderingsbesluit (zie hierna onder 4.4).

Ten tweede wijs ik er op dat in de wetsgeschiedenis ten aanzien van de last onder dwangsom ook is opgemerkt dat draagkracht een rol zou kunnen spelen bij de oplegging van de last onder dwangsom,[438] maar dat de ABRvS en het CBb daar gemakkelijk over heen stappen in hun oordelen dat vanwege het herstellende karakter van de sanctie, draagkracht niet relevant is.[439]

Een argument voor de benadering van de ABRvS en de CRvB zou nog kunnen zijn dat, in tegenstelling tot de last onder dwangsom en bestuursdwang, de intrekking van een subsidie als sanctie een onvoorwaardelijk karakter heeft. De overtreder kan de effectuering van de sanctie bij de lasten onder dwangsom en bestuursdwang immers alsnog voorkomen (door opvolging te geven aan de last), terwijl dat niet het geval is bij de intrekking van een subsidie. Daar heeft de overtreding immers al plaatsgevonden. Bij het opleggen van de lasten is dan ook nog niet duidelijk of, en zo ja welke, financiële gevolgen voor de overtreder zich daadwerkelijk zullen verwezenlijken. Bij de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie is dat al wel duidelijk. Betoogd zou daarom kunnen worden dat om deze reden verwijtbaarheid en draagkracht al mee zouden moeten worden gewogen bij de intrekking.

438 Kamerstukken II 1989/90, 21 088, nr. 6, p. 5–6, waarin de Minister in reactie op een vraag uit de TK uiteenzet dat en waarom de draagkracht van de overtreder een factor is die meeweegt bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom.

439 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 10 mei 2006, AB 2006/230 m.nt. F.C.M.A. Michiels en CBb 20 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:104.

Ook dit argument overtuigt mij echter niet. Op het moment van intrekking van de subsidie staat namelijk nog niet vast dat hij ook daadwerkelijk wordt teruggevorderd. Dat is pas het geval als het terugvorderingsbesluit wordt genomen. Dat het te verwachten is dat de subsidie ook daadwerkelijk zal moeten worden teruggevorderd vind ik ook geen overtuigend argument. Zeker nu er bij terugvordering geen beginselplicht tot effectuering van de sanctie bestaat – in tegenstelling tot bij de last onder dwangsom en bestuursdwang.

Problematisch aan de rechtspraak van de ABRvS en de CRvB op dit punt acht ik verder dat het feitelijk tot gevolg heeft dat de verwijtbaarheid en de draagkracht tweemaal worden beoordeeld. Eerst bij de intrekking bij wijze van sanctie, vervolgens bij de terugvordering (zie onderdeel 4.4.2). Dat verhoudt zich niet goed tot het toetsingsmodel in het bestuursrecht en de leer van de formele rechtskracht. Als de verwijtbaarheid en de draagkracht van de overtreder al hadden kunnen worden beoordeeld in het kader van een intrekkingsbesluit, dan kunnen zij mijns inziens niet nogmaals aan de orde komen in het kader van het terugvorderingsbesluit. Omdat verder pas bij de daadwerkelijke terugvordering de volle omvang van de gevolgen voor de overtreder duidelijk kunnen zijn, meen ik dat het voor de hand ligt om de verwijtbaarheid en draagkracht bij de terugvordering te toetsen – en niet al bij de intrekking bij wijze van sanctie.

Kortom, het is bij de oplegging van een herstellende sanctie, zoals de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie, naar mijn mening niet relevant of er een verwijt kan worden gemaakt dan wel of de overtreder onvoldoende draagkrachtig is (financieel of anderszins). Ik acht het beoordelen van de verwijtbaarheid en de draagkracht van de overtreder niet goed te verenigen met het herstellende karakter van de sanctie, terwijl bovendien nog niet vaststaat bij de intrekking dat de subsidie daadwerkelijk wordt teruggevorderd (en dus dat de effecten zich daadwerkelijk zullen voordoen). Gelet op het voorgaande meen ik dan ook dat de CRvB en de ABRvS ten onrechte de draagkracht en de verwijtbaarheid betrekken bij de beoordeling van het besluit tot intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie. Mijns inziens zou moeten worden aangesloten bij de rest van het (herstel)sanctierecht, waarbij verwijtbaarheid en draagkracht niet relevant zijn voor het opleggen van de sanctie, maar wel voor de effectuering daarvan. Voor mijn onderbouwing voor waarom verwijtbaarheid en draagkracht wel relevant zijn voor de effectuering van een herstelsanctie, maar niet voor de oplegging daarvan verwijs ik naar onderdelen 2.2 en 2.7.

Tot slot merk ik nog op dat het CBb zich naar mijn weten nog niet (expliciet) heeft uitgelaten over de vraag of verwijtbaarheid en/of draagkracht relevant zijn voor het intrekkingsbesluit bij subsidies bij wijze van sanctie. Den Ouden merkt in haar noot bij AB 2011/278 op dat het CBb bij de beoordeling van de evenredigheid van intrekkingen "*niet het herstelkarakter van sanctiebesluiten binnen subsidieverhoudingen,*

maar de belangenafweging die steeds op grond van de betreffende discretionaire bevoegdheden moet worden gemaakt voorop [stelt]".[440] Die stelling lijkt steun te vinden in de uitspraken van 10 maart 2005[441] en 11 juli 2011.[442] In die uitspraken wordt door de appellant (onder meer) betoogd dat er geen sprake zou zijn van verwijtbaarheid en lijkt het CBb impliciet de verwijtbaarheid te betrekken in zijn oordeel. Het komt mij daarom voor dat het aannemelijk is dat het CBb in zoverre een gelijke lijn trekt met de CRvB en de ABRvS op dit punt. Ik meen in dat kader dat ook het CBb dat ten onrechte doet en voor de intrekking van subsidies zou moeten aansluiten bij de rest van het (herstel)sanctierecht.

4.3 Verhouding tussen het intrekken en het terugvorderen

Het spreekt voor zich dat er – sinds de invoering van de vierde tranche – zonder een intrekkingsbesluit geen terugvorderingsbesluit kan zijn.[443] In het intrekkingsbesluit wordt immers vastgesteld dat er onverschuldigd is betaald. Zonder die vaststelling is er geen titel en dan is het niet mogelijk om het teveel betaalde bedrag terug te vorderen.[444]

Anders dan bij de lasten onder dwangsom en bestuursdwang, vindt het opleggen van de sanctie (het intrekken) en de effectuering daarvan (het terugvorderen) doorgaans gelijktijdig plaats in een combi-beschikking.[445] Daarmee wordt een groot deel van het leed dat is geschetst in de vorige hoofdstukken van dit proefschrift de belanghebbende bespaard. Immers, hoewel sommige onderwerpen in de intrekkingsbeschikking aan de orde moeten komen, maakt het weinig uit als de belanghebbende de argumenten per abuis tegen de terugvorderingsbeschikking aanvoert. Zo er al een duidelijk onderscheid wordt gemaakt in het schrijven van de overheid, is de bestuursrechter coulant in de interpretatie van de bezwaar- en beroepsgronden. Niet voor niets dat de wetgever over de intrekkingsbeschikking en de terugvorderingsbeschikking overweegt:

> *"Uit een oogpunt van doelmatige rechtsbescherming verdient het in de praktijk aanbeveling om de beslissing tot lagere vaststelling of intrekking en die tot terugvordering in één beschikking te combineren en voorafgaand aan het nemen daarvan de belanghebbende te horen."*[446]

440 CBb 7 juni 2011, AB 2011/278, m.nt. W. den Ouden.
441 CBb 18 februari 2007, ECLI:NL:CBB:2007:AZ9559.
442 CBb 10 maart 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT2716 en CBb 7 juli 2011, AB 2011/277 m.nt. W. den Ouden.
443 Gerechtshof Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4819.
444 Rb. 's-Gravenhage 11 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX3435.
445 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1462.
446 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 28-29.

Het gebrek aan een scherp onderscheid tussen het besluit tot intrekking enerzijds en het besluit tot effectuering daarvan anderzijds verklaart dat aan de verhouding tussen de intrekkingsbeschikking en de terugvorderingsbeschikking geen aandacht is besteed in de wetenschappelijke literatuur. Den Ouden, Jacobs en Verheij besteden er in hun monografie bijvoorbeeld geen aandacht aan.[447] Ook voor de invoering van de vierde tranche kreeg dit onderwerp geen aandacht in de literatuur.[448] Een beschouwing van de literatuur aangaande het subsidierecht gepubliceerd direct voorafgaand en na inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb leidt mij tot de conclusie dat de verhouding tussen het intrekking- en het terugvorderingsbesluit, dan wel de verdeling van de onderwerpen over deze beschikkingen, beperkte aandacht heeft gekregen in de wetenschap.

In de praktijk komt het echter met enige regelmaat voor dat de intrekkings- en terugvorderingsbeschikkingen apart worden genomen en dat geprocedeerd wordt tegen de 'verkeerde' beschikking.[449] Uit de jurisprudentie blijkt dat in gevallen bij de terugvordering van subsidies zich hetzelfde probleem kan voordoen als bij dwangsommen en kostenverhaal, namelijk dat de formele rechtskracht zich verzet tegen het alsnog beoordelen van sommige onderwerpen. Ook daar doet zich het mijns inziens niet te ondervangen knelpunt van de onrechtmatige sanctiebesluiten die gelet op de formele rechtskracht toch geëffectueerd worden voor (zie onderdeel 2.8). Belangrijk om nog op te merken is dat bij terugvordering van subsidies het accent voor wat betreft de problematiek van de formele rechtskracht eigenlijk elders ligt dan bij de overige sancties in dit onderzoek. Bij subsidies is het met name de formele rechtskracht van de verleningsbeschikking in het kader van de toetsing van de intrekkingsbeschikking die tot discussies leidt, en niet zozeer de formele rechtskracht van de intrekkingsbeschikking in het kader van de toetsing van de terugvorderingsbeschikking. Het gaat dan om de vraag of de subsidieontvanger in het kader van
de toetsing van de sanctiebeschikking kan worden tegengeworpen dat hij niet is opgekomen tegen een voor hem begunstigende beschikking (de verlening van subsidie onder bepaalde voorwaarden). Kan van een subsidieontvanger worden verlangd dat hij bij het ontvangen van de verleningsbeschikking (waar hij op zich blij mee zal zijn) in bezwaar komt tegen voorwaarden waarvan hij (bijvoorbeeld) nog niet zeker weet of die op een later moment problemen gaan opleveren voor hem? Deze discussie raakt uiteraard ook de rechtvaardiging voor de formele rechtskracht en de rechtmatigheidsfictie. Kan een onrechtmatige maar onaantastbare subsidievoorwaarde aan de

447 W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, Subsidierecht, (Deventer, 2011).

448 M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'De knopen zijn nog niet ontward, enkele onopgeloste subsidieproblemen', JBplus 2002, pp. 72-83.

449 Zie bijvoorbeeld: CRvB 15 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3464, CRvB 8 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2667, CRvB 5 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2744 en Rb. Zeeland-West-Brabant 7 augustus 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:5692.

subsidieontvanger worden tegengeworpen? Die vraag toont veel verwantschappen met de vraag of een onrechtmatig maar onaantastbaar sanctiebesluit aan de overtreder kan worden tegengeworpen in het kader van de toetsing van het effectueringsbesluit. Echter die vraag zal ik niet beantwoorden omdat de verleningsbeschikking in het kader van dit onderzoek geen rol speelt. Dat heeft te maken met dat dit onderzoek ziet op de effectueringsbeschikking en hoe die zich verhoudt tot de sanctiebeschikking. De verleningsbeschikking is een normstellende beschikking. indien die normen worden overtreder volgt de intrekkingsbeschikking (de sanctiebeschikking). Na de intrekking volgt de terugvorderingsbeschikking. Het betrekken van de verleningsbeschikking in het kader van dit onderzoek is vanuit subsidierechtelijk perspectief dus heel logisch, maar vanuit het perspectief van dit onderzoek juist niet. Een voorbeeld kan dat verduidelijken. De discussie is volgens mij te vergelijken met de discussie die kan ontstaan als het bevoegd gezag een voorschrift in een omgevingsvergunning gaat handhaven door middel van een last onder dwangsom. Kan de overtreder dan in redelijkheid worden tegengeworpen dat hij niet is opgenomen tegen een (voorwaarde verbonden aan een) voor hem begunstigende beschikking (de omgevingsvergunning)? Dat is een andere vraag dan of de overtreder de formele rechtskracht kan worden tegengeworpen van het sanctiebesluit. Bij een op zich begunstigende beschikking kan wellicht minder snel worden verlangd dat de belanghebbende toch in rechte opkomt daartegen. Dat is natuurlijk anders bij een sanctiebesluit waarvan een ieder aanstonds duidelijk moet zijn dat deze nadelig is. Daarvan kan volgens mij niet in geschil zijn dat van de belanghebbende mag worden verlangd dat hij daar tegen opkomt. Dat is dus een andere discussie. Bovendien, zou de verleningsbeschikking worden betrokken in dit hoofdstuk, dan zou het vreemd zijn om niet ook de normstellende beschikkingen bij de andere sancties in het onderzoek (bijvoorbeeld de onaantastbare maar onrechtmatig vergunningsvoorwaarden) te betrekken. Dat zou een vrij significante uitbreiding van het onderzoek vergen, reden waarom ik mij in dit hoofdstuk beperk tot de intrekkingsbeschikking en de jurisprudentie die daar op ziet.

De verdeling van de onderwerpen en de verhouding tussen de twee besluiten is dus zeker relevant (in tegenstelling tot bij de bestuurlijke boete – zie hoofdstuk 6), mede gezien ook de discussie over de toetsing van de verwijtbaarheid en de draagkracht van de overtreder (zie onder 4.2). De verdeling van de onderwerpen is als volgt:

Intrekkingsbeschikking	Terugvorderingsbeschikking
Overtreding	Effectuering
Rechtvaardigingsgronden	Evenredigheid
Hoogte sanctie / Evenredigheid	
Overtrederschap	

4.4 Terugvordering als uitgangspunt en het (gedeeltelijk) afzien van terugvordering

Ik stel voorop dat, gelijk de verhouding tussen het besluit tot intrekking en het besluit tot terugvordering (alsook de verdeling van de onderwerpen tussen beiden), het terugvorderingsbesluit als op zichzelf staand besluit geen aandacht krijgt in de wetenschappelijke literatuur. In de literatuur worden de intrekking en de terugvordering vaak in één adem genoemd en, hoewel de intrekking de warme belangstelling van de subsidierechtelijke geleerden geniet (zie onder 4.2), wordt de terugvordering niet zelfstandig behandeld. Dat is goed te begrijpen: voor het subsidierecht is het voornamelijk interessant wat er bij de intrekkingsbeschikking gebeurt, de terugvorderingsbeschikking is vanuit dat perspectief weinig meer dan de technische uitvoering van de intrekkingsbeschikking. Het gebrek aan literatuur leidt ertoe dat dit deel van het onderzoek noodgedwongen gebaseerd is op enkel de rechtspraak.

Het besluit tot terugvordering is ondanks zijn afhankelijke karakter toch een zelfstandig besluit waar een zelfstandige ex nunc belangenafweging dient plaats te vinden. Zo overweegt de CRvB:

> *"Ook in het kader van de terugvordering moet een belangenafweging plaatsvinden"*[450]

En de ABRvS:

> *"De rechtbank heeft* [terecht] *het beroep van* [appellante] *gegrond verklaard en het besluit van 5 oktober 2009 vernietigd omdat de vereiste belangenafweging omtrent de terugvordering in dit besluit en het besluit van 24 juni 2009 ontbreekt."*[451]

Ontbreekt die belangenafweging, dan leidt dat tot vernietiging van het terugvorderingsbesluit.[452]

Het toetsingskader bij terugvordering wordt – aldus de wetgever – primair gevormd door het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb en het evenredigheidsbeginsel van 3:4 Awb.[453] Het zorgvuldigheidsbeginsel spreekt voor zich in die zin dat (bijvoorbeeld) niet tot terugvordering kan worden overgegaan van een bedrag dat groter is

450 CRvB 18 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2981, zie ook: Rb. Midden-Nederland 16 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3424.
451 ABRvS 3 oktober 2012, AB 2013/157, m.nt. J.R. van Angeren.
452 CRvB 23 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2172.
453 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 28-29.

dan hetgeen voortvloeit uit de intrekkingsbeschikking.[454] Ook kan niet bij een andere partij worden teruggevorderd dan de partij die de subsidie heeft ontvangen en aan wie het intrekkingsbesluit is gericht.[455]

Het besluit tot terugvordering is discretionair van aard. Artikel 4:57 Awb en artikel 4:95 Awb betreffen immers 'kan' bepalingen. Bij het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid zal moeten worden getoetst of de keuze om die bevoegdheid toe te passen en de wijze waarop die bevoegdheid is toegepast aan het evenredigheidsbeginsel voldoet.[456] Zoals toegelicht is dat bij terugvordering het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. In de praktijk is vooral het evenredigheidsbeginsel van belang.

De CRvB heeft in het kader van de (grootschalige) terugvordering van ten onrechte verstrekte PGB's (PersoonsGebonden Budget) – een subsidie aan hulpbehoevenden die hen in staat stelt om zelf zorg in te kopen – een jurisprudentielijn ontwikkeld die het evenredigheidsbeginsel bij de terugvordering van subsidies nader inkleedt. De CRvB overweegt dienaangaande dat:

> *"4.6. Het Zorgkantoor dient ook bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid tot terugvordering* [...] *rekening te houden met de in artikel 3:4 van de Awb neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging.* [De door appellant aangedragen] *omstandigheden maken niet dat geoordeeld moet worden dat het Zorgkantoor niet in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen. Voorop staat dat de schuldenaar de schulden dient te betalen (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr 3, blz. 13). Dit geldt ook voor de persoon die als rechtsopvolger van de schuldenaar een schuld onder algemene titel verkrijgt en daarmee de schuldenaar wordt. Niet is gebleken dat de terugvordering bij appellant tot onaanvaardbare psychische gevolgen leidt. Ook kunnen de genoemde financiële gevolgen niet als onaanvaardbaar worden aangemerkt."*[457]

In beginsel kan er dus worden teruggevorderd, tenzij er onaanvaardbare gevolgen van die terugvordering te duchten zijn. De CRvB hanteert deze lijn bij zowel de terugvordering op grond van artikel 4:57 Awb als de terugvordering op grond van artikel 4:95 Awb.[458] De ABRvS hanteert een goed vergelijkbare lijn. Zo overweegt de ABRvS (in het kader van de onderwijsbekostiging – waarbij de subsidietitel niet van toepassing is maar uit efficiëntieoverwegingen toch wordt toegepast):

454 ABRvS 29 augustus 2012, AB 2013/423, m.nt. M.M. Claessens.
455 CBb 13 mei 2015, AB 2016/56, m.nt. M.A.M. Dieperink.
456 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 28-29.
457 CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie en Rb. Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1138.
458 Rb. Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1228

> *"De minister heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het uitgangspunt bij de afweging van de belangen is, dat ten onrechte verstrekte rijksbijdragen worden teruggevorderd.* [...] *De minister heeft de omstandigheid dat de financiële situatie van de stichting verslechterd is ten opzichte van voorgaande jaren, niet voldoende zwaarwegend hoeven achten om alsnog af te zien van terugvordering."*[459]

Hoewel de afweging grotendeels gelijk blijft over de (beperkte aantallen) uitspraken van de ABRvS die enkel zien op de rechtmatigheid van een terugvordering, kwalificeert de ABRvS de voornoemde 'zwaarwegende omstandigheden' ook wel als 'bijzondere omstandigheden':

> *"Het college betoogt tevergeefs dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de minister zich niet in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat er geen bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan hij zou moeten afzien van* [...] *terugvordering."*[460]

Het CBb lijkt – gelijk de ABRvS – geen bijzonder toetsingskader op dit vlak te hebben ontwikkeld, doch beperkt zich veelal tot de constatering dat er ofwel geen andere specifieke gronden tegen de terugvordering zijn aangevoerd, dan wel dat die gronden geen aanleiding geven tot het oordeel dat terugvordering onrechtmatig is.[461] Daarbij gebruiken zowel de ABRvS en het CBb afwisselende terminologie – zoals 'bijzondere omstandigheden', 'ingrijpende gevolgen'[462] of 'onaanvaardbare gevolgen'. Materieel komen de toetsingen mijn inziens grotendeels overeen.

Gelet op het voorgaande zal ik het – uitgebreidere – toetsingskader van de CRvB tot uitgangspunt nemen en de in de jurisprudentie (ook die van de ABRvS en het CBb) aangetroffen betogen classificeren naar de aard van de gestelde 'onaanvaardbare gevolgen'. Het betreffen mijns inziens de twee door de CRvB genoemde species (onaanvaardbare psychische gevolgen en onaanvaardbare financiële gevolgen) alsmede een restcategorie van 'andere onaanvaardbare gevolgen'.

4.4.1 Onaanvaardbare psychische gevolgen

De drempel voor het aannemen van onaanvaardbare psychische gevolgen is – gelet ook op de aard van de zaken dat de CRvB behandelt – begrijpelijkerwijs hoog. Zo is het feit dat een appellant lijdt aan Aspergers syndroom waarbij hij door de druk van

459 ABRvS 10 oktober 2012, AB 2013/162, m.nt. W. den Ouden.
460 ABRvS 8 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9753.
461 Zie bijvoorbeeld: CBb 15 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL8587 en CBb 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU6858.
462 Zie bijvoorbeeld CBb 8 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:206 waarin van 'ingrijpende gevolgen' wordt gesproken.

de onzekerheid van zijn financiële situatie lijdt aan hoog opgelopen spanningen en angsten door de terugvordering, waardoor hij ook niet meer in staat is om het overzicht te houden (aldus de GGZ psycholoog), onvoldoende om te spreken van onaanvaardbare gevolgen. Immers, zo oordeelt de CRvB, de appellant was in staat om te begrijpen dat zijn handelwijze niet correct was terwijl (zo lijkt de CRvB impliciet te oordelen) het Aspergers syndroom niet wordt veroorzaakt door de terugvordering.[463] In dit soort zaken lijkt een rol te spelen dat *"iedereen aan wie een pgb is toegekend vanwege zijn lichamelijk en/of geestelijke gezondheid in een minder sterke positie verkeert, zodat de enkele omstandigheid dat er daarvan ook bij eiser sprake is niet kan leiden tot de conclusie dat moet worden afgezien van terugvordering"*.[464] Kennelijk moet er dus sprake zijn van een bijzondere psychische situatie ten opzichte van de referentiegroep (ontvangers van een PGB uitkering) en niet ten opzichte van de gemiddelde Nederlander. Weinig verrassend dus dat het gegeven dat een appellant een moeilijke thuissituatie heeft vanwege de zorg voor familieleden terwijl hij aan een depressie lijdt vanwege de terugvordering (aldus zijn psycholoog), onvoldoende is om onaanvaardbare psychische gevolgen aan te nemen.[465] Mij is uit de gepubliceerde jurisprudentie (ook die van de ABRvS en het CBb) geen enkel geval bekend waarin daadwerkelijk werd aangenomen dat sprake is van onaanvaardbare psychische gevolgen waardoor terugvordering onevenredig moest worden geacht.

4.4.2 Onaanvaardbare financiële gevolgen

Van onaanvaardbare financiële gevolgen blijkt eveneens niet snel sprake te zijn. De lijn in de jurisprudentie is – kort gezegd – dat dit nooit het geval kan zijn vanwege het bestaan van de beslagvrije voet in combinatie met de mogelijkheid om uitstel van betaling te vragen (en eventueel een betalingsregeling). Bij rechtspersonen lijken onaanvaardbare financiële gevolgen slechts te kunnen worden aangenomen indien er sprake is van een (dreigend) faillissement, maar ook dan is er nog geen onaanvaardbaar gevolg.

Illustratief voor de lijn van de CRvB ten aanzien van natuurlijke personen is het volgende oordeel:

> *"Appellant heeft gewezen op de volgende omstandigheden. Vanwege een zeer laag IQ functioneert hij verstandelijk op een zeer laag niveau. Hij staat sinds december 2010 onder beschermingsbewind. Hij is na het overlijden van de echtgenote via een crisisopvangplaatsing in een beschermde AWBZ-woonvorm opgenomen en ontvangt sindsdien een uitkering ter hoogte van de zak- en kleedgeldnorm. Hij heeft een WSNP-traject doorlopen, waarna hem in september*

463 CRvB 22 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA1399.
464 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:280.
465 CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2975.

> *2011 een schone lei is verleend. Het PGB kwam niet hem toe, maar de echtgenote. Door de terugvordering wordt hij opnieuw jarenlang met een terugvorderingstraject geconfronteerd en moet hij weer jarenlang onder het bestaansminimum leven. Deze omstandigheden maken niet dat geoordeeld moet worden dat het Zorgkantoor niet in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen.* [...] *Hierbij is van belang dat het Zorgkantoor bij de inning of invordering van de geldschuld rekening moet houden met de bescherming van de beslagvrije voet. Verder is van belang dat appellant op grond van artikel 4:94 van de Awb bij het Zorgkantoor om uitstel van betaling kan vragen, welk uitstel zich, gelet op artikel 4:101 van de Awb, ook tot de rente kan uitstrekken."*[466]

Ook indien de fraudeur is overleden en de erfgenamen de erfenis zuiver hebben aanvaard, de erfgenamen part noch deel hebben aan de fraude en zij door de terugvordering in de financiële problemen dreigen te raken kan niet gesproken worden van onaanvaardbare gevolgen:

> *"De door appellante* [...] *aangevoerde omstandigheid dat het Zorgkantoor de terugvordering op haar verhaalt en zij daardoor in de financiële problemen raakt kan echter niet leiden tot het oordeel dat het Zorgkantoor niet redelijkerwijs tot terugvordering heeft kunnen overgaan. Het Zorgkantoor dient bij de inning of de invordering van de geldschuld rekening te houden met de bescherming van de beslagvrije voet. Verder heeft het Zorgkantoor te kennen gegeven andere erfgenamen te benaderen."*[467]

Ook het gegeven dat de budgetbeheerder van de appellant fraude heeft gepleegd waardoor de appellant geconfronteerd wordt met een terugvordering is onvoldoende om te concluderen dat sprake is van onaanvaardbare financiële gevolgen (met als pleister op de wonden een overweging dat "*de rechtbank begrip heeft voor de moeilijke situatie waarin eisers zich bevinden en de grote belangen die voor hen met deze procedure zijn gemoeid*").[468]

De CRvB verwijst steevast naar de beslagvrije voet en de mogelijkheid dat de (doorgaans beperkte) draagkracht van de appellant een rol zal kunnen spelen in het treffen van een terugbetalingsregeling in het kader van een verzoek om uitstel van betaling.[469] Het enkele feit dat de appellant een laag inkomen geniet is dus onvoldoende,[470]

466 CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie en Rb. Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1138.
467 CRvB 16 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3232.
468 Rb. Midden-Nederland 11 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3194.
469 CRvB 17 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY0445, CRvB 23 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1022 en CRvB 16 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4601.
470 CRvB 29 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2904.

terwijl de hoogte van het terug te vorderen bedrag,[471] dan wel de verhouding tussen het terug te vorderen bedrag en het inkomen van de appellant,[472] eveneens niet relevant worden geacht. Zelfs indien er geen afweging bij het terugvorderingsbesluit heeft plaatsgevonden worden de rechtsgevolgen van het terugvorderingsbesluit door de CRvB doorgaans in stand gelaten. Bijvoorbeeld omdat:

> *"Agis ter zitting heeft aangegeven gelet op het inkomen van appellante bereid te zijn een zeer soepele afbetalingsregeling te treffen"*[473]

Wat die 'zeer' soepele betalingsregeling dan zou moeten zijn wordt verder niet gespecificeerd door de CRvB.

De ABRvS heeft aanmerkelijk minder jurisprudentie op dit vlak dan de CRvB. Vermoedelijk komt dit omdat de appellanten bij de ABRvS in het kader van subsidies doorgaans rechtspersonen zijn bij wie schrijnende financiële omstandigheden zich in de regel niet zullen voordoen (zie ook onderdeel 2.7.2). Wel zijn de financiële gevolgen van het terugvorderingsbesluit onderdeel van de evenredigheidstoets die ten aanzien van dat besluit wordt uitgevoerd.[474] Een rechtspersoon kan uiteraard wel failliet gaan en dat is ook waar de ABRvS de drempel voor onaanvaardbare financiële gevolgen lijkt te leggen. Voor het aannemen van een 'voldoende zwaarwegend' belang bij het afzien van terugvordering is volgens de ABRvS (bij onderwijsbekostiging – weliswaar strikt genomen geen subsidie, maar de ABRvS past bij onderwijsbekostiging uit efficiëntie overwegingen wel de subsidietitel toe) noodzakelijk dat:

> *"de continuïteit van de stichting of het op de door haar in stand gehouden school gegeven onderwijs* [als gevolg van de terugvordering] *in gedrang komt"*[475]

Immers, daartegenover staat het "*groot gewicht* [dat] *moet worden toegekend aan het algemeen belang van terugvorderen van ten onrechte verstrekte rijksbekostiging"*.[476] Deze toetsing paste de ABRvS ook in een ander geval toe:

> *"2.9. De stichting* [stelt] *dat de gevolgen van de terugvordering omvangrijk en ingrijpend zullen zijn. Volgens de stichting zal zij gedurende de looptijd van de terugbetalingsregeling twee leerkrachten minder kunnen aanstellen, waardoor de kwaliteit van het onderwijs ernstig zal worden benadeeld en het voortbestaan van de scholen zal worden bedreigd.*

471 CRvB 15 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2694.
472 CRvB 23 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2172.
473 Ibidem.
474 ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:911.
475 ABRvS 10 oktober 2012, AB 2013/162, m.nt. W. den Ouden. Zie ook: Rb. Amsterdam, 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:6461 en ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:911.
476 Rb. Den Haag 4 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2510.

> *2.9.1* [...] *De omstandigheid dat de stichting ten gevolge van de wijziging van de rijksbekostiging in de schooljaren waarin het terug te vorderen bedrag zal worden verrekend haar uitgavenpatroon zal moeten aanpassen, dient voor haar risico te blijven. De stichting heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij door de wijze van verrekening in zodanige financiële problemen komt dat de voortgang van haar activiteiten in gevaar komt."*[477]

Het is niet snel het geval dat de continuïteit van het onderwijs in het gedrag komt. De ABRvS verwijst verder – gelijk de CRvB – ook regelmatig naar de mogelijkheid om een betalingsregeling te treffen.

> "[...] *Gelet op het door het college te behartigen algemeen belang van doelmatige en rechtmatige besteding van gemeenschapsgelden, valt op grond van hetgeen de stichting heeft betoogd niet in te zien dat het college niet in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot* [...] *terugvordering van de verleende subsidie gebruik heeft kunnen maken. Bij het besluit op bezwaar heeft het college zich bereid verklaard om met de stichting een betalingsregeling te treffen, zodat niet valt in te zien dat de stichting door de terugvordering in feite in staat van faillissement zou komen te verkeren, zoals door de stichting is gesteld."*[478]

Het CBb lijkt eveneens deze lijn aan te houden. Zo oordeelde het CBb dat er geen reden was om af te zien van terugvordering vanwege de financiële situatie omdat:

> "[...] *verweerder ter zitting de bereidheid* [heeft] *uitgesproken om, als de financiële situatie van appellante daartoe aanleiding geeft, een betalingsregeling met haar te treffen, dan wel een deel van het terug te vorderen bedrag kwijt te schelden. Bij deze stand van zaken ziet het College geen aanleiding voor het oordeel dat verweerder in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot terugvordering geen gebruik kan maken."*

Er is echter wel enige hoop voor de overtreder die geen verwijt kan worden gemaakt. In een geval waarbij een minderjarige PGB-gerechtigde als gevolg van handelen van de moeder geconfronteerd werd met een terugvordering nam de rechter wel aan dat er onaanvaardbare gevolgen waren. Dit is naar mijn weten de enige gepubliceerde uitspraak waarin de bestuursrechter heeft aangenomen dat ondanks een terecht intrekkingsbesluit, het terugvorderingsbesluit toch geen stand kon houden vanwege de ingrijpende gevolgen daarvan voor de overtreder. Het is daarom de moeite waard om de overweging van de rechtbank Midden-Nederland dienaangaande in zijn geheel te citeren.

477 ABRvS 29 augustus 2012, AB 2013/423, m.nt. M.M. Claessens.
478 ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3379.

> *"4. Zoals de rechtbank in haar tussenuitspraak heeft overwogen moet verweerder de discretionaire bevoegdheid om van terugvordering gebruik te maken uitoefenen met inachtneming van de in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging. In het kader van de evenredige belangenafweging is de rechtbank, met hetgeen eiser in de zienswijze naar voren heeft gebracht, van oordeel dat verweerder, gelet op de bijzondere individuele omstandigheden, niet in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen. Naar het oordeel van de rechtbank is van belang dat het eiser persoonlijk niet kan worden verweten dat het pgb niet op de juiste wijze is besteed en verantwoord. Eiser was minderjarig toen hem het pgb werd toegekend en zijn moeder heeft het pgb voor hem beheerd. Tevens is van belang dat eiser weliswaar de mogelijkheid heeft om zijn moeder aansprakelijk te houden en haar – al dan niet in rechte – aan te spreken, maar dat deze verhaalsmogelijkheid illusoir is aangezien zijn moeder, hetgeen door verweerder niet is betwist, op dit moment leeft van een uitkering en binnenkort komt te overlijden omdat zij ongeneeslijk ziek is. Naar het oordeel van de rechtbank moeten de financiële gevolgen voor eiser als onaanvaardbaar worden aangemerkt gelet op de hoogte van het terugvorderingsbedrag en de jeugdige leeftijd van eiser. Dat voor eiser een betalingsregeling kan worden getroffen, neemt naar het oordeel van de rechtbank niet weg dat eisers verdere toekomst hierdoor onaanvaardbaar zal worden beïnvloed."*[479]

Interessant om te constateren is dat verwijtbaarheid en draagkracht een duidelijke rol spelen in het kader van de terugvordering over de band van de onaanvaardbare gevolgen, terwijl die onderwerpen ook aan de orde lijken te kunnen komen in het kader van de intrekking (zie onder 4.2). Dat zou betekenen dat er in feite een dubbele toetsing plaatsvindt van deze onderwerpen. Dat is niet te verenigen met de leer van formele rechtskracht. Het feit dat draagkracht en verwijtbaarheid zo duidelijk aan de orde komen in het kader van de daadwerkelijke terugvordering en daarbij ook een belangrijke rol kunnen spelen, pleit er mijns inziens daarom voor dat deze niet al aan de orde zouden moeten komen bij het intrekkingsbesluit, maar uitsluitend bij het terugvorderingsbesluit. De intrekking is een reparatoire sanctie en de verwijtbaarheid van de overtreding is zoals eerder betoogd niet relevant voor het opleggen van die sanctie. De vraag kan ook nog gesteld worden in hoeverre de verwijtbaarheid en de draagkracht bij de effectuering van een sanctie wel nog een rol moet kunnen spelen. In dat kader verwijs ik naar mijn opmerkingen daarover in onderdeel 2.7 van dit proefschrift. In het verlengde daarvan meen ik dat het goed verdedigbaar is dat draagkracht en verwijtbaarheid wel aan de orde moeten kunnen komen bij de toetsing van de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie.

479 Rb. Midden-Nederland 5 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2331.

4.4.3 *Andere onaanvaardbare gevolgen*

De restcategorie betreft gevallen waarbij een beroep wordt gedaan op andere onaanvaardbare gevolgen die niet (alleen) psychisch of financieel van aard zijn. Soms betreft het een combinatie van factoren zodat het niet goed mogelijk is om het binnen een van de categorieën te plaatsen. Het betreft enerzijds een categorie schrijnende gevallen en anderzijds een categorie waarin het handelen van de overheid laakbaar is volgens de rechter.

Doorgaans bevinden de ontvangers van een PGB zich reeds in een schrijnende situatie. Daarom is (bijvoorbeeld) iemands hoge leeftijd en zorgbehoevendheid in combinatie met geringe draagkracht onvoldoende om aan te nemen dat er onaanvaardbare gevolgen zijn. De CRvB doet dergelijke betogen (onder meer) af met – bij wijze van voorbeeld – een opmerking dat **"**[h]*et pgb is hen nu juist verleend omdat zij zorgbehoevend zijn"*[480] dan wel dat de aangevoerde gronden betreffende appellantes:

> *"leeftijd, gezondheid, de hoogte van de nog resterende vordering en haar geringe aflossingscapaciteit* […]*niet zodanig bijzonder dat het Zorgkantoor bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid* [mag terugvorderen]*."*[481]

Andere schrijnende niet te categoriseren situaties zijn gevallen waarin een PGB ontvanger is overleden en zijn administratie niet op orde had, zodat de erfgenamen niet kunnen aantonen dat er daadwerkelijk zorg was ingekocht met het PGB. Daaromtrent overweegt de rechtbank Limburg:

> *"Dat de budgethouder de PGB-administratie zelf regelde en vervolgens is overleden, is een omstandigheid die niet zelden voorkomt bij de verlening van PGB's in gevallen van ernstig zieke verzekerden en kan* [daarom] *niet tot een gegrondverklaring van het beroep leiden."*[482]

De tweede categorie gevallen in deze restcategorie zijn casussen waarin de overheid verwijtbaar heeft gehandeld. In die gevallen neemt de bestuursrechter soms aan dat de terugvordering onevenredig te achten is. In een geval waarbij de overheid (i) op de hoogte was van het feit dat de aanvrager over zeer beperkte intellectuele capaciteiten beschikte, (ii) de aanvrager aanraadde om een bewindvoerder aan te nemen, (iii) wist dat de zorginstelling die de aanvrager wenste te contracteren werd onderzocht vanwege fraudevermoedens en (iv) desondanks een PGB verstrekte die bij die zorginstelling werd besteed, oordeelde de rechtbank Midden-Nederland dat op verweerder een zorgplicht rustte en dat:

480 CRvB 23 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3362.

481 CRvB 12 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2933 en CRvB 23 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3362.

482 Rb. Limburg 17 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6045.

> *"*[h]*et* [...] *op de weg van verweerder* [had] *gelegen om in ieder geval de vinger aan de pols te houden maar ook om tijdig te waarschuwen voor de mogelijke consequenties van het bij vooruit betalen voor de zorg. Voorts omvat de zorgplicht in deze gevallen ook dat verweerder vervolgens de verantwoording van deze zorg zorgvuldiger controleert dan nu is gebeurd. Dit had verweerder bij de belangenafweging moeten betrekken, hetgeen niet is gedaan. Gelet op het vorenstaande is het bestreden besluit in strijd met het bepaalde in artikel 3:4 van de Awb genomen en dient dit besluit vernietigd te worden."*[483]

In een ander geval oordeelde de rechtbank Zwolle-Lelystad dat de terugvordering door verwijtbaar handelen van de verweerder onnodig was opgelopen dat het terugvorderingsbesluit daarom onevenredig moest worden geacht.

> *"3.5. Daar staat tegenover dat de deugdelijkheid van de administratie van verweerder ernstig te wensen overliet. Verweerder heeft fouten gemaakt die de onverschuldigde betaling hebben veroorzaakt en door gebrek aan effectieve controle is de hoogte van de terugvordering fors opgelopen.* [...]
>
> *3.6. Omdat verweerder ook enig verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan van de situatie die tot het bestreden besluit heeft geleid, acht de rechtbank het redelijk dat het ten onrechte uitbetaalde bedrag van eiser wordt teruggevorderd, wordt bepaald op 70% van het totaal verschuldigde bedrag. De rechtbank overweegt hierbij dat partijen beide evidente fouten hebben gemaakt, dat herhaalde fouten van verweerder aan het veroorzaken van de onjuiste subsidievaststellingen weliswaar de grootste bijdrage hebben geleverd, maar dat alleen eiser door die fouten gebaat is geweest."*[484]

Hieruit volgt dat verwijtbaar handelen door de overheid in dit kader een rol speelt, net zoals dat bij de bijzondere omstandigheid in het kader van de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang een rol kan spelen.

4.4.4 *Criteria voor een onaanvaardbaar gevolg*

Het voorgaand overziend meen ik dat de volgende criteria gelden voor beantwoording van de vraag wanneer er sprake is van een onaanvaardbaar gevolg dat de overheid ertoe moet nopen om (gedeeltelijk) af te zien van terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie.

1. De omstandigheid wordt niet gedekt door de formele rechtskracht van de intrekkingsbeschikking.

483 Rb. Midden-Nederland 16 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5392.
484 Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8656.

EN

2. Terugvordering van het gehele bedrag leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst van de overtreding en/of de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding en/of de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

4.5 Tussenconclusie

De terugvorderingsbeschikking behelst de ten uitvoerlegging van een reparatoire sanctie, het besluit tot intrekken van een verleende subsidie bij wijze van sanctie. De terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie heeft dan ook in de regel het karakter van de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie, te weten: reparatoir. Een terugvorderingsbeschikking kan, net zoals het besluit tot intrekken van een subsidie evenwel een punitief karakter hebben indien er meer wordt teruggevorderd dan het bedrag waarop de subsidieontvanger onder normale omstandigheden recht op zou hebben gehad én hij die gelden al aan de gesubsidieerde activiteit heeft uitgegeven.

Tussen het intrekkingsbesluit en de terugvorderingsbeschikking is een verdeling gemaakt van de onderwerpen die in het betreffende besluit aan de orde komen. In de praktijk blijkt dit doorgaans geen grote problemen op te leveren omdat de twee besluiten vaak gezamenlijk in één brief worden toegezonden. Als dat echter niet gebeurd en het intrekkingsbesluit wordt onaantastbaar, dan is de bestuursrechter strikt en wordt de overtreder de formele rechtskracht van het intrekkingsbesluit tegengeworpen.

De terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie is een discretionaire bevoegdheid. De keuze om terug te vorderen wordt marginaal getoetst aan de hand van artikel 3:4 Awb. Het is niet duidelijk welke omstandigheden ertoe kunnen leiden dat moet worden afgezien van terugvordering. Dat is een knelpunt. Uit de rechtspraak ten aanzien van de terugvordering van PGB subsidies bij wijze van sanctie leid ik echter af dat slechts dan niet kan worden teruggevorderd als de terugvordering leidt tot onaanvaardbare psychische, financiële of andere gevolgen. Voor een onaanvaardbaar gevolg gelden volgens mij de volgende criteria:

1. De omstandigheid wordt niet gedekt door de formele rechtskracht van de intrekkingsbeschikking.

EN

2. Terugvordering van het gehele bedrag leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst van de overtreding en/of de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding en/of de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

Deze criteria lijken mij in bredere zin ook toepasbaar bij andere subsidies dan de PGB.

5

5. DE TERUGVORDERING VAN UITKERINGEN BIJ WIJZE VAN SANCTIE

5.1 Inleiding

Het begrip 'uitkering' wordt veelvuldig gebruikt in de sociale wetgeving, maar wordt niet in de Awb of een andere wet gedefinieerd. Onder uitkering versta ik in het kader van dit onderzoek de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op het voorzien in een (gedeelte van het) inkomen van de aanvrager. Met het begrip 'uitkering' wordt dus gedoeld op zowel sociale *verzekeringen* (zoals de AOW, Anw, WAO etc.), als op sociale *voorzieningen* (Participatiewet, Wmo 2015, Wet Wajong etc). Het verschil tussen de twee is dat voor sociale verzekeringen door werknemers *premies* worden betaald, zodat de werknemer een "*wettelijk gegarandeerd aanspraak* [heeft] *op een uitkering als tegenprestatie voor de betaalde premies*", terwijl sociale voorzieningen "*financiële steun in geval van armoede* [betreffen] *waarbij de uitkerende instanties vrij zijn de vorm en omvang van de steun te bepalen*".[485]

Omwille van de overzichtelijkheid van dit onderzoek heb ik er voor gekozen om niet *alle* uitkeringen in dit onderzoek te betrekken, maar te kijken naar één soort uitkering: de bijstandsuitkering op grond van de Participatiewet ('Pw') en zijn rechtsvoorgangers, de Wet Werk en Bijstand ('WWB') en de Algemene Bijstandswet ('ABW'). Het betreft een uitkering die veelvuldig wordt verstrekt en waar veel jurisprudentie over beschikbaar is. Wel betrek ik waar relevant en (analoog) toepasbaar jurisprudentie aangaande andere uitkeringen.

Iedere in Nederland woonachtige Nederlander die *"die hier te lande in zodanige omstandigheden verkeert of dreigt te geraken dat hij niet over de middelen beschikt om in de noodzakelijke kosten van bestaan te voorzien"* heeft ingevolge artikel 11 Pw recht op bijstand van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente (het 'college'). Het betreft een inkomensvoorziening bedoeld om te voorkomen dat iemand niet meer kan voorzien in zijn levensonderhoud. De Pw uitkeringen worden bekostigd uit de algemene middelen en betreffen zodoende een sociale voorziening en geen verzekering. Bij sociale voorzieningen is het belangrijk om te waarborgen dat slechts diegene die werkelijk recht hebben op die voorzieningen daar gebruik van maken. Misbruik van die voorzieningen leidt namelijk tot ondermijning

485 S. Klosse en G.J. Vonk, Socialezekerheidsrecht, (Deventer, 2014), p. 23.

van de steun van Nederlanders voor het behoud van dergelijke voorzieningen. Terugvordering in het kader van de Pw kent daarom ook zijn eigen bijzondere normatieve kader, inclusief een wettelijke plicht tot herziening en terugvordering bij bepaalde overtredingen. Dit maakt de Pw uitkering interessant vergelijkingsmateriaal in het kader van dit onderzoek.

In dit hoofdstuk bespreek ik het besluit om een Pw-uitkering terug te vorderen bij wijze van sanctie. Daarbij komen aan de orde hoe dit besluit moet worden gekarakteriseerd en hoe het zich verhoudt tot het besluit tot het herzien van de uitkering. Ook de vraag of een uitkering na herziening moet worden teruggevorderd en onder welke omstandigheden juist moet worden afgezien van terugvordering komen hierna aan de orde.

5.2 Het herzien en terugvorderen van een uitkering

Het karakter van (de herziening van) een uitkering komt in belangrijke mate overeen met het karakter van (de intrekking van) een subsidie. Dat is niet verwonderlijk gelet op het feit dat subsidies en uitkeringen veel op elkaar lijken. Indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, kent een bestuursorgaan een bepaald geldbedrag toe aan de aanvrager. Uitkeringen kunnen echter niet worden aangemerkt als een subsidie in de zin van artikel 4:21 Awb. Een uitkering wordt immers niet verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, maar als inkomensvoorziening. Daarnaast wijken uitkeringen significant af van subsidies omdat de sociale zekerheidswetgeving veel bijzondere, van de Awb afwijkende of aanvullende, bepalingen kent ten aanzien van de handhaving van die wetten, inclusief bijzondere bevoegdheden tot verrekening, terugvordering en sanctionering.

Om een uitkering op grond van de Pw te ontvangen dient de belanghebbende een aanvraag in bij het college, waarna het college een toekenningsbesluit neemt. Het toekenningsbesluit is een betalingsbeschikking als bedoeld in artikel 4:86 Awb. Aan de bijstandsuitkering zijn (veel) bijzondere voorwaarden gekoppeld. Ik beperk mij tot de twee belangrijkste van die voorwaarden omdat deze in de praktijk het overgrote deel van alle herzieningen en terugvorderingen behelzen. Ten eerste is de uitkeringsgerechtigde ingevolge artikel 17, lid 1, Pw verplicht om het college onverwijld uit eigen beweging mededeling te doen van alle feiten en omstandigheden waarvan hem redelijkerwijs duidelijk moet zijn dat zij van invloed kunnen zijn op die uitkering (de zogenaamde ‘inlichtingenplicht’). Daarnaast dient de uitkeringsgerechtigde op grond van artikel 17, lid 2, Pw alle medewerking te verlenen die redelijkerwijs nodig is voor de uitvoering van de Pw door het college (de zogenaamde ‘medewerkingsplicht’).

Indien blijkt dat een bijstandsontvanger te veel heeft ontvangen, dan herziet het college het besluit tot het verstrekken van bijstand en stelt hij het te ontvangen

bedrag bij. Als de bijstandsontvanger in het geheel geen bijstand had mogen ontvangen, dan wordt het bijstandsbesluit ingetrokken. Beide besluiten worden in de praktijk aangeduid als 'herzieningsbesluiten' of 'intrekkingsbesluiten'. Ook bij het intrekken van een uitkering (gelijk bij het intrekking van een subsidie) kan er een onderscheid worden gemaakt tussen intrekking bij wijze van sanctie en intrekken om andere redenen, maar bij uitkeringen komt alleen de eerste variant voor. Een uitkering is immers bedoeld om in het bestaan van de ontvanger te voorzien zodat intrekking in beginsel alleen geoorloofd is als de ontvanger iets verkeerds heeft gedaan of nooit recht had op de uitkering.

Op grond van artikel 54, lid 3, Pw, herziet het college een besluit tot toekenning van bijstand indien de uitkeringsgerechtigde zijn inlichtingenplicht schendt en het niet of niet behoorlijk nakomen van die plicht heeft geleid tot het ten onrechte of tot een te hoog bedrag verlenen van bijstand. Het betreft een gebonden bevoegdheid van het college en daarmee een verplichting om de uitkering te herzien. De gedachte achter het invoeren van deze verplichting is dat er te veel afwijkingen waren tussen de gemeenten onderling met betrekking tot de vraag of er moest worden herzien en teruggevorderd en dat verplichte terugvordering bij verwijtbare handelingen van de uitkeringsgerechtigde het draagvlak van de sociale zekerheid zou vergroten.[486] Deze verplichting is met ingang van 1 januari 2013 ingevoerd in de Wet Werk en Bijstand en ongewijzigd voortgezet onder de Participatiewet.[487] Dit onderzoek zal zich beperken tot terugvorderingsbeschikkingen die tot stand zijn gekomen na 1 januari 2013.

Ingevolge artikel 54, lid 3, Pw kan het college ook om andere redenen (bijvoorbeeld het schenden van de medewerkingsplicht) het besluit herzien. Herziening betreft dan geen verplichting, maar een discretionaire bevoegdheid van het college. Blijkens het beperkte aantal uitspraken komt deze vorm van herziening nauwelijks voor.

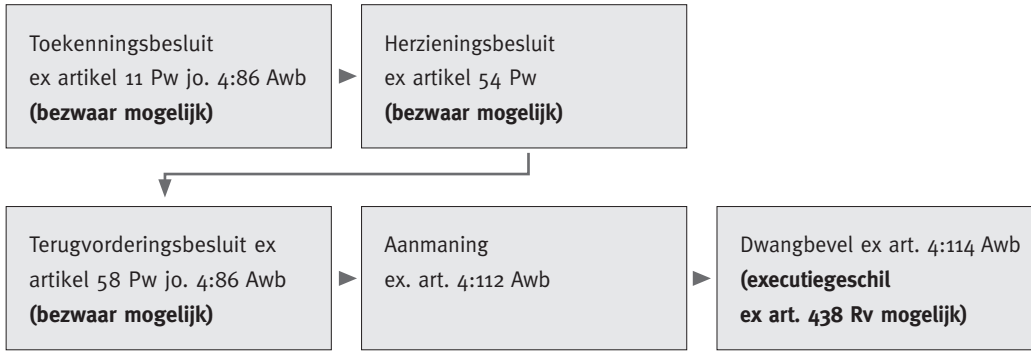
Nadat de uitkering is ingetrokken, volgt terugvordering. Artikel 58, lid 1, Pw bepaalt dat het college bij het door de uitkeringsgerechtigde schenden van de inlichtingenplicht (de plicht tot het volledig, tijdig en correct informeren van het college – artikel 17, lid 1, Pw), gehouden is om tot terugvordering over te gaan. In andere gevallen *kan* het college tot terugvordering overgaan (artikel 58, lid 2, Pw). Bij het intrekken van een uitkering bij wijze van sanctie betreft het in beginsel de toepassing van artikel 58, lid 1, Pw. Bij het intrekken van een uitkering om andere redenen (bijvoorbeeld een onjuiste berekening zijdens het college), betreft het in beginsel de toepassing van artikel 58, lid 2, Pw.

486 Kamerstukken II 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 6 en Kamerstukken II 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 11-12.

487 C.W.C.A. Bruggeman, R. Stijnen en J.C. de Wit, 'Kroniek van het gemeentelijk sociaal domein', Gst. 2017/53, onder 2.11.

Op grond van artikel 58, lid 8, Pw kan het college geheel of gedeeltelijk afzien van terugvordering indien daar dringende redenen voor aanwezig zijn. Het betreft een discretionaire bevoegdheid van het college.

Het besluit om een toekenningsbesluit te herzien is een betalingsbeschikking ex artikel 54 Pw waarbij de omvang van de aanspraak op bijstand wordt (her)bepaald. Het besluit om het teveel betaalde bedrag terug te vorderen is eveneens een betalingsbeschikking ex artikel 4:86 Awb waarbij het te veel betaalde bedrag als onverschuldigd betaald wordt teruggevorderd. De tenuitvoerlegging van de terugvordering geschiedt conform titel 4.4 Awb, met dien verstande dat de Pw enkele bijzondere verrekeningsbevoegdheden kent. Schematisch weergegeven ziet het proces er als volgt uit.



Voor de kwalificatie van de intrekking van een uitkering lijkt de lijn in de jurisprudentie van de CRvB veel op hetgeen Den Ouden, Jacobs en Verheij betogen ten aanzien van het karakter van de intrekking van subsidies (zie onder 4.2). In beginsel is de intrekking van een uitkering als reactie op een overtreding een sanctie met een reparatoir karakter, tenzij er meer wordt teruggevorderd dan de belanghebbende in de rechtmatige toestand zou hebben mogen ontvangen. In dat geval wordt het een punitieve sanctie. Zo oordeelde de CRvB onder de vigeur van de WWB dat:

> *"[...] het ervoor moet worden gehouden dat op grond van artikel 58, eerste lid, van de WWB – ook in situaties als deze – niet meer kan worden teruggevorderd dan per saldo ten onrechte aan bijstand is verleend. Daarnaast kan er niet aan voorbij worden gezien dat een besluit tot terugvordering van ten onrechte gemaakte kosten van bijstand, ook als dit besluit is genomen op grond van artikel 58, eerste lid, van de WWB, reparatoir van aard is en dus niet gericht op leedtoevoeging (sanctionering), maar op herstel in de rechtmatige toestand zoals die zou hebben bestaan indien appellanten van meet af aan de juiste inlichtingen hadden verstrekt over hun woon- en leefsituatie."*[488]

488 CRvB 15 maart 2016, USZ 2016/155 m.nt. H.W.M. Nacinovic, CRvB 11 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3681, zie ook: CRvB 16 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL5726.

Deze lijn heeft de CRvB gecontinueerd onder de vigeur van de Pw[489] en hanteert de CRvB ook voor andere intrekkingen (zoals bijvoorbeeld de Wet WIA[490]). Behelst de herziening en terugvordering meer dan dat deel dat de belanghebbende ten onrechte heeft ontvangen, dan draagt de terugvordering voor het meerdere een punitief karakter:

> *"4.7.1. De Raad overweegt dienaangaande eerst het volgende. Het gaat hier om een verlaging die, nu deze samengaat met volledige terugvordering van de ten onrechte verleende bijstand, een punitief karakter heeft."*[491]

Interessant verschil tussen de lijn van de CRvB bij de intrekking en terugvordering van uitkeringen en de eerder geschetste lijnen van de ABRvS en het CBb ten aanzien van subsidies is dat niet vereist is dat de belanghebbende aantoont dat hij de uitkering die wordt teruggevorderd, die hij in een rechtmatige situatie gewoon zou hebben gekregen, daadwerkelijk heeft benut voor zijn inkomensvoorziening, terwijl het bij subsidies voor het aannemen van een punitief karakter van een terugvordering een vereiste is dat de subsidiabele activiteit ook daadwerkelijk is uitgevoerd. Dat is overigens goed te verklaren nu er geen verantwoordingsplicht is voor de wijze waarop een uitkering wordt besteed, terwijl die er wel is bij subsidies.

De intrekking van een uitkering is dus in beginsel een reparatoire sanctie. Indien echter ook dat deel van de uitkering wordt teruggevorderd waar de ontvanger in de rechtmatige toestand wel recht op zou hebben gehad, dan is er sprake van een punitieve sanctie.

Omdat herziening van een uitkering vanwege schending van de inlichtingenplicht een verplichting is voor het bevoegd gezag, waarbij er bovendien geen wettelijke bepaling is die het bestuursorgaan toestaat om in bijzondere omstandigheden af te zien van herziening, speelt evenredigheid in het kader van de herzieningsbeschikking geen rol.[492] Bij discretionaire herziening (schending van de medewerkingsplicht) kan evenredigheid van de herziening wel een rol spelen. Daarbij merk ik echter op dat herzieningen in verband met het niet nakomen van de medewerkingsplicht zeer

489 CRvB 15 maart 2016, AB 2016/459, m.nt. R. Stijnen.

490 CRvB 5 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4060: "De in geding zijnde toepassing van artikel 77 van de Wet WIA is reparatoir van karakter. Met het besluit wordt de uitkeringssituatie van appellant in overeenstemming met de wet gebracht. Van enige leedtoevoeging is geen sprake."

491 CRvB 26 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1627, zie ook: CRvB 21 juli 2015, AB 2015/333, m.nt. R. Stijnen, USZ 2015/317, m.nt. M. Koolhoven.

492 Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 2 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2933 en Rb. Gelderland 27 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:441.

schaars zijn. In de gepubliceerde jurisprudentie heb ik daarvan twee gevallen aangetroffen,[493] waarbij in beide gevallen de evenredigheid van het besluit niet ter discussie stond.

5.3 Verhouding tussen het herzien en het terugvorderen

Gelijk bij de intrekking en terugvordering van subsidies geldt bij uitkeringen ook dat sinds de invoering van de vierde tranche er zonder een voorafgaand herzieningsbesluit geen terugvorderingsbesluit kan zijn. In het herzieningsbesluit wordt immers vastgesteld dat er onverschuldigd is betaald. Zonder die vaststelling is het niet mogelijk om het teveel betaalde bedrag terug te vorderen.[494]

Anders dan bij de lasten onder dwangsom en bestuursdwang (en gelijk als bij subsidies), vindt het opleggen van de sanctie (het herzien) en de effectuering daarvan (het terugvorderen) doorgaans gelijktijdig plaats in een combi-beschikking. Daarmee wordt een groot deel van het leed dat is geschetst in de hoofdstukken van dit proefschrift aangaande de lasten onder dwangsom en bestuursdwang de belanghebbende bespaard. Immers, hoewel sommige onderwerpen in de herzieningsbeschikking aan de orde moeten komen en andere in de terugvorderingsbeschikking, maakt het in gevallen waar de beschikkingen gelijktijdig in dezelfde brief worden bekendgemaakt weinig uit als de belanghebbende de argumenten per abuis tegen de terugvorderingsbeschikking aanvoert. Zo er al een duidelijk onderscheid wordt gemaakt in het schrijven van de overheid, is de bestuursrechter in ieder geval coulant in de interpretatie van de bezwaar- en beroepsgronden.[495]

Het gebrek aan een scherp onderscheid tussen het besluit tot herziening enerzijds en het besluit tot effectuering daarvan anderzijds verklaart ook dat aan de verhouding tussen de intrekkingsbeschikking en de terugvorderingsbeschikking geen aandacht is besteed in de wetenschappelijke literatuur. Klosse en Vonk besteden er in hun handboek beperkt aandacht aan in zoverre dat zij het onderscheid tussen herziening, terugvordering en de feitelijke invordering wel maken, maar verder volstaan zij met het kenmerken van de terugvorderingsbeschikking als weinig meer dan het besluit "*waarin wordt bepaald welk bedrag de betrokken moet terugbetalen aan de uitkeringsinstelling*".[496] Het terugvorderingsbesluit komt eveneens niet zelfstandig aan de orde in kronieken of andere publicaties in het sociale zekerheidsrecht.[497] Een beschouwing

493 Rb. Den Haag 24 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3125 en Rb. Den Haag 13 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3974.

494 Vergelijk: Rb. 's-Gravenhage, 11 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX3435.

495 CRvB 20 januari 2016, AB 2016/225, m.nt. T.N. Sanders, USZ 2016/112, m.nt. M. Koolhoven, Gst. 2016/56, m.nt. L.J.M. Timmermans.

496 S. Klosse en G.J. Vonk, Socialezekerheidsrecht, (Deventer, 2014), p. 306-307.

497 C.W.C.A. Bruggeman, R. Stijnen en J.C. de Wit, 'Kroniek van het gemeentelijk sociaal domein', Gst. 2017/53.

van de literatuur aangaande het sociale zekerheidsrecht leidt mij dan ook tot de conclusie dat de verhouding tussen het herzienings- en het terugvorderingsbesluit, dan wel de verdeling van de onderwerpen over deze onderwerpen, beperkt aandacht heeft gekregen in de wetenschap.

Evenals bij subsidies komt het ook bij uitkeringen voor dat sommige bestuursorganen ervoor kiezen om de herzieningsbeschikking en de terugvorderingsbeschikking los van elkaar te nemen en apart bekend te maken. Het komt – net zoals bij subsidies – dus ook voor dat de belanghebbende te laat is en tevergeefs tegen de terugvordering opkomt in plaats van tegen de herziening. De bestuursrechter treedt dan niet meer in de beoordeling van de herziening en werpt de belanghebbende de formele rechtskracht tegen.[498]

De verdeling van de onderwerpen over de herzienings- en terugvorderingsbeschikkingen is als volgt:

Herzieningsbeschikking	Terugvorderingsbeschikking
Overtreding	Effectuering
Rechtvaardigingsgronden	Evenredigheid
Evenredigheid sanctie	
Overtrederschap	

5.4 Terugvordering als uitgangspunt en het (gedeeltelijk) afzien van terugvordering

Ik stel voorop dat, gelijk de verhouding tussen het besluit tot herziening en het besluit tot terugvordering (alsook de verdeling van de onderwerpen tussen beiden), het terugvorderingsbesluit als op zichzelf staand besluit weinig aandacht krijgt in de wetenschappelijke literatuur. In de literatuur worden de herziening en de terugvordering vaak in één adem genoemd en, hoewel de herziening en de evenredigheid daarvan belangstelling geniet vanuit de wetenschap (zie ook onder 4.2), wordt de terugvordering als zodanig niet zelfstandig behandeld. Dat is goed te begrijpen: voor

498 Zie bijvoorbeeld: Rb. Overijssel 14 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3357 en Rb. Noord-Holland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4382: "Met verweerder is de rechtbank van oordeel dat het besluit tot herziening en intrekking, dat genomen is op grond van artikel 54, derde lid, van de Pw, in rechte onaantastbaar is geworden. De rechtbank wijst in dit verband op de uitspraak van de Raad van 3 december 2002 (ECLI:NL:CRVB:2002:AF3034). Uit deze uitspraak volgt voor de onderhavige zaak dat hetgeen door eiser wordt aangevoerd teneinde zijn neveninkomsten in de periode 1 mei 2014 tot en met 9 februari 2015 aan te tonen, betrokken had moeten worden bij de toetsing van het besluit tot beëindiging en intrekking, en niet bij de toetsing van het besluit tot terugvordering. Gelet hierop kan hetgeen eiser heeft aangevoerd niet alsnog betrokken worden bij de toetsing van het besluit tot terugvordering, dat genomen is op grond van artikel 58, eerste lid, van de Pw."

het sociaal zekerheidsrecht is het voornamelijk interessant wat er bij de herzieningsbeschikking gebeurt. De terugvorderingsbeschikking lijkt vanuit dat perspectief dus weinig meer dan de technische uitvoering van de herzieningsbeschikking. Het gebrek aan literatuur leidt ertoe dat dit deel van het onderzoek enkel gebaseerd is op de rechtspraak.

Het besluit tot terugvordering is ondanks zijn afhankelijke karakter een zelfstandig besluit waar een zelfstandige ex nunc belangenafweging dient plaats te vinden. Het toetsingskader bij terugvordering wordt – aldus de wetgever – primair gevormd door het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb en het evenredigheidsbeginsel van 3:4 Awb.[499] In het kader van de terugvordering kan uiteraard ook een beroep worden gedaan op andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel,[500] maar de beginselen van zorgvuldigheid en evenredigheid vormen het leeuwendeel van de ingeroepen beginselen bij de terugvordering van uitkeringen.

Vrijwel alle gepubliceerde uitspraken over terugvorderen op grond van de Pw betreffen terugvorderingen vanwege de schending van de inlichtingenplicht. Bij deze terugvorderingen is zowel de herziening van het toekenningsbesluit als de terugvordering een gebonden bevoegdheid. Bij een gebonden bevoegdheid is er geen ruimte voor een evenredigheidstoetsing op grond van artikel 3:4 Awb. Immers, de wetgever heeft de te verrichten belangenafweging reeds bij het vaststellen van de verplichting verricht zodat "*uit een wettelijk voorschrift* […] *een beperking voortvloeit*" als bedoeld in artikel 3:4 Awb. Er vindt bij dergelijke terugvorderingen dus strikt genomen geen enkele evenredigheidstoetsing plaats (die heeft de wetgever immers al verricht), zodat in feite nooit zou kunnen worden afgezien van terugvordering vanwege de belangen van de overtreder. In sommige gevallen blijkt overigens (ten onrechte) ook bij terugvordering op grond van de schending van de inlichtingenplicht een evenredigheidstoets te worden verricht.[501]

De Pw kent echter wel nog een drukventiel bij de gebonden terugvordering. Op grond van artikel 58, lid 8, Pw kan worden afgezien van terugvordering bij "*dringende redenen*". Het discretionaire karakter van die bevoegdheid zorgt ervoor dat er in dat kader feitelijk toch nog een (beperkte) belangenafweging plaatsvindt. Klosse en Vonk constateren mijns inziens terecht dat hoewel de bepaling een ruime mate van beleidsvrijheid lijkt te impliceren, dit feitelijk niet het geval is.[502] Toch overweegt de CRvB over de toetsing van of er sprake is van dringende redenen dat het:

499 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 28-29.

500 Rb. Den Haag 2 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5972 en Rb. Noord-Holland 18 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7834.

501 Rb. Zeeland-West-Brabant 7 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3635. Zie in gelijke zin: Rb. Zeeland-West-Brabant 8 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8722.

502 S. Klosse en G.J. Vonk, Socialezekerheidsrecht, (Deventer, 2014), p. 308.

> *"een individuele afweging van alle relevante omstandigheden* [...] *betreft.*[503]

In het kader van de toetsing van de dringende redenen kunnen omstandigheden aan de orde komen die terugvordering toch onevenredig maken en daarmee een dringende reden opleveren. Een mooi voorbeeld van hoe deze systematiek werkt is te vinden in een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 28 april 2016:

> "[...] *Omdat de beslissing tot intrekking en terugvordering een gebonden bevoegdheid is, kan het beroep van eisers op de in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) neergelegde beginselen van belangenafweging en evenredigheid niet slagen. De rechtbank is daarnaast niet gebleken van dringende redenen op grond waarvan verweerder geheel of gedeeltelijk van terugvordering had moeten afzien.* [...] *Dat eiseres, zoals zij stellen, gezondheidsproblemen hebben, levert niet een dergelijke dringende reden op."*[504]

Ondanks dat er geen evenredigheidstoets wordt uitgevoerd, worden de gezondheidsproblemen van de eisers toch betrokken bij de toetsing van of er sprake is van dringende redenen. Het ontbreken van een verwijtbaarheidstoets betekent dat ook geen aanleiding is om niet terug te vorderen als "[h]*et* [...] *niet ter discussie* [staat] *dat appellant geen verwijt treft* [en] *dat het* [bestuursorgaan] *onverschuldigd* [...] *heeft betaald*."[505]

Voor alle terugvorderingen geldt dat het college daarvan kan afzien in die gevallen dat er sprake is van dringende redenen ingevolge artikel 58, lid 8, Pw. De CRvB kent een standaardoverweging voor beantwoording van de vraag wanneer daar sprake van is.

> "*4.5.* [...]. *Dringende redenen als bedoeld in artikel 58, achtste lid, van de PW om van terugvordering af te zien kunnen slechts zijn gelegen in onaanvaardbare sociale en/of financiële gevolgen van een terugvordering van een betrokkene. Het moet dan gaan om incidentele gevallen, waarin iets bijzonders en uitzonderlijks aan de hand is en waarin een individuele afweging van alle relevante omstandigheden plaatsvindt."*[506]

503 CRvB 17 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1796.

504 Rb. Rotterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3164 en Rb. Den Haag 31 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9098.

505 CRvB 19 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2612 – een zaak in het kader van de Ziektewet, welke wet eveneens voorziet in een gebonden terugvordering behoudens 'dringende redenen'.

506 CRvB 31 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:491.

5.4.1 Onaanvaardbare sociale gevolgen

Onder onaanvaardbare sociale gevolgen wordt verstaan onaanvaardbare fysieke of sociale gevolgen voor de uitkeringsgerechtigde of zijn of haar naasten. De enkele leeftijd en gezondheid van de uitkeringsgerechtigde zijn onvoldoende om te concluderen dat er sprake is van dringende redenen.[507] De drempel voor het aannemen van onaanvaardbare sociale gevolgen ligt in algemene zin (zeer) hoog. Als een overtreder al aannemelijk weet te maken dat bepaalde omstandigheden zich voordoen (de enkele stelling dat dit het geval is, is uiteraard onvoldoende[508]), dan nog is de drempel nagenoeg onoverkoombaar. Illustratief hiervoor is een uitspraak van de rechtbank Den Haag:

> *"In de medische toestand van eiseres liggen geen dringende redenen besloten zoals hiervoor bedoeld. Niet gebleken is dat de terugvordering een zo grote belasting voor eiseres betekent dat er sprake is van levensbedreigende omstandigheden."* [509]

Het spreekt voor zich dat van levensbedreigende omstandigheden niet snel sprake zal zijn bij een besluit dat ziet op financiële verstrekkingen – mede in acht genomen het feit dat de beslagvrije voet moet worden gerespecteerd bij de effectuering van het besluit (zie hierna). Vaak speelt daarbij een rol dat het moeilijk is om aan te tonen dat fysieke of psychische klachten (die zich bij de ontvangers van uitkeringen niet zelden voordoen) (i) voldoende ernstig zijn en (ii) het gevolg zijn van de terugvordering. Zo overwoog de CRvB bijvoorbeeld:

> *"4.9. In het geval van appellant is* [geen sprake van een dringende reden]. *Appellant heeft niet aannemelijk gemaakt dat zijn kennelijk reeds bestaande hartklachten zijn toegenomen als gevolg van het besluit tot terugvordering van 26 september 2012 én dat die toename heeft geleid tot een onaanvaardbaar sociaal gevolg als vorenbedoeld. De door appellant ingebrachte verklaring van 5 november 2012 van zijn huisarts biedt daarvoor geen toereikende grondslag."* [510]

In de rechtspraak komen ogenschijnlijk schrijnende gevallen voor waarbij de psychische druk van een omvangrijke terugvordering op een minvermogende begrijpelijkerwijs zwaar lijkt te wegen, zodanig zwaar dat de overtreder soms leidt aan suïcidale neigingen.[511] Ook dat is echter geen dringende reden. Zelfs al verklaart de behandelend psycholoog dat bij de overtreder "*bij een toename van zorgen rondom de financiële*

507 Rb. Rotterdam 10 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7288.
508 CRvB 17 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1796.
509 Rb. Den Haag 21 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4322.
510 CRvB 17 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:423.
511 Rb. Zeeland-West-Brabant, 22 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2705.

situatie (negatieve uitslag rechtszaak) paniek/wanhoop kan toeslaan en dat daarbij ook gedachten aan suïcide kunnen ontstaan" leidt niet tot de conclusie dat er sprake is van dringende redenen.[512] Gelet op deze hoge drempel is het weinig verwonderlijk dat ik in de gepubliceerde jurisprudentie geen gevallen van een door de bestuursrechter gehonoreerd beroep op onaanvaardbare sociale gevolgen heb weten aan te treffen.

5.4.2 *Onaanvaardbare financiële gevolgen*

De kans dat een overtreder onaanvaardbare financiële gevolgen aannemelijk zal kunnen maken is blijkens de jurisprudentie nog kleiner dan dat hij onaanvaardbare sociale gevolgen aannemelijk weet te maken. Dit komt omdat de bestuursrechter vrijwel blindelings verwijst naar het bestaan van de beslagvrije voet die 'de scherpe kantjes' van de terugvordering eraf haalt.[513] Zelfs bij gestelde 'broodnood' is er geen aanleiding om nader onderzoek te doen naar dringende redenen.[514] Illustratief is een uitspraak van de CRvB van 17 februari 2015:

> *"Financiële problemen vormen in het algemeen geen dringende redenen als vorenbedoeld. Appellant heeft in verband met zijn aanzienlijke schulden reeds de bescherming van de regels over de beslagvrije voet als neergelegd in artikel 475b tot en met 475e van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Volgens zijn verklaring is hij, met inachtneming van de beslagvrije voet, in elk geval in staat in de meest noodzakelijke levensbehoeften te voorzien. Daar doet niet aan af dat appellant niet in staat is zijn schulden aan het college af te lossen. Appellant kan te zijner tijd aan het college verzoeken om kwijtschelding van die schulden. Van een onaanvaardbare financiële situatie als vorenbedoeld is dus ook geen sprake."*[515]

Een vaker voorkomende overweging van de CRvB is de volgende:

> "[om dringende redenen aan te nemen] *moet* [er] *iets bijzonders en uitzonderlijks aan de hand zijn. Daarbij is van belang dat financiële gevolgen van een besluit tot terugvordering zich in het algemeen pas voordoen indien daadwerkelijk tot invordering wordt overgegaan. In dat kader heeft de betrokkene als schuldenaar bescherming, of kan zij deze zo nodig inroepen, van de regels over de beslagvrije voet als neergelegd in de artikelen 475b tot en met 475e van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). De door betrokkene naar voren gebrachte*

512 CRvB 18 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:902.
513 CRvB 17 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1796.
514 Rb. Rotterdam 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1131.
515 CRvB 17 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:423.

problematiek, die vooral ziet op de schulden en de daaraan verbonden aflossingen, maakt niet dat sprake is van dringende redenen, zoals hier bedoeld."[516]

Hoe verstrekkend dit uitgangspunt kan zijn toont een uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 22 april 2016 aan:

"12. Eiseres heeft aangevoerd dat er sprake is van dringende redenen. Eiseres heeft daarbij gewezen op de omstandigheid dat zij al ruim dertien jaar op bijstandsniveau leeft en daarom geen reserves op heeft kunnen bouwen om het terugvorderingsbedrag te kunnen voldoen. Daarnaast zal eiseres – gelet op haar persoonlijke omstandigheden – ook nimmer in staat zijn om nog een inkomen te genereren. Eiseres heeft er ten slotte op gewezen dat zij betalingsachterstanden heeft.

13. De rechtbank is van oordeel dat hetgeen eiseres heeft aangevoerd, geen dringende reden oplevert op grond waarvan het college af had moeten zien van terugvordering van de ten onrechte verstrekte bijstandsuitkering. De rechtbank wijst er in dit verband nog op dat bij de invordering of verrekening de aflossingsbedragen in die zin moeten worden vastgesteld dat eiseres blijft beschikken over de beslagvrije voet, bedoeld in artikel 475d van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, welke als regel voldoende bescherming biedt om in het levensonderhoud te kunnen blijven voorzien."[517]

Het gegeven dat iemand nog (vele) jaren gedwongen zal worden om op 90% van de bijstandsnorm (de beslagvrije voet) te leven, is onvoldoende om te kwalificeren als dringende redenen. Wat hieraan opvalt is dat eventuele onaanvaardbare financiële gevolgen van de terugvordering door de bestuursrechter in feite naar de civiele rechter (of het kwijtscheldingsbesluit) wordt doorgeschoven. Dat volgt ook uit de preambule van de redenering van de CRvB in de reeds geciteerde uitspraak van 11 januari 2016 waarin de CRvB overweegt dat "*van belang* [is] *dat financiële gevolgen van een besluit tot terugvordering zich in het algemeen pas voordoen indien daadwerkelijk tot invordering wordt overgegaan*", waarbij de CRvB met invordering de feitelijke effectuering bedoelt.

5.4.3 Andere onaanvaardbare gevolgen

Hoewel de CRvB overweegt dat van onaanvaardbare gevolgen slechts sprake kan zijn in het geval van onaanvaardbare sociale en/of financiële gevolgen, blijkt er

516 CRvB 11 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:10, Rb. Den Haag 21 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:722, in gelijke zin: Rb. Rotterdam 23 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:343 en Rb. Gelderland 28 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2340.

517 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2700.

toch nog een (kleine) restcategorie te zijn van andere betogen die wel in het kader van de dringende redenen worden getoetst maar die niet in de eerder genoemde categorieën vallen. Daarbij kan gewezen worden op de mogelijkheid dat het bestuursorgaan verwijtbaar heeft gehandeld door bijvoorbeeld administratieve fouten te maken of niet te reageren op vragen van de uitkeringsgerechtigde.[518] Dat is echter geen aanleiding om een dringende reden aan te nemen. Ook het feit dat de overtreder alsnog de rechtmatige situatie heeft hersteld door nu wel aan zijn verplichtingen te voldoen is onvoldoende om aan te nemen dat er sprake is van dringende redenen.[519]

5.5 Tussenconclusie

De terugvorderingsbeschikking bij een uitkering behelst de ten uitvoerlegging van een reparatoire sanctie, het besluit tot intrekken van een verleende uitkering bij wijze van sanctie. De terugvordering van een uitkering heeft dan ook in de regel het karakter van de intrekking van de uitkering, te weten: reparatoir. Een terugvorderingsbeschikking kan, net zoals het besluit tot intrekken van een uitkering, evenwel een punitief karakter hebben indien er meer wordt teruggevorderd dan het bedrag waarop de uitkeringsgerechtigde onder normale omstandigheden recht op zou hebben gehad.

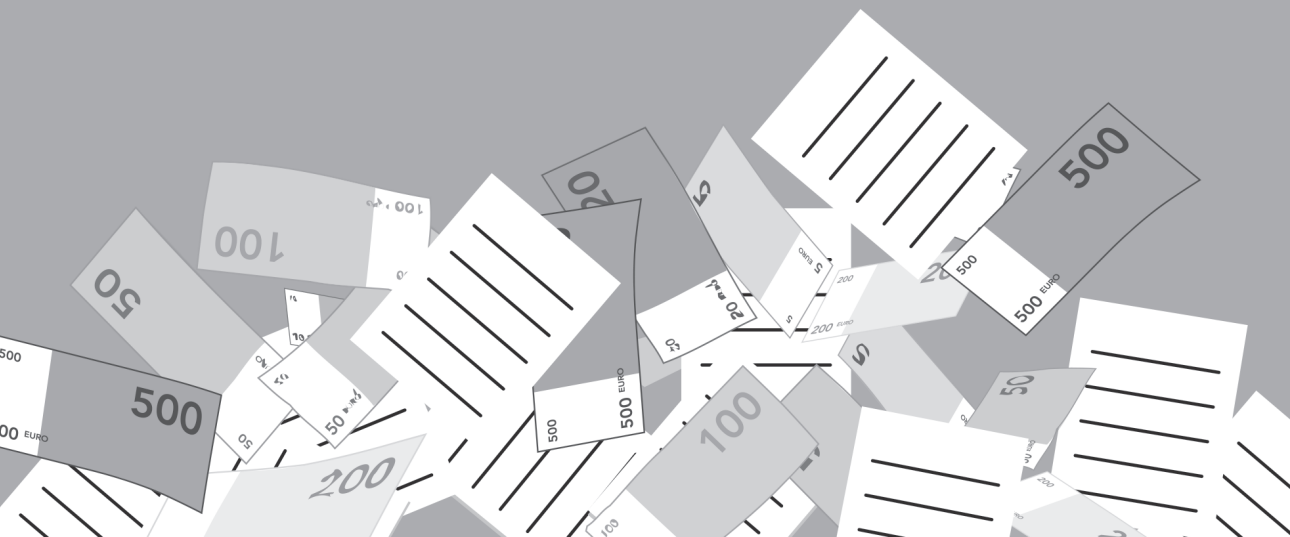
Tussen het herzieningsbesluit en de terugvorderingsbeschikking is een verdeling gemaakt van de onderwerpen die in elk besluit aan de orde kunnen komen. In de praktijk blijkt dit doorgaans geen grote problemen op te leveren omdat de twee besluiten vaak gezamenlijk in één brief worden opgenomen. Het komt echter wel voor dat de twee besluiten in aparte brieven zijn opgenomen. In die gevallen is er sprake van een knelpunt. In die gevallen is de bestuursrechter namelijk strikt en wordt de overtreder de formele rechtskracht van het herzieningsbesluit tegengeworpen indien hij daar niet tijdig tegenop is gekomen.

De terugvordering van een uitkering is een gebonden bevoegdheid. Het bestuursorgaan is dus verplicht om terug te vorderen. Afzien van terugvordering is slechts mogelijk als er sprake is van ‘dringende redenen’. Van dringende redenen kan, blijkens de rechtspraak, sprake zijn indien terugvordering leidt tot onaanvaardbare sociale, financiële of andere gevolgen. Er is mij geen geval gebleken waarin een bestuursrechter aannam dat er een dringende reden was om af te zien van terugvordering.

518 Rb. Rotterdam 22 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6971, zie ook: Rb. Oost-Brabant 10 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7033 voor eenzelfde overweging.

519 Rb. Rotterdam 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9061.

6



6. DE INVORDERING VAN BESTUURLIJKE BOETES

De bestuurlijke boete kent een bijzondere positie binnen dit onderzoek. Het is namelijk de enige sanctie die altijd punitief is. Over het karakter daarvan bestaat geen twijfel. De bestuurlijke boete wordt in artikel 5:40 Awb immers gedefinieerd als "*de bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom*" terwijl de wetgever zelf opmerkt dat de bestuurlijke boete "*in ieder geval*" punitief van aard is.[520] In de literatuur bestaat hier verder ook geen discussie over.[521]

Een boetebeschikking zal in de regel niet alleen het besluit als bedoeld in artikel 5:52 Awb (het besluit om een boete op te leggen) bevatten, maar ook het besluit als bedoeld in artikel 4:86 Awb (het besluit om een geldschuld vast te stellen en in te vorderen). Dat dit het uitgangspunt is blijkt ook uit de toelichting op titel 5.4 Awb. Zo overweegt de wetgever:

> *"Opgemerkt zij nog, dat de oplegging van een boete tevens een bestuursrechtelijke geldschuld creëert, zodat de beschikking tevens moet voldoen aan de eisen genoemd in* [artikel 4:86, lid 2, Awb]*."*[522]

Hieruit zou men kunnen afleiden dat een boetebeschikking ook altijd een betalingsbeschikking is en daarmee dat het besluit tot effectuering van een boete per definitie nooit zelfstandig kan worden gezien van het besluit tot oplegging daarvan. Michiels, Blomberg en Jurgens lijken van oordeel dat een apart effectueringsbesluit bij een bestuurlijke boete in het geheel niet noodzakelijk is "*vanwege het strafkarakter*" van de boete, maar die stelling onderschrijf ik niet.[523] Het strafkarakter van de boetebeschikking betekent immers niet dat het bestuursorgaan ontslagen is van de verplichting om alvorens aan te manen eerst een betalingsbeschikking te nemen, terwijl een besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete niet gelijk ook een betalingsbeschikking hoeft te zijn. Dat blijkt ook uit een (zeldzaam) geval waarbij er een boetebeschikking bij het CRvB ter beoordeling voorlag waarin niet de betalingstermijn stond vermeld. Die beschikking was wél een boetebeschikking, maar geen betalingsbeschikking volgens het CRvB. Het CRvB oordeelde dat:

520 Kamerstukken II 2003-04, 29702, nr.3, p. 84.
521 Zie: C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas, Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief, Preadviezen VAR,(Den Haag, 2014).
522 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 150.
523 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 263.

> *"5.3.Met de besluiten van 5 november 2013 tot herziening van appellantes WW-uitkering, terugvordering van wat onverschuldigd aan haar is betaald en oplegging van een boete zijn geldschulden ontstaan als bedoeld in artikel 4:85, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb. Omdat het werkelijk door appellante te betalen bedrag van de terugvordering en de termijnen waarbinnen betaling moet plaatsvinden van de terugvordering en de boete in die besluiten niet zijn vastgesteld, zijn met die besluiten geen betalingsverplichtingen voor appellante in het leven geroepen. Dat is eerst gebeurd met de brieven van 18 en 19 november 2013."*[524]

Deze uitzondering bevestigt echter de regel: de bestuurlijke boete zal in vrijwel alle gevallen tevens een betalingsbeschikking als bedoeld in artikel 4:86 Awb zijn, zodat er vrijwel nooit een apart effectueringsbesluit nodig is. Dit fenomeen wordt mijns inziens verder versterkt door het feit dat de bestuurlijke boete altijd ziet op een reeds verrichte gedraging (zodat er niet nog een voorwaarde hoeft te worden vervuld voordat geëffectueerd kan worden) terwijl er geen (goede) reden is om niet gelijk in het boetebesluit ook een betalingstermijn op te nemen.

De bestuurlijke boete is dan ook de enige sanctie die bij dit onderzoek wordt betrokken waarbij het besluit tot opleggen van de sanctie en het besluit tot effectuering zodanig met elkaar verweven zijn dat een geval waarbij de twee besluiten niet tegelijkertijd in hetzelfde document zijn vervat als 'witte raaf' te kwalificeren is. Daarom doen zich bij de bestuurlijke boete veel van de problemen die in de eerdere hoofdstukken van dit proefschrift zijn gesignaleerd simpelweg niet voor. Een analyse van de verhouding tussen de beschikking tot oplegging van de sanctie en de tenuitvoerlegging daarvan zou dan ook gekunsteld zijn – het komt immers vrijwel nooit voor dat dit een relevant onderwerp is.

Een en ander wordt bevestigd door het feit dat, hoewel de bestuurlijke boete de afgelopen jaren tot significante hoeveelheden wetenschappelijke literatuur heeft geleid,[525] ik geen wetenschappelijke publicatie heb mogen aantreffen waarin het onderscheid tussen enerzijds het besluit tot oplegging van de bestuurlijke boete en anderzijds het besluit tot invordering van de bestuurlijke boete wordt gemaakt. Hoewel de wetenschap op het vlak van het subsidierecht en het sociale zekerheids

524 CRvB 20 januari 2016, AB 2016/225, m.nt. T.N. Sanders.

525 Zie bij wijze van voorbeeld: H. Nummerdor-Buijs en J.C. de Wit, 'De bestuurlijke boete in de Participatiewet na de uitspraken van de Centrale Raad van beroep bezien vanuit het perspectief van de wetgever, het bestuursorgaan, de rechter en de burger', Gst. 2016/101, A.B. Blomberg, 'De opmars van de bestuurlijke boete in het omgevingsrecht', TO 2017/2, pp. 82-89 en C.M. Saris, 'De bestuurlijke boete en de evenredigheidstoets, een lege huls?', NTB 2012/16.

recht eveneens weinig interesse heeft voor het effectueringsbesluit (zie onder 4.3, 4.4 en 5.3, 5.4), wordt in die gevallen ten minste het bestaan van een separaat effectueringsbesluit gesignaleerd. Dat is bij de bestuurlijke boete niet het geval.

Interessant om nog op te wijzen is dat ik verder geen jurisprudentie heb aangetroffen waarbij wordt betoogd dat de hoogte van de boete wellicht evenredig is, maar de effectuering daarvan in het concrete geval niet. Dat komt naar ik meen vanwege de indringende toetsing van de evenredigheid van een bestuurlijke boete op grond van artikel 5:46 Awb in het kader van de oplegging van een bestuurlijke boete die bovendien in beroep ex nunc wordt verricht door de bestuursrechter. Deze toets betekent dat de persoonlijke en financiële omstandigheden die effectuering van de boete zouden kunnen beletten (in tegenstelling tot bij de andere sancties) uitgebreid aan de orde kunnen komen en indringend worden getoetst in het kader van de oplegging. Sterker nog, in het kader van die toetsing moet bij de oplegging van de boete expliciet rekening worden gehouden met de verwijtbaarheid en de draagkracht van de overtreder.[526] Bijzondere vermelding in dit verband verdient mijns inziens de uitspraak van de CRvB van 25 september 2015 waarin de CRvB een wettelijk gefixeerde boete vanwege de geringe draagkracht van de appellant vernietigt (die, aldus de uitspraak, "*in de bijzondere situatie verkeert dat hij volstrekt geen inkomen – ook geen uitkering – en geen draagkracht heeft en dat hij daarom de premie voor de zorgverzekering niet kan betalen*").[527] Ook indien een overtreder lange tijd van de bijstandsnorm heeft geleefd (en nog moet leven) kan er aanleiding zijn voor de CRvB om een oplegde boete vanuit evenredigheidsperspectief te verminderen. Met andere woorden: de toetsing van de evenredigheid van de oplegging van de bestuurlijke boete is al zodanig indringend, terwijl de oplegging nagenoeg altijd gelijktijdig geschiedt met het besluit om de sanctie te effectueren, dat er eigenlijk geen enkele reden is om nog apart te ageren tegen de effectuering (voor zover de overtreder het – bij de bestuurlijke boete enigszins theoretische – onderscheid tussen de oplegging en de effectuering van een sanctie weet te maken).

Door het sterk afwijkende karakter van (de wijze waarop) de bestuurlijke boete wordt geëffectueerd heeft ook te gelden dat de derdebelanghebbende geen rol van betekenis speelt bij de effectuering (hoewel de derde-belanghebbende bij de oplegging van een bestuurlijke boete wel een rol kan spelen[528]). Niet voor niets dat Michiels, Blomberg en Jurgens over derden opmerken dat zij: "*alleen bij de herstelsancties* [kunnen] *opkomen tegen het niet-effectueren ervan*."[529]

526 CBb 2 september 2015, JOR 2015/300 m.nt. S.M.C. Nuijten en ABRvS 23 september 2015, AB 2016/302, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

527 CRvB 25 september 2015, AB 2015/425, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

528 ABRvS 6 oktober 2016, AB 2017/22, m.nt. R. Stijnen en ABRvS 6 oktober 2016, AB 2017/23, m.nt. R. Stijnen.

529 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 324.

Uit het voorgaande volgt echter dat – hoewel de bestuurlijke boete in theorie interessant vergelijkingsmateriaal zou moeten zijn in het kader van de effectuering – de bestuurlijke boete zodanig sterk afwijkt van de in dit onderzoek betrokken herstelsancties, dat van een zinnige vergelijking geen sprake kan zijn. Die afwijking is gelegen in zowel het bestraffende karakter van de sanctie, als de sterke verbondenheid van oplegging en effectuering, als vanwege de volle toets van de evenredigheid van de sanctie (in tegenstelling tot de beperkte toets bij de andere sancties). Om die reden zal de bestuurlijke boete niet worden betrokken in het verdere onderzoek.

7

7. SYNTHESE: EEN GEHARMONISEERD TOETSINGSKADER VOOR EFFECTUERINGSBESLUITEN?

7.1 Inleiding

In dit proefschrift zijn een vijftal in- en terugvorderingsbesluiten onderzocht. Dit zijn de besluiten strekkende tot invordering van een dwangsom, het kostenverhaal bij bestuursdwang, de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie, de terugvordering van een uitkering bij wijze van sanctie en de invordering van een bestuurlijke boete. In hoofdstuk 6 is de bestuurlijke boete uitgesloten van verder onderzoek vanwege het van de andere sancties sterk afwijkende karakter. In dit hoofdstuk worden de resultaten van het onderzoek ten aanzien van de resterende vier in- en terugvorderingsbesluiten samengebracht om tot een conclusie te komen over het antwoord op de vraag of er zich knelpunten voordoen bij de besluiten om te effectueren en zo ja, of die knelpunten op een praktische, effectieve en evenredige wijze kunnen worden verholpen.

Vooropgesteld, de belangrijkste overeenkomst tussen de te vergelijken besluiten is dat ze allemaal zien op de invordering van een bestuurlijke geldelijke herstelsanctie. Uit hoofdstukken 2 tot en met 5 van dit proefschrift blijkt verder dat het besluit om de sanctie te effectueren bij alle onderzochte sancties in beginsel hetzelfde karakter draagt als het sanctiebesluit. De in- en terugvorderingsbesluiten zijn dus (in beginsel) allemaal eveneens reparatoir.[530] Dit betekent dat de te vergelijken besluiten allemaal zien op de effectuering van een bestuurlijke geldelijke herstelsanctie en allemaal hetzelfde – herstellende – karakter hebben. Hieruit volgt dat het te verwachten zou zijn dat de toetsingskaders – en de materiële uitkomst van die kaders in concrete zaken – voor deze besluiten in belangrijke mate overeen zouden moeten komen. Immers, op voorhand lijkt niet goed verdedigbaar dat onder dezelfde omstandigheden wel van de invordering van een dwangsom zou moeten worden afgezien, maar niet van het kostenverhaal bij bestuursdwang, of de terugvordering van een subsidie.

Anderzijds erken ik dat de onderzochte sancties op veel vlakken uiteenlopen. Zo hebben sommige onderzochte sancties doorgaans een voorwaardelijk karakter waarbij de overtreder het daadwerkelijk moeten betalen van de sanctie kan voorkomen (last onder dwangsom en last onder bestuursdwang), terwijl de intrekking van een subsidie of de herziening van een uitkering doorgaans onvoorwaardelijk zullen zijn. Daar kan

530 Zie voor de uitzonderingen de desbetreffende hoofdstukken.

de overtreder het verschuldigd raken van de geldschuld niet voorkomen. Verder zal de verhouding tussen een overtreder die een bouwwerk in strijd met het bestemmingsplan gebruikt en het college van burgemeester en wethouders van de gemeente, anders zijn dan de verhouding tussen het Fonds voor Podiumkunsten en het Nederlands DansTheater (om maar een dwarsstraat te noemen). Ik kan mij goed voorstellen dat die verhouding aanleiding geeft tot een andere afweging bij het al dan niet sanctioneren. Maar mijn hypothese is dat in de fase waarin de opgelegde sancties daadwerkelijk worden geëffectueerd, die verschillen zouden moeten verdwijnen. Het gaat namelijk in de kern genomen om exact hetzelfde: de invordering van een bestuursrechtelijke geldschuld die voortvloeit uit bestuurlijke geldelijke sanctie. Ik zie niet in dat de verschillen in de sancties ook een andere afweging bij de daadwerkelijke invordering zouden moeten rechtvaardigen.

Ik deel dan ook niet de opvatting van A-G Wattel (en anderen) dat het verschil in karakter tussen kostenverhaal en de invordering van een dwangsom er is en dat die zou moeten leiden tot het eerder afzien van invordering van een dwangsom dan van het afzien van kostenverhaal.

Vooropgesteld: ik onderschrijf dat er een verschil is tussen de aard van de onderzochte sancties. Dat er geen gemeenschappelijk toetsingskader is voor de oplegging van die sancties lijkt mij dan ook logisch. Dat een last onder dwangsom een wezenlijk andere sanctie is dan een last onder bestuursdwang en de intrekking van een subsidie onderschrijf ik. Ook deel ik de opvatting dat de last onder dwangsom en last onder bestuursdwang niet één op één te vergelijken zijn. Immers, bestuursdwang gaat (zie hoofdstuk 3) in essentie over het door de overheid verkrijgen van een titel om door feitelijk handelen een overtreding te beëindigen. Verdedigbaar is dat kostenverhaal daar slechts een bijkomende functie heeft. Dat is uiteraard anders bij de last onder dwangsom waar de invordering van de dwangsom de kern van de sanctie is: daar speelt de invordering een hoofdrol.

Echter, ik zie dat verschil in de aard van de sanctie niet meer als men eenmaal in de fase van de effectuering van de uit de sanctie voortvloeiende geldschuld zit. Volgens mij is de geldschuld die voortvloeit uit een bepaalde sanctie in feite niets meer dan de rekening. Ik zie niet in dat er een goede reden is om de rekening bij de ene herstelsanctie eerder te matigen dan bij de andere herstelsanctie. In de invorderingsfase is in mijn visie niet meer van belang dat de aard van de sanctie verschilt: in alle gevallen ligt er een rekening van de overheid aan de burger die in beginsel betaald zou moeten worden en dat feit acht ik doorslaggevend.

De opvatting van A-G Wattel dat kostenverhaal ‘schadevergoeding’ is en dat de invordering van een dwangsom ‘windfall profit’ voor de overheid is, acht ik dan ook te beperkt. Deze miskent volgens mij dat de overheid geen bedrijf is en dat

de invordering niet ten doel heeft om de overheid meer geld in de kas te bezorgen. Het doel van invordering is juist om de preventieve werking van de last (het gezag van de last) te beschermen en de overtreding te doen herstellen. Dat oogmerk (invordering dient het herstel is daarom in beginsel altijd verplicht) is in mijn visie voor alle sancties hetzelfde. Eenmaal de sanctie onvoorwaardelijk is en de geldschuld daadwerkelijk verschuldigd, zie ik daarom ook niet in dat er meer aanleiding is om coulanter te zijn bij een dwangsom dan bij het kostenverhaal of terugvordering.

Ik onderken daarbij dat daar anders over kan worden gedacht. Het is een discussie waar ik tamelijk rechtlijning en principieel in zit: een schuldenaar moet in beginsel betalen en de overtreder die een geldschuld uit een sanctie moet betalen al helemaal. Dat geldt voor mij voor alle sancties op gelijke wijze en in gelijke mate. Ik denk daarom dat, ondanks de verschillende karakters van de sancties, in de invorderingsfase die verschillen (zouden moeten) verdwijnen, zodat een gemeenschappelijk toetsingskader denkbaar is.

In dit hoofdstuk onderzoek ik deze hypothese. Daartoe inventariseer ik eerst de verschillen en overeenkomsten tussen de verschillende effectueringsbesluiten. Dat doe ik aan de hand van twee thema's. Ten eerste hoe de verhouding is tussen de sanctiebeschikking en de effectueringsbeschikking bij de verschillende sancties. Ten tweede hoe de afweging om de sanctie al dan niet te effectueren normatief is ingekaderd. Daarbij wordt onderzocht in hoeverre eventuele verschillen te rechtvaardigen zijn. Vervolgens wordt vastgesteld of er knelpunten zijn en zo ja, of die op praktische, effectieve en evenredige wijze kunnen worden opgelost.

7.2 De verhouding tussen de beschikkingen

De vier bij dit nader onderzoek betrokken herstelsancties kennen allemaal een getrapt proces. Eerst wordt er een sanctie opgelegd en vervolgens wordt de sanctie daadwerkelijk geëffectueerd. Dit getrapte proces is bij de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang duidelijker aanwezig dan bij de terugvordering van subsidies en uitkeringen bij wijze van sanctie. Dat komt omdat de sanctie bij een last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang (met uitzondering van spoedeisende bestuursdwang) een voorwaardelijk karakter heeft. Als gewoon aan de last wordt voldaan, dan kan de sanctie niet worden geëffectueerd. Niet elke last onder dwangsom of bestuursdwang wordt dus gevolgd door een invorderingsbeschikking of kostenverhaalsbeschikking. Dat is doorgaans anders dan bij de terugvordering van subsidies en uitkeringen. Naar aanleiding van de herziening of intrekking staat bij deze sancties immers al vast dat de geldschuld bestaat en is verschuldigd door de overtreder. In die gevallen zal dus – behoudens omissies of een welbewuste keuze om af te zien van de effectuering – het bestuursorgaan het herzienings- of intrekkingsbesluit simultaan nemen met het terugvorderingsbesluit. Daardoor is het getrapte karakter bij die beschikkingen vaak beperkter waarneembaar.

Uit dit onderzoek blijkt dat het getrapte proces bij alle sancties tot problemen leidt voor belanghebbenden die niet tijdig tegen de juiste beschikking in het proces opkomen. Een gemene deler bij de invordering van dwangsommen, het kostenverhaal bij bestuursdwang en de terugvordering van subsidies en uitkeringen bij wijze van sanctie (blijkens de rechtspraak) blijkt te zijn dat belanghebbenden opkomen tegen de verkeerde beschikking in het getrapte proces en vervolgens de formele rechtskracht van het eerdere besluit krijgen tegengeworpen. Daar waar het getrapte proces het duidelijkst is, doet dit probleem zich het sterkst voor (de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang). Hoewel de concentratiebepalingen in artikel 5:31c Awb en artikel 5:39 Awb dit effect enigszins dempen door waar mogelijk de invorderingsbeschikking en kostenverhaalsbeschikking 'mee te laten liften' met het bezwaar en/of beroep tegen de sanctiebeschikking (zie hierover ook onderdeel 8.6), blijkt uit de rechtspraak dat het regelmatig voorkomt dat een overtreder de formele rechtskracht van de sanctiebeschikking krijgt tegengeworpen in zijn beroep tegen de effectueringsbeschikking, zelfs in het geval dat vaststaat dat het sanctiebesluit onrechtmatig is. In onderdeel 2.8 heb ik onderzocht of het mogelijk is om dit knelpunt te ondervangen. Mijn conclusie is dat dit niet het geval is. Dit knelpunt is het directe gevolg van de rechtmatigheidsfictie. Die fictie is noodzakelijk om de rechtsgeldigheidsleer te beschermen. Die rechtsgeldigheidsleer is van belang uit het oogpunt van een goede rechtsmacht verdeling, de specialiteitsgedachte en de rechtszekerheid en is noodzakelijk voor het functioneren van het bestuursrecht en het civiele recht. Er is volgens mij geen oplossing denkbaar die niet (indirect) toornt aan de rechtsgeldigheidsleer en de daarmee gemoeide belangen.

De getrapte invordering en de formele rechtskracht barrière heeft tot gevolg dat het van belang is om scherp op het netvlies te hebben welke onderwerpen in welke beschikking aan de orde kunnen komen. Dat blijkt bij bijna alle beschikkingen goed mogelijk te zijn. De uitzondering daarop is de kostenverhaalsbeschikking bij bestuursdwang. Bij die beschikking is niet altijd even duidelijk of het overtrederschap en de redelijkheid van het kostenverhaal aan de orde moeten komen in de bestuursdwangbeschikking of de kostenverhaalsbeschikking. Dat is een knelpunt. Ik heb reeds in hoofdstuk 3 toegelicht hoe dat knelpunt mijns inziens ondervangen zou moeten worden. In de onderstaande tabel zijn per sanctie de volgende gegevens verzameld: (i) de vraag of het mogelijk en gebruikelijk is om de beschikking tot oplegging van de sanctie en de beschikking tot effectuering van de sanctie gelijktijdig in één brief (een 'combi-beschikking') bekend te maken; (ii) welke onderwerpen in de sanctiebeschikking aan de orde moeten komen en (iii) welke onderwerpen in de effectueringsbeschikking aan de orde moeten kom

	Combi-beschikking mogelijk?	Onderwerpen in sanctiebeschikking	Onderwerpen in effectueringsbeschikking
Invordering Dwangsom (art. 5:37 Awb)	Nee – maar wel concentratie-bepaling in art. 5:39 Awb	- Overtreding - Rechtvaardigings-gronden - Uitvoerbaarheid last - Begunstigingstermijn - Evenredigheid sanctie - Overtrederschap	- Overtreding last - Evenredigheid effectuering
Kostenverhaal bestuursdwang (art. 4:86 jo. 5:25 Awb)	Bij uitzondering (zeer spoed-eisende bestuurs-dwang) tevens concentratie-bepaling in art. 5:31c Awb	- Overtreding - Rechtvaardigings-gronden - Uitvoerbaarheid last - Begunstigingstermijn - (Evenredigheid sanctie) - (Overtrederschap)	- (Evenredigheid sanctie) - (Overtrederschap) - Overtreding last - Evenredigheid effectuering
Terugvordering Subsidie (art. 4:86 jo. 4:57 of 4:95 Awb	Ja	- Overtreding - Rechtvaardigings-gronden - Evenredigheid sanctie - Overtrederschap	- Evenredigheid effectuering
Terugvordering uitkering (art. 4:86 Awb jo. art. 58 Pw)	Ja	- Overtreding - Rechtvaardigings-gronden - Evenredigheid sanctie - Overtrederschap	- Evenredigheid effectuering

Uit deze inventarisatie blijkt dat de verdeling van de onderwerpen over de beschikkingen per sanctie op belangrijke punten van elkaar afwijkt. Dat lijkt samen te hangen met de aard van de betrokken sanctie en de mate waarin de sanctie een getrapt karakter heeft. Er is wel een patroon waar te nemen. De belangrijkste onderwerpen, zoals de vraag of de sanctie kan worden opgelegd, wat de hoogte van de sanctie is en de (eventuele) voorwaarden waaronder de geldsom verschuldigd is, komen aan de orde in de sanctiebeschikking. In de effectueringsbeschikking komen dan slechts nog aan de orde (i) of aan de voorwaarde voor het verschuldigd zijn van de sanctie (lees: de last) is voldaan (bij de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang) en (ii) of er, ondanks het verschuldigd zijn van de sanctie, een reden is waarom er niet kan worden ingevorderd (lees: of de effectuering van de sanctie evenredig is). Mist een belanghebbende zijn kans om gronden aan te voeren tegen de sanctiebeschikking, dan wordt hij bij alle sancties in de procedure tegen de effectueringsbeschikking geconfronteerd met de formele rechtskracht van de

sanctiebeschikking. De bestuursrechter is daar blijkens dit onderzoek streng in. Uitzondering vormt de kostenverhaalsbeschikking bij bestuursdwang. Daar lijkt de bestuursrechter soms coulant. Dit lijkt echter voornamelijk te komen doordat er twijfel mogelijk was over de vraag in welke beschikking de redelijkheid van het kostenverhaal aan de orde moet worden gesteld.

7.3 Hoe wordt het effectueringsbesluit genormeerd?

Het tweede thema is de wijze waarop het effectueringsbesluit materieel wordt genormeerd. Uit het onderzoek in hoofdstukken 2 tot en met 5 blijkt dat alle vier de effectueringsbesluiten in meer of mindere mate een plicht kennen om te effectueren, met daaraan gekoppeld een uitzondering voor niet nader gespecificeerde gevallen waarbij van de effectuering van de sanctie dient te worden afgezien. In de onderstaande tabel zijn per sanctie de volgende gegevens verzameld: (i) het antwoord op de vraag of de effectuering van de sanctie een bij de wet gebonden bevoegdheid betreft (ii) of de bevoegdheid in de rechtspraak materieel is genormeerd in de rechtspraak en (iii) wanneer moet worden afgezien van effectuering.

	Gebonden bevoegdheid?	Normatief kader in de rechtspraak?	Uitzondering?
Dwangsom	Nee	Beginselplicht om in te vorderen. *"2.8.1. Bij een besluit omtrent invordering van een verbeurde dwangsom, dient aan het belang van de invordering een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom. Steun voor dit uitgangspunt kan worden gevonden in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:37, eerste lid, van de Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 115). Hierin is vermeld 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."*[531]	Tenzij: Bijzondere omstandigheden

531 Voor het eerst overwogen in: ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5935 en ABRvS 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2587.

	Gebonden bevoegdheid?	Normatief kader in de rechtspraak?	Uitzondering?
Bestuurs-dwang	Nee	Kostenverhaal als regel. *"Ingevolge artikel 5:25 van de Awb gaan bestuursdwang en kostenverhaal als regel samen. Voor het maken van een uitzondering kan blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling onder meer aanleiding bestaan indien de aangeschrevene van de ontstane situatie geen verwijt kan worden gemaakt en bij het ongedaan maken van de met het recht strijdige situatie het algemeen belang in die mate is betrokken, dat de kosten redelijkerwijze niet of niet geheel voor rekening van de aangeschrevene behoren te komen. Ook andere bijzondere omstandigheden kunnen het bestuursorgaan nopen tot het geheel of gedeeltelijk afzien van het kostenverhaal. Daarnaast dient te worden afgewogen of de hoogte van de kosten van de bestuursdwang aanleiding geeft om daar geheel of gedeeltelijk van af te zien."*[532]	Tenzij: - Bijzondere omstandigheden - Ontbreken verwijtbaarheid & algemeen belang - Hoogte kosten

532 BRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1568.

	Gebonden bevoegdheid?	Normatief kader in de rechtspraak?	Uitzondering?
Subsidie	Nee	Schuldenaar dient te betalen. "*4.6. Het Zorgkantoor dient ook bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid tot terugvordering* [...] *rekening te houden met de in artikel 3:4 van de Awb neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging.* [De door appellant aangedragen] *omstandigheden maken niet dat geoordeeld moet worden dat het Zorgkantoor niet in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen. Voorop staat dat de schuldenaar de schulden dient te betalen (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 13). Dit geldt ook voor de persoon die als rechtsopvolger van de schuldenaar een schuld onder algemene titel verkrijgt en daarmee de schuldenaar wordt. Niet is gebleken dat de terugvordering bij appellant tot onaanvaardbare psychische gevolgen leidt. Ook kunnen de genoemde financiële gevolgen niet als onaanvaardbaar worden aangemerkt."*[533]	Tenzij: Terugvordering onaanvaardbare gevolgen heeft (psychisch, financieel of anders)

533 CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie.

	Gebonden bevoegdheid?	Normatief kader in de rechtspraak?	Uitzondering?
Uitkering	Ja (artikel 58, lid 1, Pw: "*Het college van de gemeente die de bijstand heeft verleend vordert de kosten van bijstand terug* […]"	Bestuursorgaan op grond van de Pw gehouden tot terugvordering. "*4.5. Wat in 4.4 is overwogen brengt mee dat het college op grond van artikel 58, eerste lid, van de PW eveneens was gehouden om de kosten van bijstand van appellante terug te vorderen.* […] *Dringende redenen als bedoeld in artikel 58, achtste lid, van de PW om van terugvordering af te zien kunnen slechts zijn gelegen in onaanvaardbare sociale en/of financiële gevolgen van een terugvordering van een betrokkene. Het moet dan gaan om incidentele gevallen, waarin iets bijzonders en uitzonderlijks aan de hand is en waarin een individuele afweging van alle relevante omstandigheden plaatsvindt.*" [534]	Tenzij: Artikel 58, lid 8, Pw: "*Indien daarvoor dringende redenen aanwezig zijn kan het college besluiten geheel of gedeeltelijk van terugvordering af te zien*" In de rechtspraak: als het besluit 'onaanvaardbare gevolgen' heeft (sociaal, financieel of anders)

Een van de vier effectueringsbevoegdheden (de terugvordering van uitkeringen) is een bij de wet gebonden bevoegdheid. De Participatiewet bepaalt namelijk dat het bestuursorgaan moet terugvorderen (bij het schenden van de inlichtingenplicht). De drie overige effectueringsbevoegdheden zijn – naar de letter van de wet – discretionair van aard. Het bestuursorgaan *kan* deze sancties effectueren maar is daar op grond van de Awb of de bijzondere wet niet toe verplicht. Van de drie discretionaire bevoegdheden is er één door de bestuursrechter ingekaderd door middel van een beginselplicht om de bevoegdheid toe te passen (de invordering van dwangsommen). De twee andere discretionaire bevoegdheden zijn door de bestuursrechter ingekaderd door middel van het uitgangspunt dat de schuldenaar in beginsel moet betalen (het kostenverhaal en de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie). Hieruit lijkt te volgen dat er een schaal is voor de mate waarin het bestuursorgaan gehouden is om te effectueren, afhankelijk van de sanctie. Deze schaal vat ik in de onderstaande tabel samen.

534 CRvB 31 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:491.

Mate waarin effectuering verplicht is		
'Uitgangspunt'	**'Beginselplicht'**	**Gebonden**
- Terugvordering subsidie - Kostenverhaal bestuurs-dwang	Invordering dwangsom	Terugvordering uitkering

Verdedigbaar is dat de ruimte om af te zien van effectuering evenredig zou moeten zijn aan de mate waarin het bestuursorgaan de vrijheid heeft om al dan niet te effectueren. Vanuit dat perspectief zou te verwachten zijn dat de gevallen waarin de bestuursrechter oordeelt dat afgezien dient te worden van de terugvordering van een uitkering bij wijze van sanctie (veel) schrijnender zouden moeten zijn dan de gevallen waarin de bestuursrechter oordeelt dat moet af worden gezien van de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie en dat de gevallen waarin afgezien moet worden van de invordering van een dwangsom schrijnender zijn dan de gevallen waarin moet worden afgezien van het kostenverhaal bij bestuursdwang.

Verrassend genoeg blijkt dat echter niet het geval te zijn. Bij de terugvordering van uitkeringen wordt wel aan het verwachtingspatroon voldaan in zoverre dat de verwachting van een (zeer) hoge drempel voor het alsnog afzien van effectuering vanwege het gebonden karakter van de bevoegdheid overeenstemt met de resultaten van dit onderzoek. Uit de – toch vrij omvangrijke jurisprudentie van de rechtbanken en de CRvB – is mij geen enkel geval bekend geworden van een geslaagd beroep op een dringende reden als bedoeld in artikel 58, lid 8, Pw. Dat past naar mijn mening echter goed bij het gebonden karakter van de terugvordering: er is geen ruimte voor een belangenafweging door het bestuursorgaan bij de effectuering zodat er, in de woorden van de CRvB, **"***iets bijzonders en uitzonderlijks aan de hand***"**[535] moet zijn wil er toch een plicht zijn om niet te effectueren.

De invordering van dwangsommen, de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie en het kostenverhaal bij bestuursdwang blijken echter zeer goed met elkaar te vergelijken qua (materieel) toetsingskader en qua uitkomsten – terwijl de standaard-overwegingen in de rechtspraak en de daarop geformuleerde uitzonderingen wel significant van elkaar afwijken. Dat acht ik een knelpunt. Het doet namelijk af aan de eenvoud (toegankelijkheid) en duidelijkheid (rechtszekerheid) van het recht zodat het niet voldoet aan mijn toetsingscriterium 'praktisch' (zie onderdeel 1.2). Zoals in de hypothese in de inleiding van dit hoofdstuk geformuleerd, is immers niet goed te rechtvaardigen dat (onder dezelfde omstandigheden), wel van kostenverhaal moet worden afgezien en niet van de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie. Dat verhoudt zich ook niet goed met de rechtseenheid en daarmee met de rechts-zekerheid.

535 Ibidem.

De veronderstelling dat de invordering van dwangsommen in verdere mate zou zijn gebonden dan het kostenverhaal bij bestuursdwang en de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie blijkt geen steun te vinden in de resultaten van dit onderzoek. Bij zowel de invordering van dwangsommen, de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie als het kostenverhaal bij bestuursdwang dient de overtreder in de kern genomen een (zeer) onevenredige uitkomst bij effectuering aannemelijk te maken om te kunnen bewerkstelligen dat de bestuursrechter oordeelt dat alsnog moet worden afgezien van effectuering. Of dat nu is dat de overtreding de overtreder bezwaarlijk kan worden tegengeworpen, dan wel dat de overtreder zodanig onevenredig hard wordt geraakt door effectuering dat zijn belang zwaarder moet wegen dan het algemene belang bij effectuering; het lijkt voor de materiële uitkomst van een zaak weinig uit te maken of het de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie, de invordering van een dwangsom of het kostenverhaal bij bestuursdwang betreft.

Om dit te illustreren zet ik hier de belangrijkste gevallen uit de rechtspraak op een rij waarin – ondanks dat de bestuurlijke geldelijke herstelsanctie verschuldigd was – de bestuursrechter tot de conclusie kwam dat deze niet mocht worden ingevorderd.

Ten eerste de krakers casus van de ABRvS.[536] Het betrof de bewoning van een bedrijfspand in strijd met het bestemmingsplan. De eigenaar van het bedrijfspand had ter voorkoming van het kraken het pand laten bewonen door anti-kraakwachten. Ten gevolge van de last onder dwangsom moest hij de bewoning door anti-kraakwachten beëindigen. Daarna werd het pand gekraakt en verbeurde de eigenaar de dwangsom. De ABRvS oordeelde dat omdat de krakers verklaarden zonder toestemming aanwezig te zijn, de eigenaar aangifte had gedaan van het kraken en de eigenaar geen huur ontving van de krakers, vaststond dat de eigenaar de verbeurte niet viel te verwijten zodat het ook niet redelijk was om deze in te vorderen. Het besluit tot invordering van de verbeurde dwangsom werd daarom vernietigd.

Ten tweede de hoarding casus van de ABRvS.[537] In die uitspraak nam de ABRvS een bijzondere omstandigheid aan die noopte tot matiging van de kosten van bestuursdwang met 50% in het geval van een appellant die hoarding-syndroom heeft (een ziekelijke verzamelwoede die zich kenmerkt door persisterende moeite om bezittingen weg te doen of er afstand van te nemen, ongeacht de werkelijke waarde). Daartoe overwoog de ABRvS dat de appellant "*geen doch in ieder geval een minder groot verwijt*" kon worden gemaakt ten aanzien van de overtreding en om die reden een matiging van het kostenverhaal met 50% redelijk was.

536 ABRvS 28 december 2016, AB 2017/48, m.nt. T.N. Sanders.
537 ABRvS 19 april 2017, AB 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.

Ten derde de bodemnorm casus van de rechtbank Almelo.[538] De rechtbank oordeelde toen in een geval waarin tussen de oplegging van de last onder dwangsom en het einde van de begunstigingstermijn een bodemonderzoeksnorm was gewijzigd, er aanleiding was voor matiging van de dwangsom wegens bijzondere omstandigheden. De overtreder had in dat geval de nieuwe bodemonderzoeksnorm toegepast in plaats van de aan hem in de dwangsombeschikking opgedragen oude bodemonderzoeksnorm. Daarbij achtte de rechtbank ook van belang dat verweerder niet voldoende tijdig informatie had verstrekt over de mogelijke oorsprong van een aangetroffen bodemverontreiniging, waardoor de overtreder pas vanaf het moment dat die informatie was verstrekt aan de lastgeving kon voldoen. Dit alles leidde volgens de rechtbank tot verminderde verwijtbaarheid zijdens de eiser. De slotsom was, aldus de rechtbank, dat de dwangsom van € 4.000,- onevenredig moest worden geacht en gematigd diende te worden tot € 2.000,-.

Ten vierde de hekwerk casus van de rechtbank Limburg. Daarin oordeelde de rechtbank dat er een bijzondere omstandigheid was die het bestuursorgaan had moeten nopen tot het (gedeeltelijk) afzien van het verhalen van de gemaakte kosten voor het door middel van bestuursdwang verwijderen van een hekwerk. De rechtbank nam aan dat het feit dat het voor een belangrijk deel aan het bestuursorgaan te wijten was dat er een gespannen toestand was ontstaan die extra veiligheidsmaatregelen noodzakelijk maakte (en dus hogere kosten), betekende dat de extra kosten – hoewel op zich noodzakelijk gelet op de omstandigheden – niet op de overtreder verhaald konden worden omdat het zou leiden tot een onevenredige uitkomst. Dit betekende dat de eiser in dat geval niet € 8.663,32 hoefde te betalen, maar slechts € 1.964,75 (lees: iets meer dan 22% van het oorspronkelijke bedrag).[539]

Ten vijfde de terrasvergunning casus van de rechtbank Utrecht.[540] De rechtbank oordeelde dat sprake was van bijzondere omstandigheden in een geval waarbij alsnog aan de lastgeving was voldaan na ommekomst van de begunstigingstermijn, de overtreding vergunbaar was en verder ook niet door het bestuursorgaan was beoogd om de overtreding te beëindigen (maar het oogmerk legalisering van de situatie was). Onder die omstandigheden was een dwangsom van € 30.000,- (opgelegd aan een particulier), onevenredig en diende de invordering te worden beperkt tot € 5.000,-.

Ten zesde de kuilvoer casus van de rechtbank Limburg.[541] De rechtbank oordeelde dat het bevoegd gezag weinig duidelijk was geweest over de vraag hoe aan de last-

538 Rb. Almelo 22 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV7750.
539 Rb. Limburg 12 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.
540 Vzr. Rb. Utrecht 25 mei 2010, AB 2010/174, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
541 Rb. Limburg 11 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1166.

geving kon worden voldaan, terwijl er tevens conflicterende signalen van verweerder waren gegeven omtrent wanneer zou moeten worden voldaan aan de lastgeving, zodat er sprake was van bijzondere omstandigheden die het bestuursorgaan hadden moeten nopen tot het (gedeeltelijk) afzien van invordering. De rechtbank matigde de dwangsom in dat geval van € 2.000,- tot € 1.000,-.

Ten zevende de administratieve fouten casus van de rechtbank Zwolle-Lelystad.[542] In dat geval oordeelde de rechtbank dat het bestuursorgaan ten onrechte niet tijdig had ingegrepen bij onterecht verrichte betalingen die vervolgens bij wijze van sanctie werden teruggevorderd. De rechtbank nam aan dat het feit dat de administratie van het bestuursorgaan te wensen overliet en dat het bestuursorgaan meerdere fouten had gemaakt waardoor vanwege een gebrek aan effectieve controle bij het bestuursorgaan de hoogte van de terugvordering fors was opgelopen, leidde tot het onevenredig zijn van een volledige terugvordering en derhalve tot onaanvaardbare gevolgen. De rechtbank matigde toen de terugvordering tot 70% van het terug te vorderen bedrag.

Ten achtste de voorspelbare terugvorderingscasus van de rechtbank Midden-Nederland.[543] De rechtbank oordeelde dat omdat het bestuursorgaan: (i) op de hoogte was van het feit dat de aanvrager over zeer beperkte intellectuele capaciteiten beschikte; (ii) gelet daarop de aanvrager had aangeraden om een bewindvoerder aan te nemen; (iii) wist dat de zorginstelling die de aanvrager wenste te contracteren werd onderzocht vanwege fraudevermoedens; en (iv) desondanks een subsidie verstrekte die bij die zorginstelling werd besteed; het bestuursorgaan volledig moest afzien van terugvordering vanwege de onaanvaardbare gevolgen daarvan.

Ten slotte de aanstaande wees casus van de rechtbank Midden-Nederland.[544] Daarin overwoog de rechtbank dat omdat het (i) eiser niet persoonlijk kon worden verweten dat de subsidie niet op de juiste wijze was besteed en verantwoord; (ii) eiser ten tijde van belang minderjarig was en zijn moeder de subsidie beheerde; (iii) eiser slechts een illusoire verhaalsmogelijkheid had omdat zijn moeder ongeneeslijk ziek was; (iv) het bedrag van de terugvordering zeer hoog was; er sprake was van onaanvaardbare financiële gevolgen nu de toekomst van eiser vanwege de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar werd beïnvloed. Het bestuursorgaan moest om die reden in het geheel van terugvordering afzien.

De casuïstiek wijkt in alle gevallen sterk van elkaar af. In zoverre lijken de genoemde zaken geenszins op elkaar. De toetsingsmaatstaf en de uitkomsten

542 Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8656.
543 Rb. Midden-Nederland 16 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5392.
544 Rb. Midden-Nederland 5 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2331.

daarvan zijn volgens mij echter wel goed te vergelijken. De bestuursrechter voert in alle gevallen feitelijk een (marginale) evenredigheidstoets uit van het besluit om de sanctie te effectueren. Belangrijker nog is dat, als ik alle rechtspraak bij de effectuering van de drie sancties vergelijk, ik tot de conclusie kom dat de omstandigheden die relevant zijn voor het oordeel dat moet worden afgezien van invordering of terugvordering voor de drie sancties (nagenoeg) gelijk zijn. In de tabel hieronder werk ik dit nader uit. In de tabel is per sanctie opgenomen of: (i) het feit dat het doel van de handhaving is bereikt; (ii) financiële en/of sociale gevolgen van de invordering; (iii) het ontbreken van verwijtbaarheid zijdens de overtreder dan wel het verwijtbaar handelen van de overheid; dan wel (iv) gronden gericht tegen het sanctiebesluit; een omstandigheid kan zijn die leidt tot een plicht om af te zien van de effectuering van de sanctie.

Kan de genoemde omstandigheid leiden tot een plicht om af te zien van effectuering?			
	Invordering dwangsom	**Kostenverhaal bestuursdwang**	**Terugvordering subsidie**
Doel handhaving bereikt	Ja[545]	Ja[546]	NVT[547]
Absoluut beletsel uitvoering last	Ja[548]	Ja[549]	NVT[550]
Financiële en/of sociale gevolgen invordering	Ja, maar in beginsel niet[551]	Ja, maar in beginsel niet[552]	Ja[553]
Ernst van de overtreding	Ja, voor wat betreft overtreding last[554]	Ja, voor wat betreft overtreding last[555]	Ja[556]
Ontbreken verwijtbaarheid overtreder of verwijtbaar handelen overheid	Ja, voor wat betreft overtreding last[557]	Ja, voor wat betreft overtreding last[558]	Ja[548]
Gronden tegen sanctiebesluit	Nee[560]	Nee[561]	Nee[562]

545 ABRvS 15 januari 2014, AB 2014/108, m.nt. T.N. Sanders.

546 ARRvS 23 augustus 1983, AB 1984/17, m.nt. J.H. van der Veen en ARRvS 7 juni 1985, AB 1986/48, m.nt. P.J.J. van Buuren.

547 Bij de terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie wordt het doel van de handhaving immers pas bereikt als de overheid weer beschikt over de ten onrechte betaalde gelden. Het wekt dan ook geen verbazing dat ik geen betoog met die strekking heb aangetroffen in de jurisprudentie.

Mijn conclusie is gelet hierop dat de criteria voor beantwoording van de vraag wanneer moet worden afgezien van effectuering bij de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang materieel gelijk zijn. Het toetsingskader bij de terugvordering van subsidie wijkt echter af. De oorzaak daarvan is dat de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang doorgaans een voorwaardelijk karakter hebben. Het is nog mogelijk om de sanctie te voorkomen door gevolg te geven aan de lastgeving. Dat is anders dan bij de intrekking van een subsidie. Daar staat al vast dat er een betalingsverplichting zal gaan ontstaan. Dit onderscheid maakt dat de vraag of het doel van de handhaving is bereikt en of er een reden is waarom de overtreding niet alsnog is beëindigd in het geheel niet relevant zijn voor de vraag of de sanctie mag worden geëffectueerd bij de terugvordering van een subsidie. Ook is de ernsttoets en de verwijtbaarheidstoets bij de terugvordering van een subsidie anders dan bij de invordering van een dwangsom en het kostenverhaal bij bestuursdwang. Bij de invorderings- en kostenverhaalsbeschikking gaat de ernsttoets en de verwijtbaarheidstoets immers over de vraag of *het overtreden van de last* ernstig of verwijtbaar is (of het gevolg is van verwijtbaar handelen van de overheid). Bij de terugvordering van subsidies gaat het om de vraag of de *oorspronkelijke* overtreding ernstig of verwijtbaar is. Daar zit een subtiel onderscheid in, omdat in het eerste geval de vraag in feite is: 'is het verwijtbaar dat de overtreder – na te zijn gewaarschuwd – de overtreding heeft begaan', terwijl in het tweede geval de

548 ABRvS 1 juli 2015, AB 2015/362, m.nt. T.N. Sanders, ABRvS 4 maart 2015, JG 2015/26, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok en ABRvS 28 december 2016, AB 2017/48, m.nt. T.N. Sanders.

549 Zie de hierboven genoemde verwijzingen die mutatis mutandis ook van toepassing zijn bij de last onder bestuursdwang.

550 Bij de intrekking van een subsidie is er immers geen voorafgaande lastgeving.

551 ABRvS 30 december 2015, Gst. 2016/44, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2383, CBb 19 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:292 en ABRvS 10 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2186.

552 ABRvS 21 december 2016, AB 2017/65, m.nt. T.N. Sanders, ABRvS 19 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6748, ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2452 en CBb 30 augsustus 2013, ECLI:NL:CBB:2013:124.

553 ABRvS 29 augustus 2012, AB 2013/423, m.nt. M.M. Claessens, CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2975. en CRvB 16 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3232.

554 ABRvS 4 maart 2015, JG 2015/26, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok, ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553.

555 ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2452.

556 Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8656.

557 ABRvS 4 maart 2015, JG 2015/26, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok, ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553.

558 ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2452.

559 Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8656.

560 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2991.

561 ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:935.

562 CRvB 15 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3464 en CRvB 8 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2667.

vraag is 'is het verwijtbaar dat de overtreder de overtreding heeft begaan'. In zoverre meen ik dat het daarom niet goed mogelijk is om het toetsingskader ten aanzien van (de effectuering van een onvoorwaardelijke herstelsanctie inhoudende) de terugvordering van subsidie te harmoniseren met (de effectuering van een voorwaardelijke herstelsanctie inhoudende) de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang. Wel zou het mogelijk zijn om de beginselplicht tot effectuering ook toe te passen in het kader van de terugvordering van een subsidie bij wijze van sancties. Nu de uitzonderingen daarop echter anders zullen zijn in het geval van de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie vergeleken met de invordering van een dwangsom of het kostenverhaal bij bestuursdwang, acht ik het echter niet zinvol om dit te doen. Dat wekt namelijk de (verkeerde) indruk dat het toetsingskader van de drie verschillende sancties gelijk is.

Mijns inziens zijn er wel grote materiële overeenkomsten in de aard van de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang, het thans gehanteerde toetsingskader voor de effectuering daarvan en de resultaten van die toetsing. Dat dit niet tot uiting wordt gebracht in een inzichtelijk gemeenschappelijk toetsingskader acht ik een knelpunt, omdat het in de weg staat aan kruisbestuiving tussen verschillende bestuursrechters en daarmee afbreuk doet aan de rechtseenheid en de rechtszekerheid.

7.4 Een geharmoniseerd toetsingskader voor effectuering?

De invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang betreffen allebei de effectuering van bestuurlijke geldelijke herstelsancties waarbij die effectueringsbevoegdheid in beginsel discretionair is, maar waarbij de rechtspraak in bepaalde mate de bevoegdheid heeft gebonden door middel van een beginselplicht of een uitgangspunt. In dit onderdeel onderzoek ik of het wenselijk is om te komen tot een geharmoniseerd toetsingskader voor de effectuering van deze twee sancties. Daarna ga ik in op de vraag hoe dat kader er dan uit zou moeten zien.

7.4.1 Is een geharmoniseerd toetsingskader wenselijk?

Harmonisatie is geen doel op zich. Het integreren van de verschillende toetsingskaders moet dus wenselijk zijn voor de effecten daarvan. Dat is naar mijn mening het geval als de voordelen van harmonisatie opwegen tegen de nadelen daarvan. Het is dus niet vanzelfsprekend dat er één gezamenlijk toetsingskader komt voor beantwoording van de vraag wanneer een bestuursorgaan moet invorderen. Hierna ga ik in op de voor- en tegenargumenten voor een geharmoniseerd toetsingskader. Daarna concludeer ik of het wenselijk is om tot een geharmoniseerd toetsingskader te komen.

Voor een geharmoniseerd toetsingskader pleit ten eerste dat er naar mijn mening geen goede reden is waarom een bestuursorgaan bij gelijke omstandigheden niet zou moeten afzien van de invordering van een dwangsom maar wel van het kostenverhaal bij bestuursdwang (of andersom), zie anders: A-G Wattel in zijn Conclusie van 4 april 2018. Het betreffen namelijk alle twee bestuurlijke geldelijke herstelsancties. Voor allebei gelden bovendien dezelfde twee uitgangspunten: (i) een opgelegde sanctie dient in beginsel te worden geëffectueerd in het belang van de geloofwaardigheid van die sanctie en daarmee van de effectiviteit van de handhaving en (ii) een schuldenaar dient zijn schulden te betalen. Die uitgangspunten wijzen er op hun beurt op dat voor alle twee de sancties de norm zou moeten zijn dat het bestuursorgaan de sanctie in beginsel moet effectueren, tenzij er zich bijzondere omstandigheden voordoen waardoor van dat uitgangspunt moet worden afgeweken. De toepasselijke uitgangspunten zijn dus gelijk, zodat harmonisatie voor de hand ligt.

Ten tweede is het integreren van de toetsingskaders goed te rijmen met de doelstellingen van de Awb en daarmee de teneur in het algemene bestuursrecht. De Awb heeft (onder meer) als doelstellingen: (i) het bevorderen van eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving en (ii) het systematiseren en, waar mogelijk, vereenvoudigen van de bestuursrechtelijke wetgeving.[563] Door de toetsingskaders waar mogelijk te integreren, wordt aan de doelstellingen van het bevorderen van de eenheid en het systematiseren en vereenvoudigen van het bestuursrecht voldaan. Een geïntegreerd toetsingskader is overzichtelijker en duidelijker en daarmee vanuit de doelstellingen van de Awb bezien wenselijk.

Ten derde is een geharmoniseerd toetsingskader een goede manier om kruisbestuiving te bewerkstelligen. Op dit moment vergt het een proefschrift om (bijvoorbeeld) de overeenkomsten tussen de jurisprudentie van de CBb ten aanzien van het kostenverhaal en de jurisprudentie van de ABRvS ten aanzien van de invordering van dwangsommen aan te tonen (en dus ook de wederzijdse relevantie daarvan). Als er een geharmoniseerd toetsingskader zou bestaan, dan zou die kruisbestuiving veel makkelijker zijn. Kruisbestuiving is wenselijk omdat het ertoe leidt dat de hoogste bestuursrechters hun jurisprudentie afstemmen. Dat verhoogt de uniformiteit en transparantie van de rechtspraak. Daarmee is de rechtseenheid en de rechtszekerheid gediend. Daarbij merk ik op dat de materiële uitkomsten van de oordelen van de verschillende bestuursrechters bij de huidige toetsingskaders ten aanzien van de vraag wanneer er van effectuering kan worden afgezien elkaar nu al niet veel ontlopen, maar dat een geharmoniseerd toetsingskader naar mijn mening toch een positief

563 Kamerstukken II 1988/1989, 21 221, nr.3, p. 4.

effect zal kunnen hebben op de rechtseenheid en rechtszekerheid omdat daarmee de overeenkomsten en de kruisbestuiving duidelijker worden voor belanghebbenden en bestuursorganen.

Tegen een geharmoniseerd toetsingskader pleit ten eerste dat elk van de sancties zijn eigen bijzonderheden kent en ook aparte wettelijke grondslagen hebben (artikel 5:25 Awb dan wel artikel 5:32 Awb). Verder is bepleitbaar dat de invordering van een dwangsom 'windfall profit' is, terwijl kostenverhaal een vorm van schadevergoeding is (zie de Conclusie van A-G Wattel d.d. 4 april 2018). Daarenboven kent de invorderingsbeschikking bij dwangsommen (artikel 5:37 Awb) een andere wettelijke grondslag dan de kostenverhaalsbeschikking (4:86 jo. 5:25 Awb). Het aannemen van een geharmoniseerd toetsingskader miskent (kortom) dat het verschillende sancties zijn met hun eigen bijzonderheden.

Ten tweede, hoewel de invorderingsbeschikking in de wet niet materieel wordt genormeerd, kan betoogd worden dat de kostenverhaalsbeschikking wel materieel is genormeerd. Artikel 5:25 Awb heeft immers als kerncriterium dat de kosten 'redelijkerwijs' voor rekening van de overtreder moeten kunnen komen. Dat is dus anders dan artikel 5:37 Awb, waarin niet is vermeld dat de geldschuld 'redelijkerwijs' aan de overtreder in rekening moet kunnen worden gebracht. Dat onderscheid zou kunnen impliceren dat er meer ruimte zou moeten zijn bij het kostenverhaal dan bij dwangsommen om (bijvoorbeeld) de financiële omstandigheden van de overtreder mee te wegen.

Ten derde behelst het effectueren van bestuursdwang meer dan alleen de invordering van de door het bestuursorgaan gemaakte kosten. Het effectueren van bestuursdwang is primair het feitelijk handelen waarmee de overtreding wordt beëindigd. Dat is anders dan bij de invordering van een dwangsom, waarbij de invordering de primaire effectuering betreft. Bij bestuursdwang lijkt de afweging of de sanctie feitelijk moet worden geëffectueerd anders te zijn dan de afweging of de kosten van de feitelijke uitvoering van bestuursdwang voor rekening van de overtreder dienen te komen. Verdedigbaar is dat daarom een gezamenlijk toetsingskader niet goed denkbaar is.

Voor wat betreft het eerste tegenargument meen ik dat het enkele feit dat er een andere wettelijke grondslag is, niet in de weg hoeft te staan aan een gezamenlijk toetsingskader. Het betreffen twee effectueringsbevoegdheden die zien op hetzelfde soort sanctie (een bestuurlijke geldelijke herstelsanctie) die naar de letter van de wet in gelijke mate discretionair van aard zijn. Die overeenkomst acht ik belangrijker dan het feit dat de sancties verschillende wettelijke grondslagen kennen. Ik zie niet in dat er een goede reden is waarom onder dezelfde omstandigheden bijvoorbeeld

wel van het kostenverhaal zou moeten worden afgezien, maar niet van de invordering van een dwangsom. Verder zie ik in de effectueringsfase het verschil niet tussen de sancties. Ik deel eenvoudigweg niet de opvatting dat er meer aanleiding is om af te zien van de invordering van een dwangsom dan van het kostenverhaal bij bestuursdwang (zie onder 7.2).

Ten aanzien van het tweede tegenargument het volgende. De bepaling in artikel 5:25 Awb behelst dat kostenverhaal alleen mogelijk is als dat 'redelijk is'. Dit artikel expliciteert slechts de evenredigheidstoets bij de effectuering, welke toets er in feite ook is bij de invordering van een dwangsom (zij het dat de toets niet in de Awb is geëxpliciteerd). Bovendien wijs ik erop dat uit de analyse in dit hoofdstuk duidelijk is geworden dat de uitkomsten van het toetsingskader bij artikel 5:25 Awb niet wezenlijk afwijken van de uitkomsten van het toetsingskader bij de invordering van dwangsommen. In zoverre lijkt – voor zover artikel 5:25 Awb wel zou moeten worden geacht de kostenverhaalsbeschikking materieel te normeren – artikel 5:25 Awb geen effect te hebben op de uitkomst van de procedure. Dit aspect vormt dan ook geen reden voor mij om te menen dat harmonisatie niet wenselijk is.

Het derde tegenargument lijkt mij terecht. Zoals in onderdeel 3.2 reeds betoogd acht ik de niet-toepassingsbeschikking op grond van artikel 5:31a Awb niet goed vergelijkbaar met de invordering van de kosten van bestuursdwang of de andere effectueringsbesluiten in dit onderzoek. De afweging en de context waarin die afweging plaatsvindt zijn daarvoor te verschillend. Het lijkt mij dan ook dat een eventueel geharmoniseerd toetsingskader niet kan zien op de niet-toepassingsbeschikking van artikel 5:31a Awb. Daarmee wordt naar mijn mening dit tegenargument ondervangen.

De tegenargumenten overtuigen mij niet. Mijn conclusie is dan ook dat een geharmoniseerd toetsingskader ten aanzien van de vraag onder welke omstandigheden van de effectuering moet worden afgezien (of juist niet) voor de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang wenselijk is. Een dergelijk geharmoniseerd toetsingskader is in het belang van de kruisbestuiving tussen de verschillende bestuursrechters en daarmee de uniformiteit en de transparantie van de rechtspraak en in het verlengde daarvan in het belang van de rechtseenheid en de rechtszekerheid.

7.4.2 Hoe zou het geharmoniseerd toetsingskader eruit moeten komen te zien?

Het tot stand brengen van een geharmoniseerd toetsingskader kan op twee manieren. De Awb zou kunnen worden gewijzigd, of de rechtspraak op dit vlak zou kunnen worden gewijzigd. Het lijkt mij dat in dit geval een wijziging van de rechtspraak voor de hand ligt. Ten eerste omdat de materiële normering van het besluit om de bestuurlijke geldelijke herstelsanctie te effectueren thans niet bij wet is geregeld, maar in de rechtspraak. Ten tweede omdat een wetgevingsoperatie minder flexibel is

en omslachtiger zal zijn vergeleken met een wijziging van de rechtspraak. Ten derde omdat codificering in de Awb naar mijn mening geen doel op zich is, terwijl er in dit geval geen noodzaak is om te codificeren. Omdat een wijziging van de rechtspraak voor de hand ligt, laat ik de mogelijkheid om de wet te wijzigen verder buiten beschouwing.

Ik stel voorop dat er een effectueringsplicht dient te zijn. Deze bestaat al bij de invordering van dwangsommen, maar bij het kostenverhaal bij bestuursdwang is er alleen een uitgangspunt dat schulden moeten worden betaald en dat de overheid die dus in de regel kan opeisen. Ten onrechte naar ik meen. Dat miskent dat er sprake is van een sanctie en niet alleen van een geldschuld. Ik zou menen dat er in het geharmoniseerd toetsingskader dus een algemene beginselplicht tot effectuering moet bestaan. Een wijziging van de rechtspraak op dit kan op vrij eenvoudige wijze geschieden als bestuursrechters de gehanteerde standaardoverwegingen aanpassen. Logisch uitgangspunt lijkt mij de standaardoverweging van de ABRvS aangaande de invordering van dwangsommen omdat die reeds de beginselplicht kent. De tekst die ik zou voorstellen is de volgende:

> *"Het besluit om een herstelsanctie te effectueren is een discretionaire bevoegdheid. Bij een besluit omtrent de effectuering van een herstelsanctie dient aan het belang van de effectuering echter een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van die sanctie. Een adequate handhaving vergt ook dat opgelegde sancties daadwerkelijk worden geëffectueerd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan daarom geheel of gedeeltelijk van effectuering worden afgezien."*

Uit de beginselplicht vloeit al voort dat er uitzonderingen zijn. Die kunnen mijns inziens allemaal worden geschaard onder het begrip 'bijzondere omstandigheid'. Het lijkt mij wenselijk om nader te specificeren wat daaronder wordt bedoeld.

Voor het invullen van het geharmoniseerd toetsingskader lijkt het mij voor de hand te liggen om als uitgangspunt te nemen de door mij geformuleerde criteria voor de bijzondere omstandigheden in het kader van de invorderingsbeschikking en de kostenverhaalsbeschikking. In hoofdstuk 2 en 3 constateerde ik al dat de criteria gelijk zijn. Geherformuleerd om toepasbaar te zijn bij de effectuering van beide sancties zouden deze als volgt luiden:

1. De omstandigheid hoefde, of kon redelijkerwijs, niet al aan de orde te komen in de sanctiebeschikking.

EN

2. A. De omstandigheid valt niet binnen de risicosfeer van de overtreder en vormt een (absoluut) beletsel voor het (tijdig) voldoen aan de last.

OF

B. Invordering van de gehele sanctie leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst van de overtreding van de last en/of de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de last en/of de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

Deze criteria spreken voor zich, nu zij mijns inziens thans reeds toegepast kunnen worden en in hoofdstukken 2 en 3 reeds zijn besproken. Een nadere specificering van de criteria voor de bijzondere omstandigheid in de standaardoverweging lijkt mij wenselijk. Dat kan dan aan de hand van de hiervoor geformuleerde criteria voor de bijzondere omstandigheid. De tekst die ik zou voorstellen op dit punt is de volgende:

> *"Van bijzondere omstandigheden kan alleen sprake zijn indien de aangevoerde omstandigheden redelijkerwijs niet al aan de orde konden of hoefden te komen bij de toetsing van het sanctiebesluit. Er is sprake van een bijzondere omstandigheid indien de omstandigheid niet binnen de risicosfeer van de overtreder valt en een absoluut beletsel vormde voor het tijdig voldoen aan de lastgeving. Voorts kan er sprake zijn van een bijzondere omstandigheid indien de beperkte ernst van de overtreding van de last, de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de last dan wel de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering leiden tot de conclusie dat invordering onevenredig moet worden geacht."*

De door mij voorgestelde ingreep is beperkt in zoverre dat het toetsingskader materieel niet tot een wijziging van de uitkomst van de procedures zal leiden ten opzichte van de huidige toetsingskaders, maar toch op eenvoudige wijze uniformering bewerkstelligt, daarmee kruisbestuiving mogelijk maakt en zodoende de rechtseenheid en de rechtszekerheid versterkt.

7.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht wat de verschillen en de overeenkomsten zijn tussen de besluiten strekkende tot de invordering van dwangsommen, het kostenverhaal bij bestuursdwang, de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie en de terugvordering van uitkeringen bij wijze van sanctie. Op basis van een vergelijking van deze besluiten kom ik tot de conclusie dat de belangrijkste gemene deler is dat er bij alle effectueringsbeschikkingen een vorm van een plicht om te effectueren bestaat en dat er eveneens onder bepaalde omstandigheden een plicht bestaat

om af te zien van effectuering. Vervolgens heb ik onderzocht hoe die plicht en de uitzonderingen daarop normatief zijn ingekaderd. Daaruit bleek dat de invordering van dwangsommen, het kostenverhaal bij bestuursdwang en de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie discretionaire bevoegdheden zijn die in de rechtspraak normatief zijn ingekaderd door middel van een beginselplicht of een uitgangspunt met de strekking dat ingevorderd moet worden tenzij er sprake is van een uitzonderingsgeval. De terugvordering van uitkeringen bij wijze van sanctie blijkt een gebonden bevoegdheid te zijn en om die reden sterk af te wijken van de overige onderzochte sancties. Deze sanctie heb ik daarom verder buiten beschouwing gelaten. Nader onderzoek naar de uitzonderingen op de in de rechtspraak aangenomen beginselplicht / uitgangspunten toont verder aan dat de in de rechtspraak geformuleerde uitzonderingen per sanctie zeer goed met elkaar te vergelijken zijn. Ik meen verder dat de uitkomsten van het huidige toetsingskader ook materieel goed te vergelijken zijn. Echter, de terugvordering van een subsidie bleek vanwege het onvoorwaardelijke karakter van de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie qua karakter te zeer af te wijken van de effectuering van de voorwaardelijke sancties in dit onderzoek (zijnde de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang) om harmonisatie mogelijk en wenselijk te maken.

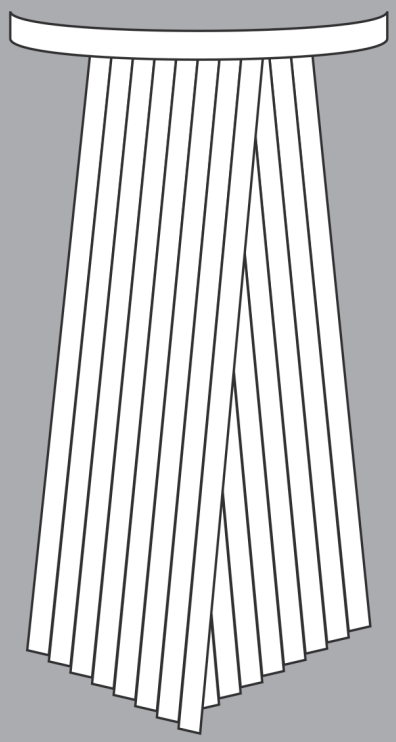
Het feit dat de standaardoverwegingen en de uitzonderingen daarop in de rechtspraak ten aanzien van de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang terminologisch sterk van elkaar afwijken, terwijl zij dat materieel niet doen, komt mij voor als een knelpunt omdat deze onnodige afwijking niet verenigbaar is met een van de doelstellingen van de Awb (harmonisatie) en omdat het de kruisbestuiving tussen de verschillende onderwerpen en de betrokken bestuursrechters onnodig belet. Dit knelpunt zou op een praktische, effectieve en evenredige wijze kunnen worden ondervangen door tot een geïntegreerd toetsingskader te komen ten aanzien van het discretionaire besluit om een bestuurlijke geldelijke herstelsanctie te effectueren.

Vervolgens heb ik onderzocht of het wenselijk is om dat inderdaad te doen. Mijn conclusie is dat dit inderdaad het geval is omdat het harmoniseren in het belang is van de uniformiteit, de duidelijkheid en de mogelijkheid voor kruisbestuiving. Daarmee is het harmoniseren in het belang van de rechtseenheid en de rechtszekerheid.

Mijn voorstel is om het geharmoniseerd toetsingskader te introduceren door middel van een standaardoverweging in de rechtspraak die ziet op wanneer de discretionaire bevoegdheid om een dwangsom of de kosten van bestuursdwang in te vorderen moet worden aangewend en wanneer daarvan dient te worden afgezien. Deze standaardoverweging zou als volgt kunnen luiden:

"Het besluit om een herstelsanctie te effectueren is een discretionaire bevoegdheid. Bij een besluit omtrent de effectuering van een herstelsanctie dient aan het belang van de effectuering echter een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van die sanctie. Een adequate handhaving vergt ook dat opgelegde sancties daadwerkelijk worden geëffectueerd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan daarom geheel of gedeeltelijk van effectuering worden afgezien. Van bijzondere omstandigheden kan alleen sprake zijn indien de aangevoerde omstandigheden redelijkerwijs niet al aan de orde konden of hoefden te komen bij de toetsing van het sanctiebesluit. Er is sprake van een bijzondere omstandigheid indien de omstandigheid niet binnen de risicosfeer van de overtreder valt en een absoluut beletsel vormde voor het tijdig voldoen aan de lastgeving. Voorts kan er sprake zijn van een bijzondere omstandigheid indien de beperkte ernst van de overtreding van de last, de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de last dan wel de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering leiden tot de conclusie dat invordering onevenredig moet worden geacht."

8



8. ACCESSOIRE BESCHIKKINGEN

8.1 Inleiding

Accessoire beschikkingen (ook wel: nevenbeschikkingen, afhankelijke of bijkomende beschikkingen) zijn beschikkingen die voor hun bestaansrecht afhankelijk zijn van de onderliggende in- of terugvorderingsbeschikking. Het zijn beschikkingen die in het invorderingsproces aanvullende handelingen van het bestuursorgaan vertegenwoordigen ten aanzien van (de wijze waarop het bestuursorgaan invulling geeft aan) de bevoegdheid om de geldschuld op te eisen. De accessoire beschikkingen zijn: de verrekeningsbeschikking, het besluit om uitstel van betaling te verlenen, het besluit om kwijt te schelden en het besluit tot vaststelling van de verschuldigde wettelijke rente. De voorschotbeschikking laat ik in het kader van dit proefschrift buiten beschouwing nu het geen rol speelt bij de wijze waarop eenmaal opgelegde sancties worden in- of teruggevorderd. Hierna zal ik ingaan op de verschillende accessoire beschikkingen waarbij ik onderzoek welke toetsingsmaatstaf wordt gehanteerd voor wanneer het bestuursorgaan gehouden is om een bepaald accessoir besluit te nemen en of er zich knelpunten voor doen ten aanzien van deze beschikkingen.

8.2 Het besluit om de geldschuld te verrekenen

Verrekening van een sanctie behelst het tegen elkaar wegstrepen van een vordering van de overheid op een overtreder enerzijds tegen een vordering van de overtreder op de overheid anderzijds. In het kader van de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties betekent dit dat de overheid de sanctie wegstreept tegen een betalingsverplichting aan de burger. Door de sanctie te verrekenen vervalt dus de noodzaak voor het bestuursorgaan om over te gaan tot daadwerkelijke in- of terugvordering. In dit onderdeel wordt onderzocht in hoeverre het een bestuursorgaan is toegestaan om te verrekenen en welke normen hij daarbij in acht moet nemen.

8.2.1 Het besluit om te verrekenen

Verrekening in het bestuursrecht wijkt significant af van verrekening in het civiele recht.[564] Dat heeft voornamelijk te maken met het feit dat ‘de overheid’ niet één schuldeiser (of schuldenaar) is, maar uit honderden rechtspersonen en duizenden bestuursorganen bestaat. De overheid en de burger hebben in de regel dan ook over en weer veel vorderingen van zeer uitlopende aard. Het toestaan van

564 Zie voor een uitgebreide beschouwing van de technische aspecten van verrekening in het bestuursrecht en de verhouding met het civiele recht: M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 55. Voor een kritische beschouwing over of het niet toch mogelijk moet zijn om breder te verrekenen zie: M.J. Jacobs en F.C.M.A. Michiels, ‘Bestuursrechtelijke grenzen aan verrekening’ in: B. Wessels (red.), Verrekening (Deventer, 1996), pp.163-180.

ongeclausuleerde verrekening bij bestuursrechtelijke geldschulden zou daarom volgens de wetgever leiden tot administratieve chaos. Een (brede) verrekeningsbevoegdheid zoals in het civiele recht zou (bijvoorbeeld) betekenen dat een subsidie die wordt verstrekt door de Minister van Infrastructuur en Milieu kan worden verrekend met een boete opgelegd door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Beide bestuursorganen zijn immers onderdeel van dezelfde rechtspersoon (de Staat der Nederlanden). Deze verrekening zou wellicht nog denkbaar zijn (zij het dat daarmee de uitvoering van de gesubsidieerde activiteit misschien in gevaar komt), maar wat te denken van de burger die een boete voor een snelheidsovertreding verrekent met een belastingteruggave die hij nog moet krijgen van de Staatssecretaris van Financiën? Dat is niet goed voorstelbaar om allerlei praktische redenen. Het toestaan van dergelijke verrekeningen zou een enorme administratieve rompslomp betekenen voor de overheid. Om die reden is dan ook door de wetgever ervoor gekozen om verrekening slechts toe te staan indien die bevoegdheid expliciet in de bijzondere wet is toegekend.[565]

Voor verrekening is in het civiele recht op grond van artikel 6:127, lid 2, BW vereist dat (i) partijen over en weer schuldeiser zijn, (ii) de vordering beantwoordt aan de schuld, (iii) de schuldenaar bevoegd is om te betalen en (iv) de vordering opeisbaar is en kan worden afgedwongen. Die eisen gelden niet bij bestuursrechtelijke verrekening. In artikel 4:93 Awb is slechts bepaald dat verrekening mogelijk is indien (i) de bevoegdheid daartoe bij wettelijk voorschrift is voorzien, (ii) bij de verrekening wordt vermeld met welke vordering de geldschuld is verrekend alsmede de hoogte van het bedrag van de verrekening.

Verrekening geschiedt bij aparte beschikking, waartegen bezwaar en beroep mogelijk is. Bijzondere grenzen aan de verrekening zijn te vinden in artikel 4:93, lid 3, 4 en 5, Awb. In artikel 4:93, lid 3, Awb is bepaald dat de verrekening terugwerkt tot het eerste moment waarop verrekening mogelijk was overeenkomstig artikel 6:129, lid 1 en 2, BW. Deze bepaling strekt ertoe om te voorkomen dat een schuldeiser de wettelijke rente (nodeloos) kan laten oplopen door te wachten met verrekening. In artikel 4:93, lid 4, Awb is bepaald dat verrekening niet mogelijk is voor zover beslag op de vordering van de schuldeiser nietig zou zijn. Deze bepaling strekt ertoe dat niet onder de beslagvrije voet van artikel 475d Rv kan worden verrekend zodat de schuldenaar altijd de middelen behoudt om in zijn levensonderhoud te voorzien. De formulering van de bepaling laat onverlet de bijzondere mogelijkheid in het sociale zekerheidsrecht om in bepaalde omstandigheden (kort gezegd: fraude) een bestuurlijke boete toch onder de beslagvrije voet te verreken (zie bijvoorbeeld artikel 60b, lid 1, Participatiewet). Tot slot bepaalt artikel 4:93, lid 5, Awb dat een eerder verleend uitstel van betaling ex artikel 4:94 Awb aan verrekening niet in de weg staat. Naast

565 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 41-42.

verrekening op grond van artikel 4:93 Awb is het ook mogelijk om reeds betaalde voorschotten te verrekenen met een uiteindelijk te betalen geldsom. Dit betreft een gebonden bevoegdheid nu artikel 4:95, lid 4, Awb bepaalt dat betaalde voorschotten "*worden verrekend met de te betalen geldsom*".

Bij de invoering van de vierde tranche van de Awb is door de wetgever uitdrukkelijk afstand gedaan van de mogelijkheid om in beginsel te verrekenen, zodat het nu alleen mogelijk is om te verrekenen indien daartoe een expliciete wettelijke grondslag bestaat. De jurisprudentie op dit vlak bevestigt dat de bestuursrechter dit uitgangspunt trouw toepast – geen verrekening tenzij er in de bijzondere wet voor die geldschuld een bevoegdheid daartoe is opgenomen.[566] Uitzondering vormde de rechtbank Groningen die oordeelde dat artikel 6:127, lid 2, BW als bijzondere wettelijke grondslag kan dienen voor de bevoegdheid om te verrekenen.[567] Dat komt mij onjuist voor. Die interpretatie zou artikel 4:93, lid 1, Awb immers zinledig maken – een ieder is immers bevoegd om op grond van artikel 6:127, lid 2, BW te verrekenen en daar is nu juist door de wetgever expliciet afstand van genomen voor bestuursrechtelijke geldschulden. Opmerking verdient overigens nog dat de beperkte verrekeningsmogelijkheid van artikel 4:93 Awb niet geldt bij Europeesrechtelijke subsidies.[568] Nu Europeesrechtelijke terugvorderingen zijn uitgezonderd van dit onderzoek, laat ik dit punt verder buiten beschouwing. De discussie over het bestaan van een wettelijke grondslag voor verrekening speelt ook in het kader van de verrekening van eventueel aan een appellant te betalen proceskostenvergoedingen. De CRvB oordeelde daarover dat ook voor de verrekening van door de bestuursrechter uitgesproken kostenveroordeling vereist is dat daartoe een bijzondere wettelijke bevoegdheid bestaat.[569] Inmiddels is die er in het sociale zekerheidsrecht (zie bijvoorbeeld artikel 60a, lid 4, Participatiewet[570]) zodat de CRvB thans oordeelt dat proceskostenveroordeling kan worden verrekend met een terugvordering.[571]

566 CRvB 22 oktober 2014, JB 2014/247, m.nt. L.J.M. Timmermans, USZ 2015/86, m.nt. H.W.M. Nacinovic. in gelijke zin: Rb. Zutphen 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BO0324, en CRvB 7 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3434 en ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:530, CRvB 7 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1417 en CRvB 20 mei 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1595.

567 Rb. Groningen 4 april 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8504.

568 CBb 20 september 2013, AB 2014/299, m.nt. J.E. van den Brink.

569 CRvB 22 oktober 2014, JB 2014/247, m.nt. L.J.M. Timmermans, USZ 2015/86, m.nt. H.W.M. Nacinovic. zie ook: Rb. Haarlem 21 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY7792.

570 Welk artikel luidt: "4. Onverminderd artikel 60, derde lid, en het eerste, tweede en derde lid kan het college een vordering die een belanghebbende op hem heeft, verrekenen met een vordering als bedoeld in artikel 58 en 59."

571 CRvB 19 april 2016, Gst. 2016/124, m.nt. L.M. Koenraad en T.N. Sanders, USZ 2016/211, m.nt. H.W.M. Nacinovic. Zie ook: CRvB 8 november 2016, Gst. 2017/39 m.nt. T.N. Sanders. Anders: Rb. Gelderland 27 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6589.

Voor verrekening is – voor zover de betalingsverplichting niet reeds uit de wet voortvloeit – vereist dat er een voorafgaande betalingsbeschikking is waaruit de te verrekenen vordering volgt.[572] Zonder die betalingsbeschikking is er immers geen te verrekenen vordering. Niet noodzakelijk is dat de verrekeningsbevoegdheid reeds bestond op het moment dat de geldschuld waarmee wordt verrekend ontstond.[573] Zo was het tot 1 juli 2013 niet mogelijk om de vordering van een belanghebbende op het bestuursorgaan vanwege een dwangsom niet-tijdig beslissen te verrekenen met een terugvordering op grond van de Participatiewet. De CRvB oordeelde echter dat ook dwangsommen die voor die datum waren toegekend alsnog vanaf 1 juli 2013 konden worden verrekend.[574] Indien bij het verrekeningsbesluit ten onrechte de beslagvrije voet niet in acht wordt genomen, dan leidt dat tot het oordeel dat de verrekeningsbeschikking vernietigd dient te worden.[575] Het is aan de belanghebbende om aannemelijk te maken dat de berekening van de beslagvrije voet niet klopt.[576]

Verrekening komt in het sanctierecht – buiten het sociale domein en het subsidierecht – maar weinig voor. Buiten het sociale domein en het subsidierecht zijn er namelijk weinig verrekeningsbevoegdheden opgenomen in de wet in formele zin. Hoewel het verder voorstelbaar is dat die grondslag bij gemeentelijke of provinciale verordening wordt gecreëerd, zijn mij daar geen voorbeelden van bekend. Buiten het subsidierecht en het sociaal zekerheidsrecht (en het fiscale recht[577]) zijn mij de volgende verrekeningsbevoegdheden bekend:

- Artikel 69 Meststoffenwet

> *"Onze Minister kan de bestuurlijke boete verrekenen met te verstrekken subsidies bij of krachtens de Kaderwet EZ-subsidies."*

- In het onderwijsrecht, onder meer artikel 145 Wet op de expertisecentra:

> *"Onze Minister is bevoegd tot verrekening van vorderingen krachtens deze wet van of op het bevoegd gezag van een school met vorderingen van of op Onze Minister krachtens een andere wet."*

572 Rb. Rotterdam 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1131.

573 CRvB 29 september 2015, AB 2016/11, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

574 Ibidem, anders: Rb. Oost-Brabant 29 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2212, Rb. Noord-Nederland 7 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5762 en Rb. Oost-Brabant 30 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:356.

575 CRvB 3 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2941.

576 CRvB 21 september 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN8686.

577 Zie verder voor de – niet in dit onderzoek betrokken – significant afwijkende (en ingrijpende) verrekeningsbevoegdheden van de fiscus: A.J. Tekstra, Verrekening door de fiscus, (diss.), (Deventer, 2011).

bepalingen van gelijke strekking zijn ook te vinden in: artikel 2.5.9, lid 3, Wet beroepseducatie; artikel 2.9a Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek; artikel 150 Wet op het primair onderwijs; artikel 96r1 Wet op het voortgezet onderwijs.

- Artikel 5.4, lid 3, Wet Normering Topinkomens:

> *"Onze Minister wie het aangaat kan verbeurde dwangsommen verrekenen met bestaande vorderingen van de rechtspersoon die de dwangsom heeft verbeurd op Onze Minister wie het aangaat."*

8.2.2 Evenredigheid van de verrekening

Het besluit om te verrekenen is een discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan.[578] Het *kan* immers verrekenen, maar is daartoe niet verplicht. Er zijn wel bijzondere wetten waarin de wetgever de verrekening als middel voorop heeft gesteld, zodat in die gevallen het discretionaire karakter van de verrekening ter discussie zou kunnen worden gesteld, maar die vormen de uitzondering op de regel.[579] Het discretionaire karakter van verrekening betekent dat het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4 Awb een rol speelt en dat er dus een (marginale) toetsing plaatsvindt van het besluit om te verrekenen (lees: of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het besluit tot verrekening kon komen).[580] In het verlengde hiervan dient een bestuursorgaan dat bevoegd is om de sanctie te verrekenen, dat in beginsel ook te doen als dat (mede gelet op de wettelijke rente) in het voordeel van de belanghebbende is.[581]

De jurisprudentie aangaande verrekening beperkt zich voornamelijk tot de vraag of de bevoegdheid tot verrekening bestaat. Daarnaast vormen de gevolgen van (de wijze van) het verrekenen bij langlopende subsidies een punt van discussie.[582] De bestuursrechter toetst de wijze van verrekening daarbij met terughoudendheid. Zo oordeelde de ABRvS in een geval waarbij onderwijsbekostiging (strikt genomen geen subsidie in de zin van de Awb, maar de subsidietitel wordt door de ABRvS wel

578 ABRvS 29 augustus 2012, AB 2013/423, m.nt. M.M. Claessens.

579 Zie voor een voorbeeld: CRvB 13 april 2016, USZ 2016/210, m.nt. M. Koolhoven, waarin ten aanzien van de WW wordt overwogen: *"*[u]*it de wetsgeschiedenis volgt dat bij effectuering van de terugvordering de mogelijkheid tot verrekening tussen dezelfde partijen met dezelfde uitkering voorop staat (zie Kamerstukken II 1994-1995, 23909, blz. 27 en 63)."*

580 CRvB 3 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2941. In gelijke zin: Rb. Oost-Nederland, 5 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5857 en Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:6461.

581 Rb. Noord-Holland 12 mei 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:4613.

582 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 25 augustus 2010, AB 2011/93, m.nt. F. Onrust. Zie voor een vergelijkbare zaak bij het CBb: CBb 25 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW4847.

toegepast op onderwijsbekostiging) werd teruggevorderd van een onderwijsinstelling dat de Minister in redelijkheid tot de wijze van verrekening had kunnen komen. Het betrof toen een vordering van € 753.984,47 gespreid over een periode van zes jaren, terwijl de onderwijsinstelling had verzocht om terugbetaling over een periode van vijftien jaren. De ABRvS oordeelde:

> "[d]*e rechtbank heeft voorts terecht geoordeeld dat de minister bij afweging van alle belangen in redelijkheid tot deze wijze van verrekening heeft kunnen komen. Zij heeft daarbij terecht in aanmerking genomen dat de minister aan de stichting een alternatief heeft aangeboden, dat zij heeft afgewezen. Dit alternatief bestond uit de door de stichting gewenste terugbetalingstermijn van 15 jaar, zij het dat dan de verschuldigde wettelijke rente in rekening zou worden gebracht. De omstandigheid dat de stichting ten gevolge van de wijziging van de rijksbekostiging in de schooljaren waarin het terug te vorderen bedrag zal worden verrekend haar uitgavenpatroon zal moeten aanpassen, dient voor haar risico te blijven. De stichting heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij door de wijze van verrekening in zodanige financiële problemen komt dat de voortgang van haar activiteiten in gevaar komt."*[583]

Interessant om daarbij op te merken is dat deze evenredigheidstoets door de ABRvS vrijwel identiek lijkt te zijn aan de evenredigheidstoets die de ABRvS bij het onderliggende terugvorderingsbesluit aanlegt. De grens voor wat als redelijk kan worden beschouwd in het kader van een betalingsregeling is namelijk dat een verrekening in het kader van die betalingsregeling niet is toegestaan indien de belanghebbende "*in zodanige financiële problemen komt dat de voortgang van haar activiteiten in gevaar komt*", terwijl de grens wat als redelijk kan worden beschouwd in het kader van het terugvorderingsbesluit is dat terugvordering niet is toegestaan indien "de *continuïteit van het onderwijs in gedrang komt*".[584]

In een ander geval oordeelde de ABRvS dat onder omstandigheden waarde kan worden gehecht aan de vraag of het bedrag waarmee verrekend zou worden al is 'uitgegeven' aan een andere activiteit.[585] Als verrekening er dus toe leidt dat een uit te voeren activiteit niet meer kan worden uitgevoerd (en daarmee dat de subsidie van het lopende jaar in gevaar komt), is het dus voorstelbaar dat de bestuursrechter dat onevenredig acht. Ik constateer echter dat ik in de jurisprudentie geen geval heb aangetroffen waar het evenredigheidsbeginsel daadwerkelijk in de weg stond aan (de wijze van) verrekening.

583 ABRvS 29 augustus 2012, AB 2013/423, m.nt. M.M. Claessens.
584 ABRvS 10 oktober 2012, AB 2013/162, m.nt. W. den Ouden.
585 ABRvS 25 augustus 2010, AB 2011/93, m.nt. F. Onrust.

Het is naar mijn mening goed te verdedigen dat de verrekeningsbeschikking aan dezelfde toetsingsmaatstaf wordt onderworpen als het besluit om de sanctie in- of terug te vorderen. Immers, de verrekening is de feitelijke uitvoering van het sanctiebesluit. Het is niet goed voorstelbaar dat niet zou mogen worden verrekend vanwege omstandigheden die niet aan in- of terugvordering in de weg zouden staan. Andersom is het ook niet goed voorstelbaar dat verrekening zou mogen ondanks een omstandigheid die in- of terugvordering in de weg zou staan.

Uit de evaluatie van de geldschuldenregeling blijkt dat verrekening in de praktijk echter grote problemen kan veroorzaken. Dat komt met name omdat verrekening ertoe leidt dat de draagkracht van burgers vermindert. In gevallen waarbij er meerdere schuldeisers zijn (hetgeen niet ongebruikelijk is), leidt dit er vaak toe dat de beslagvrije voet niet in acht wordt genomen.[586] Immers, als de schuldenaar een uitkering ontvangt en hij met zijn schuldeisers betalingsregelingen op basis van draagkracht heeft afgesproken, dan betekent een daaropvolgende verrekening van een terugvordering met zijn uitkering dat hij feitelijk onder 90% van de bijstandsnorm moet leven. De overige betalingsregelingen zullen immers niet automatisch worden aangepast aan de (onvoorziene) verrekening. Deze schuldenproblematiek verdient zeker de aandacht – maar valt buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Ik verwijs kortheidshalve naar het rapport 'In het krijt bij de overheid' van de Nationale Ombudsman uit 2013 voor een nadere beschouwing van dit knelpunt.[587] Toch is bij de evaluatie van de geldschuldenregeling geopperd om de verrekeningsbevoegdheden van bestuursorganen te verruimen.[588] Dat voorstel heeft de regering afgewezen omdat een dergelijke stap het probleem dat bij verrekening vaak de beslagvrije voet wordt veronachtzaamd naar de mening van de regering juist zou gaan verergeren.[589] Daar kan ik mij in vinden omdat gelet op de problemen met de beslagvrije voet (zie onderdeel 9.8) het aannemelijk is dat een verruimde verrekeningsbevoegdheid ertoe zal leiden dat vaker onder de beslagvrije voet wordt verrekend. Als eenmaal de beslagvrije voet is gewijzigd in zoverre dat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan worden vastgesteld dat niet onder de beslagvrije voet wordt verrekend, kan ik mij voorstellen dat hierin een andere afweging wordt gemaakt.

586 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 38-39.

587 Y.M. van der Vlugt, W.C.P. van den Berg en M.M. van Steenbergen, In het krijt bij de overheid, Nationale Ombudsman, januari 2013.

588 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), onder 4.3.4 en 9.7.

589 Kamerstukken II 2013/14, 29279, nr. 205, p. 3 en 4.

8.3 Het besluit om uitstel van betaling te verlenen

Het uitgangspunt in de geldschuldenregeling is dat een schuld binnen de betalingstermijn van zes weken moet zijn voldaan (artikel 4:87 Awb). Bij besluit kan het bestuursorgaan de overtreder echter tijdelijk respijt geven van de betalingsverplichting. Dit is het besluit tot verlening van uitstel van betaling ex artikel 4:94, lid 1, Awb. Op grond van artikel 4:94, lid 4, Awb kan het bestuursorgaan aan een dergelijk uitstel voorwaarden verbinden, bijvoorbeeld de verplichting om maandelijks een bepaald bedrag af te lossen.[590] In ieder geval moet op grond van artikel 4:94, lid 3, Awb in het uitstel worden vermeld voor welke termijn het uitstel geldt. Tijdens uitstel van betaling kan het bestuursorgaan niet tot dwanginvordering over gaan (artikel 4:94, lid 2, Awb), maar loopt de wettelijke rente wel door (artikel 4:94, lid 3, Awb – tenzij anders is bepaald bij de beschikking op grond van artikel 4:101 Awb). Zo lang de betalingsregeling loopt, kan het bestuursorgaan dus niet opeens over gaan tot het uitvaardigen van een dwangbevel. Dan zal eerst het uitstel moeten worden ingetrokken en dat kan alleen (artikel 4:96 Awb) als (onder a) de voorschriften niet worden nageleefd (bijvoorbeeld: de afgesproken termijnen worden niet voldaan), (b) onjuiste of onvolledige gegevens zijn verstrekt (bijvoorbeeld dat de overtreder veel draagkrachtiger blijkt te zijn dan hij zelf aan het bestuursorgaan heeft medegedeeld) en (c) "*veranderde omstandigheden*" (een restcategorie: gedacht zou kunnen worden aan recidive bij de overtreder).

Naast het verlenen van uitstel van betaling wijst Scheltema erop dat het bestuursorgaan er ook voor kan kiezen om in de betalingsbeschikking ex artikel 4:86 Awb simpelweg een andere (langere) betalingstermijn vast te stellen.[591] Deze mogelijkheid laat ik verder buiten beschouwing nu hier in de sanctiepraktijk naar mijn weten geen gebruik van wordt gemaakt.

In het sociaal zekerheidsrecht is het verlenen van uitstel of het treffen van een betalingsregeling bijna een standaard onderdeel van het dossier. Weinig overtreders zijn immers in staat om de terugvordering of de boete gelijk terug te betalen.
Bij dwangsommen komt een dergelijk besluit ook relatief vaak voor, maar dan voornamelijk vanwege de verlengende werking van uitstel van betaling ten opzichte van de verjaring (artikel 4:111 Awb). Door (ambtshalve) uitstel van betaling te verlenen hoeft het bestuursorgaan zich niet meer druk te maken over de (korte) verjaringstermijn. Voorts is niet ongebruikelijk dat overtreders zelf om uitstel van betaling vragen voor de duur van het bezwaar en beroep tegen de invorderingsbeschikking. Bij het kostenverhaal bij bestuursdwang en terugvordering lijkt het verzoeken om uitstel van betaling minder regelmatig voor te komen.

590 Zie ook: Kamerstukken II 2003–2004, 29 702, nr.3, p. 33 en 43.
591 M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 82.

8.3.1 Het besluit om uitstel te verlenen

Een aanvraag voor uitstel van betaling door een overtreder moet worden aangemerkt als een aanvraag in de zin van de Awb. Het betreft immers een verzoek om een besluit door een belanghebbende. Ook de afwijzing van een dergelijke aanvraag is een besluit in de zin van de Awb.[592] Voor het behandelen van een verzoek om uitstel van betaling geldt geen wettelijke beslistermijn, maar als het besluit binnen een termijn van drie weken wordt genomen is dat in ieder geval redelijk.[593]

Het nemen van een aparte beschikking voor het verlenen van uitstel van betaling en/of een betalingsregeling wordt vaak als *"overbodig en/of onpraktisch gezien".*[594] Uit de praktijk blijkt ook dat uitstel vaak informeel of mondeling (telefonisch) wordt afgesproken vanuit de wens zijdens het bestuursorgaan om aanvullende beschikkingen (en dus rechtsingangen) alsmede het verlies van invorderingsmogelijkheden te voorkomen.[595] Een niet-schriftelijke regeling is echter geen besluit en kan dan ook geen uitstel van betaling als bedoeld in artikel 4:94, lid 1, jo. artikel 1:3 Awb zijn. Dat betekent dat de overtreder aan rechtsbescherming inboet bij het instemmen met een dergelijke handelwijze.

Uitstel van betaling kan echter wel worden verleend bij e-mail, aldus de ABRvS,[596] maar kan niet worden verleend bij schrijven van de advocaat van het bestuursorgaan.[597] Het niet tevens aan de gemachtigde bekendmaken van de beschikking, zoals verplicht op grond van artikel 2:1, lid 1, Awb, staat de inwerkingtreding van uitstel niet in de weg.[598] Het is verder niet vereist dat het besluit om al dan niet uitstel van betaling te verlenen wordt behandeld door een andere functionaris dan diegene die het sanctiebesluit heeft voorbereid.[599]

592 Rb. Utrecht 2 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW4360 en W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 162-163.

593 CBb 8 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:255.

594 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 87-88.

595 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 66-67.

596 ABRvS 16 november 2014, JG 2015/1 m.nt. O. Schuwer.

597 ABRvS 27 juli 2016, JG 2016/57, m.nt. T. Barkhuysen en A. Span, JM 2016/135, m.nt. E.J.H. Plambeck, Gst. 2016/131, m.nt. M. van de Loo en J.J.R. Lautenbach.

598 ABRvS 1 juli 2015, AB 2015/362, AB 2015/362, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2015/109, m.nt. R. Benhadi.

599 CBb 8 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:255.

Geen uitstel van betaling behelst de mededeling aan een overtreder dat "*met de invordering vooralsnog niet wordt gestart*".[600] Ook een bericht aan de rechter met de strekking dat hangende beroep niet zal worden ingevorderd behelst geen uitstel van betaling.[601] De mogelijkheid om uitstel van betaling te verlenen is verder niet afhankelijk van het vooraf nemen van een invorderingsbeschikking, maar wel van het vooraf nemen van een betalingsbeschikking. Bij een invorderingsbeschikking is de geldschuld immers al van rechtswege ontstaan voorafgaand aan de invorderingsbeschikking, in tegenstelling tot de betalingsbeschikking waarbij de geldschuld pas bij de beschikking komt te ontstaan.[602]

8.3.2 Evenredigheid van (de voorwaarden van) het besluit om uitstel te verlenen

Het verlenen van uitstel van betaling is een discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan. De bestuursrechter toetst de weigering om uitstel van betaling te verlenen dan ook aan artikel 3:4 Awb. De geldschuldenregeling geeft geen regels over de vraag wanneer de overheid gehouden is uitstel van betaling te bieden. Dat blijkt in de praktijk als gemis te worden ervaren.[603] Bij het ontbreken van dergelijke regels heeft het bestuursorgaan veel vrijheid in de beoordeling van of uitstel van betaling wordt verleend. In de praktijk wordt er doorgaans wel coulance betracht door de overheid.[604] Scheltema wijst erop dat de beschikbare beleidsvrijheid er ook toe leidt dat een vordering bij de voorzieningenrechter om de betalingsbeschikking te schorsen bij een weigering van uitstel van betaling, weinig kans van slagen heeft.[605] De jurisprudentie lijkt deze opvatting te ondersteunen.[606]

De ruime vrijheid van het bestuursorgaan om al dan niet uitstel te verlenen betekent ook dat de beslissing om geen uitstel te verlenen met enige terughoudendheid wordt getoetst. De ABRvS overweegt in een uitspraak van 18 maart 2015 dat voor het oordeel dat uitstel van betaling moet worden verleend vereist is dat:

600 ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2618.
601 ABRvS 9 april 2014, AB 2014/247, m.nt. T.N. Sanders en ABRvS 5 augustus 2015, AB 2015/382, m.nt. T.N. Sanders.
602 ABRvS 3 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2964.
603 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 39-40.
604 Ibidem.
605 M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 82 – Den Ouden e.a. onderschrijven dit oordeel, zie: W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 39-40.
606 Rb. Zwolle-Lelystad 7 juli 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR2017 zie ook: CBb 12 mei 2015, AB 2015/238, m.nt. T.N. Sanders.

> *"omstandigheden aannemelijk zijn gemaakt op grond waarvan zou moeten worden geoordeeld dat* [de overtreder] *niet over de financiële middelen beschikt of kan beschikken om die geldsom te voldoen en derhalve van hem in redelijkheid niet mag worden verwacht dat hij de verschuldigde geldsom niet binnen de betalingstermijn betaalt."*[607]

De vaste gedragslijn dat geen uitstel van betaling wordt verleend bij fraude met uitkering gelet op de door de wetgever gewenste hardere aanpak bij sociale zekerheidsfraude, werd door de rechtbank Rotterdam als niet onredelijk aangemerkt zodat de weigering van het verzoek om uitstel van betaling te verlenen terecht werd geacht. Overigens nam de rechtbank daarbij in aanmerking dat "*bij incasso rekening gehouden moet worden met de beschikbare middelen van de schuldenaar en dat daarbij de zogenoemde beslagvrije voet in acht moet worden genomen.*"[608] Wordt er expliciet om een betalingsregeling gevraagd, dan geldt er op zich geen termijn voor het nemen van dat besluit (behalve de redelijke van artikel 4:13 Awb uiteraard). Het is mogelijk dat het bestuursorgaan de termijn voor het indienen van een aanvraag om een betalingsregeling beperkt. Het bij ministeriële regeling bepalen dat een aanvraag om een betalingsregeling binnen drie weken na de betalingsbeschikking moet zijn ingediend is niet onredelijk en het bestuursorgaan dat besluit om de aanvraag voor een betalingsregeling af te wijzen omdat het niet binnen drie weken is ingediend handelt dan ook niet in strijd met artikel 3:4 Awb, aldus de rechtbank Utrecht.[609] In hoger beroep onderschrijft de ABRvS dit oordeel, met daarbij wel de kanttekening dat:

> "[e]*en strikte toepassing van de termijn van drie weken* [...] *onredelijk* [kan] *zijn, indien zich bijzondere omstandigheden voordoen."*[610]

Als eenmaal een betalingsregeling is vastgesteld, kan de redelijkheid daarvan aan toetsing door de bestuursrechter worden onderworpen. Bij het beoordelen van de redelijkheid van de aangeboden betalingsregeling is "*uitsluitend de betalingscapaciteit van de betrokkene, in relatie tot het vast te stellen termijnbedrag, ter beoordeling*",[611] en wordt niet opnieuw de redelijkheid van de onderliggende sanctie beoordeeld – aldus de ABRvS. De evenredigheidstoets is dan ook zeer terughoudend, maar de ondergrens is dat een betalingsregeling er niet toe mag leiden dat de overtreder onder het bestaansminimum (lees: de beslagvrije voet) moet leven.[612] Dat is overigens een uitvloeisel van de rechtspraak van de ABRvS dat als bij de oplegging

607 ABRvS 18 maart 2015, AB 2015/245, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok.
608 Rb. Rotterdam 18 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9450.
609 Rb. Utrecht 2 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW4360.
610 ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1628.
611 ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:538.
612 ABRvS 21 oktober 2015, AB 2016/292, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:538.

van een bestuurlijke boete vaststaat dat betaling van de boete betekent dat de overtreder onder het bestaansminimum zal moeten leven (in dat geval: om € 50,- per maand te kunnen afbetalen op een boete van € 6.000,-), de geldschuld dan moet worden gematigd gelet op het evenredigheidsbeginsel in artikel 5:46 Awb.[613] Deze lijn van de ABRvS roept de vraag op hoe wordt omgegaan met gevallen waarin de hoogte en de evenredigheid van de sanctie reeds onherroepelijk is vastgelegd in de sanctiebeschikking en waar uitsluitend de betalingsregeling ter beoordeling staat. De ABRvS heeft in een dergelijk geval geoordeeld dat het de bestuursrechter niet is toegestaan om dan alsnog het boetebedrag te matigen. Bij het beroep tegen de accessoire beschikking kan slechts de hoogte van de termijnbedragen en de duur van de regeling ter discussie staan.[614] Met andere woorden, blijkt bij de vaststelling van de betalingsregeling en het beoordelen van de betalingscapaciteit dat de sanctie – achteraf gezien – onevenredig had moeten worden geacht, dan heeft de appellant pech. Hij zal de volledige boete moeten betalen: "*een betalingsregeling laat immers de hoogte van de boete onverlet*".[615] Interessant om te constateren is dat, hoewel de ABRvS expliciteert dat de evenredigheid van de sanctie niet opnieuw ter beoordeling komt te staan in het kader van de accessoire beschikking, de toets of die accessoire beschikking (de aangeboden betalingsregeling) evenredig is, materieel op hetzelfde neerkomt als de evenredigheidstoets bij de sanctie. Als een sanctie of een betalingsregeling, het gevolg heeft dat onder het bestaansminimum (lees: de beslagvrije voet) moet worden geleefd door de overtreder, dan is dat onevenredig.

Ook interessant in dat verband is dat door de CRvB bij het bepalen van de redelijkheid van die betalingsregeling wordt aangesloten bij de jurisprudentie aangaande de vraag óf er mag worden teruggevorderd. Zo oordeelde de CRvB in het kader van een verzoek om een betalingsregeling in het kader van de terugvordering van een Participatiewet uitkering als volgt:

> "*7.4.2. Betrokkenen hebben niet aannemelijk gemaakt dat de vaststelling van het aflossingsbedrag op een bedrag van € 623,38 per maand voor hen tot onaanvaardbare gevolgen heeft geleid of zal leiden.* […] *In een medische rapportage van PSYQ van 10 september 2013 is vastgesteld dat betrokkene 1 sinds 2008 aan een posttraumatische stressstoornis en een depressie lijdt en dat er geen zicht is op herstel, omdat de betalingsregeling van het fraudebedrag nog jaren zal voortduren. Als er geen zicht op verbetering komt, kan dit ernstige gevolgen hebben omdat suïcidale gedachten nog steeds aanwezig zijn. Hieruit volgt echter nog niet dat het besluit van 15 oktober 2014 leidt tot onaanvaardbare sociale en/of financiële gevolgen van de medeterugvordering voor betrokkene 1 is.*"[616]

613 ABRvS 21 oktober 2015, AB 2016/292, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
614 ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:538.
615 ABRvS 6 februari 2013, AB 2015/121, O.J.D.M.L. Jansen.
616 CRvB 19 april 2016, USZ 2016/211, m.nt. H.W.M. Nacinovic.

Bij het vaststellen van een redelijke afbetalingsregeling bij de terugvordering van een subsidie speelt draagkracht een rol, aldus de CRvB.[617] Uit de jurisprudentie lijkt verder te volgen dat de ondergrens van wat 'redelijk' is bij een betalingsregeling bij terugvorderingen van subsidies wordt bepaald door de normen die gelden voor de evenredigheid van de terugvordering – ook al kan de evenredigheid van de sanctie niet opnieuw ter discussie worden gesteld in het kader van de betalingsregeling.[618] Met andere woorden, er moet (afhankelijk van de specifieke sanctie) sprake zijn van dringende redenen, onaanvaardbare gevolgen of bijzondere omstandigheden wil een besluit om uitstel van betaling te verlenen (of weigeren), dan wel een betalingsregeling af te spreken, onrechtmatig worden geacht. Ik concludeer dan ook dat het verzoek om uitstel van betaling te verlenen qua materiële normering een gelijk toetsingskader heeft als de invorderings- of terugvorderingsbeschikking waar het verzoek om uitstel op ziet.

Het is naar mijn mening goed te verdedigen dat het besluit tot verlening van uitstel van betaling aan dezelfde toetsingsmaatstaf wordt onderworpen als het besluit om de geldschuld in- of terug te vorderen. Immers, het verlenen van uitstel staat de feitelijke uitvoering van het sanctiebesluit in de weg. Het is niet goed voorstelbaar dat moet worden gewacht met in- of terugvordering vanwege omstandigheden die niet aan in- of terugvordering in de weg zouden staan. Andersom is het ook niet goed voorstelbaar dat niet hoeft te worden gewacht bij een omstandigheid die de in- of terugvordering in zijn geheel in de weg zou staan.

8.4 Het besluit om de geldschuld kwijt te schelden

Onder kwijtschelden versta ik het – nadat het in- of terugvorderingsbesluit onherroepelijk is – ontslaan van de burger van de verplichting om de schuld (nog verder) af te lossen. In de praktijk wordt ook vaak voordat het besluit onherroepelijk is om 'kwijtschelding' gevraagd. Dat betreft dan het (gedeeltelijk) afzien van terugvordering, dan wel het feitelijk matigen van de sanctie tot nihil.[619]

Kwijtschelding is een onderwerp dat in de sanctiepraktijk van groot belang is, maar dat niet geregeld is in titel 4.4 van de Awb. De wetgever meende namelijk dat nu het algemene uitgangspunt is dat schulden betaald dienen te worden (en er dus nooit kwijtgescholden wordt), eventuele kwijtscheldingsregelingen in de bijzondere regelingen zouden moeten worden opgenomen.[620] Vervolgens overweegt de wetgever:

617 CRvB 17 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY0445.
618 ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:538.
619 Zie bij wijze van voorbeeld: CBb 21 september 2015, AB 2016/53, m.nt. A. Klap.
620 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr.3, p. 13.

> *"Het onderhavige wetsvoorstel voorziet met opzet niet in een algemene bevoegdheid tot kwijtschelding. Kwijtschelding komt er in veel gevallen op neer dat een burger wordt ontslagen van wettelijke verplichtingen tot betaling. Dit dient uitzondering te blijven en kan daarom zo nodig beter door de bijzondere wetgever worden geregeld."*[621]

Naar aanleiding van vragen van de vaste Kamercommissie van Justitie hierover overweegt de regering dat:

> *"Wij hebben onze gedachten nogmaals laten gaan over de vraag of het zinvol is* [om] *een algemene regeling voor, al dan niet partiële, kwijtschelding toe te voegen. Een algemene wettelijke regeling is echter niet goed realiseerbaar, aangezien de gevallen waarin kwijtschelding op haar plaats is, te veel van geval tot geval verschillen. Bovendien valt niet uit te sluiten dat een dergelijke voorziening in de praktijk een zekere aanzuigende werking zal hebben, terwijl het uitgangspunt toch moet zijn dat schulden worden voldaan. Dit alles sluit overigens niet uit dat in bijzondere wetgeving voor een bepaald geval een kwijtscheldingsregeling wordt opgenomen."*[622]

Kortom: een regeling voor kwijtschelding zou te complex zijn en bovendien een aanzuigende werking hebben zodat het niet wenselijk is die regeling in titel 4.4 Awb op te nemen.

Zowel door Scheltema[623] als door Den Ouden, Kortmann e.a.[624] is twijfel geuit over de kracht van dit argument van de regering. Ook ik acht dit argument niet zonder meer overtuigend – al is het maar omdat de praktijk uitwijst dat kwijtscheldingsverzoeken aan de orde van de dag zijn en veel bestuursorganen vaak beleid hebben ten aanzien van wanneer zij een dergelijk verzoek honoreren (en zelfs op hun websites vaak melding maken van de mogelijkheid om kwijtschelding aan te vragen). In de evaluatie van de geldschuldenregeling werd dan ook voorgesteld om toch een regeling voor kwijtschelding op te nemen in titel 4.4. De regering heeft in reactie op de evaluatie te kennen gegeven – zonder dat verder te motiveren – echter niet te zullen voorzien in een regeling ten aanzien van de kwijtschelding in de Awb.[625] Het is dus niet te verwachten dat het gebrek aan een regeling in titel 4.4 Awb op de korte termijn zal worden verholpen.

621 Ibid, p. 23-24.
622 Kamerstukken II 2005/06, 29702, nr. 7, p. 8.
623 M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 85.
624 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 82.
625 Kamerstukken II 2013/14, 29279, nr. 205, p. 2.

8.4.1 Is kwijtschelding een impliciete bevoegdheid?

Onder het huidige recht bestaat er dus geen algemene expliciete grondslag voor kwijtschelding (hoewel artikel 4:125 Awb het "*besluit tot kwijtschelding*" noemt als accessoire beschikking). De eerste vraag is dan ook of kwijtschelding mogelijk is indien daar geen expliciete wettelijke grondslag voor bestaat. In veel sociale zekerheidswetgeving is een expliciete kwijtscheldingsmogelijkheid opgenomen, maar buiten het sociale zekerheidsrecht ontbreekt die expliciete bevoegdheid vaak. Scheltema merkt daarover op dat het "*niet ondenkbaar* [is] *dat een bestuursorgaan (of een burger) ook zonder dat de bevoegdheid daartoe in een bijzondere wet is opgenomen een schuld kwijtscheldt.*"[626] Den Ouden, Kortmann e.a. merken verder op dat:

> *"Aangenomen kan worden dat voor kwijtschelding een ongeschreven bevoegdheid bestaat ('wie het meerdere mag, mag ook het mindere'). Deze ongeschreven bevoegdheid is discretionair van aard; de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen echter met zich brengen dat een bestuursorgaan verplicht is om tot kwijtschelding over te gaan.*[627]

De CRvB oordeelde in een uitspraak van 10 december 2014 dat een besluit tot kwijtschelding in algemene zin "*niet kan worden gebaseerd op een bepaling van titel 4.4 van de Awb*". Vervolgens maakt de CRvB een onderscheid tussen enerzijds geldschulden die dwingend zijn vastgesteld (zonder wettelijke mogelijkheid tot afwijking) en geldschulden vastgesteld op grond van een discretionaire bevoegdheid. Alleen bij discretionaire geldschulden mag worden aangenomen dat de bevoegdheid tot vaststelling van de geldschuld de bevoegdheid tot gehele of gedeeltelijke kwijtschelding omvat.[628] In het geval aan de orde in de CRvB uitspraak van 10 december 2014 betrof het de vaststelling van een eigen bijdrage op grond van de AWBZ – een discretionaire bevoegdheid. De CRvB overweegt daarom dat:

> *"*[n]*u de geldschuld van betrokkene voortvloeit uit het besluit van appellant om de eerder vastgestelde eigen bijdrage met terugwerkende kracht te herzien, komt appellant, omdat het daarbij om de toepassing van een discretionaire bevoegdheid gaat, ook de bevoegdheid toe om de daaruit voortvloeiende geldschuld in de vorm van een eigen bijdrage geheel of gedeeltelijk kwijt te schelden. Uit de stukken blijkt dat appellant in de door betrokkene bij zijn verzoek om kwijtschelding aangevoerde omstandigheden geen reden heeft gevonden om daartoe over te gaan."*[629]

626 M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 85.

627 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 82-83.

628 CRvB 10 december 2014, AB 2015/208, m.nt. Y.M. van der Vlugt.

629 CRvB 10 december 2014, AB 2015/208, m.nt. Y.M. van der Vlugt.

Het voorgaande lijkt mij een juiste benadering. De bevoegdheid tot kwijtschelding is naar mijn mening alleen impliciet aanwezig indien het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid heeft ten aanzien van de vraag of er wordt in- of teruggevorderd. Een andere opvatting zou namelijk (bijvoorbeeld) de door de wetgever opgenomen gebonden in- of terugvordering zinledig maken. Tegelijkertijd wijs ik erop dat het in de praktijk geregeld voor komt dat er niets te halen valt en dat de vordering bij voorbaat kansloos moet worden geacht. De vordering wordt dan ook 'kwijtgescholden'. Het bestuursorgaan kiest er immers bewust voor om niet in te gaan vorderen en geen nodeloze kosten te maken – ook al is hij daartoe strikt genomen niet bevoegd. Dat erkent de wetgever ook, maar de wetgever acht dat de beslissing om dan niet meer door te gaan met invordering een feitelijke handeling en geen besluit tot kwijtschelding.[630] Daarnaast komt het in de praktijk voor dat een bestuursorgaan om beleidsmatige redenen wenst af te zien van invordering. Het lijkt mij dan niet erg waarschijnlijk dat die beslissing wereldkundig wordt gemaakt (hooguit aan de overtreder), laat staan dat er een besluit in de zin van de Awb wordt genomen en bekendgemaakt. In zoverre constateer ik dat de discussie omtrent het al dan niet bestaan van de bevoegdheid tot kwijtschelding in feite alleen maar relevant is voor de vraag of de bestuursrechter bevoegd is om te oordelen over de beslissing van het bestuursorgaan om al dan niet positief te reageren op een verzoek om kwijtschelding en niet zozeer vanuit de vraag of een bestuursorgaan feitelijk kan kwijtschelden.

8.4.2 Evenredige kwijtschelding

Uitgaande van een discretionaire in- of terugvorderingsbevoegdheid – en daarmee het bestaan van een bevoegdheid om kwijt te schelden – betreft de beslissing op een verzoek om kwijtschelding een besluit in de zin van de Awb. Bij een gebonden terugvordering van een uitkering bij wijze van sanctie is geen sprake van een besluit, omdat het bestuursorgaan niet bevoegd is om kwijt te schelden.

De bevoegdheid om een besluit te nemen impliceert ook de bevoegdheid om – bij onjuiste inlichtingen – het besluit weer in te trekken. Als de verzoeker – naar achteraf blijkt – onjuiste inlichtingen heeft verstrekt, kan ook een kwijtscheldingsbesluit worden ingetrokken, zo oordeelde de rechtbank Gelderland.[631]

Het komt regelmatig voor dat bestuursorganen beleidsregels vaststellen, dan wel 'interne notities' hebben, met betrekking tot onder welke voorwaarden een geldschuld kan worden kwijtgescholden. Het hebben van dergelijk beleid op dit vlak is echter niet verplicht. Bij het ontbreken van beleid op dit vlak toetst de CRvB bij

630 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr.3, p. 23-24.
631 Rb. Gelderland 29 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6027.

kwijtschelding van subsidieterugvorderingen of er sprake is van onaanvaardbare psychische of financiële gevolgen van de terugvordering, gelijk de toets bij het terugvorderingsbesluit.[632]

Voor zover er wel beleidsregels zijn vastgesteld, toetst de CRvB aan artikel 4:84 Awb. De vraag is dan of de beleidsregels correct zijn toegepast[633] en of er bijzondere omstandigheden zijn om van die beleidsregels af te wijken.[634] Die bijzondere omstandigheden kunnen op zich zijn gelegen in financiële omstandigheden, maar ook hier (gelijk bij het terugvorderingsbesluit) past de CRvB de lijn toe dat de beslagvrije voet beschermt tegen onaanvaardbare gevolgen:

> "[...] *Met de rechtbank is de Raad van oordeel dat daarin geen grond is gelegen voor het oordeel dat het college aanleiding had moeten zien om met toepassing van artikel 4:84 van de Awb van de Beleidsregels af te wijken. De Raad benadrukt hier dat zich vele personen in de omstandigheid bevinden dat zij al langdurig op een schuld aflossen, zonder dat zij uitzicht hebben op het volledig aflossen van de verschuldigde hoofdsom. Appellant heeft, net als die anderen, de bescherming van de regels inzake de beslagvrije voet, zodat hij steeds de beschikking zal houden over een inkomen ter hoogte van 90% van de toepasselijke bijstandsnorm.*"[635]

Het is naar mijn mening goed te verdedigen dat het besluit om kwijt te schelden aan dezelfde toetsingsmaatstaf wordt onderworpen als het besluit om de sanctie in- of terug te vorderen. Immers, kwijtschelding staat de feitelijke uitvoering van het sanctiebesluit in de weg. Het is niet goed voorstelbaar dat moet worden kwijtgescholden in- of terugvordering vanwege omstandigheden die niet aan in- of terugvordering in de weg zouden staan. Andersom is het ook niet goed voorstelbaar dat niet zou hoeven worden kwijtgescholden bij een omstandigheid die de in- of terugvordering in zijn geheel in de weg zou staan.

8.5 Het besluit om de wettelijke rente in te vorderen

Ingevolge artikel 4:97 Awb is een schuldenaar van rechtswege in verzuim indien hij niet binnen de voorgeschreven termijn betaald. De voorgeschreven betalingstermijn is in de regel zes weken nadat de betalingsbeschikking op voorgeschreven wijze bekend is gemaakt, tenzij de wet, of de beschikking, een afwijkende betalingstermijn

632 CRvB 22 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2481.

633 Zie bijvoorbeeld: CRvB 15 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1618, waarin de CRvB de geldschuld zelf voorziend kwijtscheldt omdat voldaan is aan de voorwaarden in de beleidsregels en CRvB 17 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1884.

634 CRvB 27 januari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:146.

635 Ibidem. In gelijke zin: CRvB 26 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2016:1546.

bevat (artikel 4:87 Awb). Voor dwangsommen geldt bijvoorbeeld dat de dwangsom van rechtswege verschuldigd is vanaf het moment van verbeurte en dat de dwangsom binnen zes weken moet worden voldaan (artikel 5:33 Awb).

Vanaf het moment van verzuim is de schuldenaar wettelijke rente verschuldigd (artikel 4:98, lid 1, Awb), overeenkomstig artikel 6:119, lid 1 en lid 2, en 6:120, lid 1, BW (de bepalingen in het BW aangaande de wettelijke rente). Er is door de burger geen wettelijke rente verschuldigd indien er minder dan € 20,- aan wettelijke rente zou zijn verschuldigd. De verschuldigde wettelijke rente moet bij beschikking worden vastgesteld (artikel 4:99 Awb). De verschuldigde wettelijke rente kan bij dwangbevel worden ingevorderd (artikel 4:119, lid 1, Awb). Als de betalingsverplichting wordt geschorst door de bestuursrechter, dan wel uitstel van betaling wordt verleend, blijft wettelijke rente verschuldigd over de termijn van uitstel of schorsing (artikel 4:101 Awb). Als een sanctie wordt betaald, maar de betalingsverplichting achteraf wordt vernietigd,[636] is het bestuursorgaan verplicht om de wettelijke rente te vergoeden aan de belanghebbende over de periode dat het ten onrechte de beschikking had over de gelden.

Er geldt geen verplichting om wettelijke rente in te vorderen. Dit betekent dat het soms "*praktischer en wellicht zelfs goedkoper* [is om] *daar maar van af te zien.*"[637] Dat is voornamelijk het geval waar complexe berekeningen moeten worden uitgevoerd om een bedrag dat relatief laag zal moeten zijn vast te stellen. Ook ervaren bestuursorganen het soms als 'niet-chic' om wettelijke rente in rekening te brengen als de hoofdverplichting gewoon is voldaan door de soms toch al niet erg draagkrachtige burger.[638] Het feit dat het besluit tot het opeisen van de verschuldigde wettelijke rente een nieuw bezwaarmoment creëert (zodat 'beroepsquerulanten' weer een procedure kunnen opstarten) schrikt bestuursorganen ook af.[639]
De rechtspraak op het vlak van de wettelijke rente ziet voornamelijk op de vraag of de wettelijke rente correct is berekend. Dat blijkt nogal eens niet het geval te zijn.[640] Verder is vermeldenswaardig dat uit een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland volgt dat als het bestuursorgaan de mogelijkheid had om te verrekenen, maar die niet

636 Artikel 4:102, lid 1, Awb spreekt van 'de beschikking', maar een dwangsom kan natuurlijk ook worden betaald op voet van de verplichting die uit de wet voortvloeit (artikel 5:33 Awb). Als later alsnog een invorderingsbeschikking volgt terwijl die wordt vernietigd, dan neem ik aan dat een redelijke wetsuitleg met zich meebrengt dat ook dan wettelijke rente is verschuldigd door het bestuursorgaan.

637 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 284.

638 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 68-69.

639 Ibid, p. 69.

640 Zie bijvoorbeeld: CRvB 15 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1618 en CRvB 29 september 2015, AB 2016/11, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

heeft benut; hij achteraf geen wettelijke rente kan eisen over zijn vordering op de belanghebbende. Die vordering had het bestuursorgaan immers kunnen verrekenen.[641]

Een toetsing van de evenredigheid van het besluit om wettelijke rente in te vorderen heb ik niet mogen aantreffen. Dat is ook op zich begrijpelijk: de verschuldigdheid van de wettelijke rente volgt uit de wet en het wordt ook algemeen aanvaard dat een schuldenaar die niet op tijd betaald de wettelijke rente moet vergoeden. Daar ontstaan dan ook geen discussies over. Dat feit maakt dat de rechterlijke toets van de rentebeschikking in de praktijk weinig meer is dan het nalopen van de rekensom van het bestuursorgaan. Formeel blijft het besluit om wettelijke rente in te vorderen uiteraard ook een besluit waar men de evenredigheid van moet toetsen, maar omdat die evenredigheid onlosmakelijk samenhangt met de evenredigheid van het in- of terugvorderingsbesluit, terwijl ik een zelfstandige toets van een rentebeschikking door een bestuursrechter niet in de gepubliceerde jurisprudentie noch in de praktijk heb mogen aantreffen, meen ik dat voor die evenredigheid door de rechter impliciet wordt aangehaakt bij de toetsing van de evenredigheid van de moederbeschikking. Met andere woorden: het is evenredig om de sanctie te effectueren, dus is de invordering van wettelijke rente eveneens evenredig te achten (en andersom).

In de evaluatie van de geldschuldenregeling zijn twee knelpunten gesignaleerd in de regeling omtrent de wettelijke rente die relevant zijn bij sancties. Ten eerste dat de burger soms wordt verrast met het feit dat hij wettelijke rente is verschuldigd.[642] Ten tweede dat bij terugvorderingen op grond van de Awb slechts wettelijke rente is verschuldigd vanaf zes weken na de betalingsbeschikking. Voor het vorderen van wettelijke rente over de periode dat het bedrag ten onrechte ter beschikking stond aan de overtreder is geen wettelijke basis in de Awb. In de bijzondere wetgeving wordt soms wel in die mogelijkheid voorzien. Dat is bijvoorbeeld bij Europese subsidies het geval,[643] maar ook bij uitkeringen.[644]

Met betrekking tot de 'verrassingen' voor burgers zijn er twee punten in de geldschuldenregeling die burgers voor nogal onaangename verrassingen kunnen stellen. Ten eerste dat bij dwangsommen de wettelijke rente automatisch begint te lopen vanaf zes weken na de verbeurte van rechtswege. Ten tweede dat de wettelijke rente

641 Rb. Noord-Holland 12 mei 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:4613.

642 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 68.

643 Zie bijvoorbeeld artikel 7 Kaderwet SZW-subsidies en artikel 6 Kaderwet LNV-subsidies.

644 Zie bijvoorbeeld artikel 58, lid 5, Pw – doch dit is gelimiteerd tot twee jaar voor het terugvorderingsbesluit.

bij schorsing van de beschikking en uitstel van betaling in de regel gewoon doorloopt.[645]

Voor wat betreft het door lopen van de wettelijke rente: dit is een probleem dat vooral samenhangt met de gebrekkige bekendheid van burgers en rechtsbijstandverleners met de geldschuldenregeling. Het is immers mogelijk om bij het verzoek om uitstel van betaling dan wel het verzoek om schorsing van de betalingsbeschikking eveneens het bestuursorgaan (of de bestuursrechter) te verzoeken om te bepalen dat voor de duur van het uitstel of de schorsing geen wettelijke rente verschuldigd zal zijn.

Ten aanzien van het ongezien aanvangen van de wettelijke rente wijs ik op het volgende. Michiels, Blomberg en Jurgens zijn vrij nuchter over het knelpunt dat wettelijke rente begint te lopen vanaf zes weken na verbeurte zonder dat de burger daar erg in heeft. Zij merken daarover op dat in de praktijk:

> *"Als rente al in rekening wordt gebracht,* [...] *dat veelal pas* [gebeurt] *vanaf de dag dat de invorderingsbeschikking bekend is gemaakt."*[646]

Zij merken daar verder over op dat de automatische wettelijke rente er toe leidt dat de overtreder belang heeft bij een tijdige invorderingsbeschikking – dan krijgt hij namelijk duidelijkheid over de verschuldigde bedragen en vanaf wanneer hij rente zou zijn verschuldigd, hetgeen als gunstig wordt gezien.[647] Den Ouden, Kortmann e.a. zijn kritischer over de 'sluipende rente' in die zin dat zij constateren dat burgers zich met een zekere regelmaat beklagen over:

> *"het feit dat zij zich niet bewust waren van lopende wettelijke rente en dat die als onaangename verrassing toch in rekening werd gebracht."*[648]

Dit probleem lijkt zich het sterkst voor te doen bij dwangsommen omdat de rente in dat geval vanaf zes weken na de verbeurte ongemerkt begint te lopen. Voor de invorderingsbeschikking is daarom door Sluiter, van den Broek en Timmer voorgesteld om de wettelijke rente pas te laten ingaan vanaf zes weken na de totstandkoming

645 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 68.

646 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 284.

647 Ibid, p. 281.

648 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 68.

van de invorderingsbeschikking. Alternatief daarvoor zou volgens hen kunnen zijn dat het bestuursorgaan de overtreder tijdig informeert over de verbeurte.[649] De wetgever heeft zich echter niet uitgesproken over dit punt in zijn reactie op de evaluatie. Naar mijn mening zou het inderdaad een stuk praktischer zijn als de wettelijke rente pas zou beginnen te lopen op het moment dat niet binnen zes weken na de invorderingsbeschikking is betaald. De praktijk wijst echter uit dat bestuursorganen – als zij al de wettelijke rente invorderen – kiezen voor deze benadering. Tegelijkertijd wijst dit erop dat betwijfeld kan worden of ingrijpen van de wetgever op dit punt noodzakelijk is. Naar mijn mening niet: het leidt in de praktijk namelijk zelden tot problemen.

Interessante vraag in dat kader is of het niet vermelden van een betalingstermijn in de betalingsbeschikking gevolgen moet hebben voor de mogelijkheid voor het bestuursorgaan om wettelijke rente te eisen. Scheltema betoogt dat het niet vermelden van de betalingstermijn in een betalingsbeschikking ertoe zou moeten kunnen leiden dat een termijnoverschrijding verschoonbaar moet worden geacht. Als dat het geval is dan treedt er geen verzuim in en is er dus geen wettelijke rente verschuldigd – aldus Scheltema.[650] De CRvB heeft inmiddels geoordeeld dat het vermelden van de betalingstermijn in een beschikking een constitutief vereiste is voor de betalingsbeschikking.[651] Als in een betalingsbeschikking dus geen betalingstermijn is opgenomen heeft dat daarom mijns inziens tot gevolg dat de betalingsverplichting niet is komen te ontstaan. Linksom of rechtsom treedt er bij het niet vermelden van de betalingstermijn geen verzuim in en is wettelijke rente om die reden niet verschuldigd.

8.6 De concentratiebepalingen: artikel 4:125, 5:31c en 5:39 Awb

Tegen een accessoire beschikking staat bezwaar en beroep open. Omdat er in het invorderingstraject doorgaans een of meerdere accessoire beschikkingen zullen worden genomen, heeft de wetgever met de invoering van de geldschuldenregeling het risico in het leven geroepen dat er een aantal parallelle bezwaar- en beroepsprocedures zouden lopen over verschillende aspecten van dezelfde geldschuld. Dat werd onwenselijk geacht vanuit het oogpunt van proceseconomie.[652] Om die reden is in artikel 4:125 Awb voorzien in de zogenaamde 'concentratiebepaling'. In deze bepaling wordt voorzien in een geconcentreerde rechtsbescherming, waarbij beschikkingen die materieel zien op dezelfde geldschuld zo veel mogelijk in een en dezelfde procedure worden behandeld.

649 I. Sluiter, L.I. van den Broek en M.C. Timmer, 'De regeling voor bestuursrechtelijke geldschulden in de Vierde tranche Awb. Over de vragen die rijzen bij het uitvoeren van de regels voor invordering (van verbeurde dwangsommen)', TFR 2008, p. 426-427.

650 M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 88.

651 CRvB 20 januari 2016, AB 2016/225, m.nt. T.N. Sanders, USZ 2016/112, m.nt. M. Koolhoven, Gst. 2016/56, m.nt. L.J.M. Timmermans.

652 Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 69.

De concentratiebepaling voorziet daarmee in proceseconomische winst. Door feitelijk in verlies van (een of meerdere) instanties te voorzien wordt bewerkstelligd dat de meeliftende beschikking sneller kan worden afgehandeld en daarmee dat het geschil in zijn geheel sneller definitief kan worden beslecht. Het bestaan van artikel 4:125 Awb wordt in de praktijk dan ook gewaardeerd (blijkens ook de evaluatie van de geldschuldenregeling).[653] Wel zijn er een aantal knelpunten en onduidelijkheden die de aandacht verdienen. Deze zullen hierna per onderwerp worden behandeld.

Daarnaast zijn er ook concentratiebepalingen opgenomen in de Awb die zien op concentratie van de rechtsbescherming bij de last dwangsom en de invorderingsbeschikking (artikel 5:39 Awb) alsmede de last onder bestuursdwang en de kostenverhaalsbeschikking (artikel 5:31c Awb). Strikt genomen zien deze bepalingen niet op accessoire beschikkingen zoals bedoeld in dit hoofdstuk van het proefschrift. Toch behandel ik ze met de concentratiebepaling van artikel 4:125 Awb. Dat komt omdat de bepalingen qua terminologie en werking sterk overeenkomen. Dit licht ik hierna eerst toe, waarna op de knelpunten in de regelingen worden ingegaan.

8.6.1 Verschillen en overeenkomsten tussen artikel 4:125, 5:31c en 5:39 Awb

In artikel 4:125, lid 1, Awb is bepaald dat bezwaar, beroep of hoger beroep tegen de "*beschikking waarbij de verplichting tot betaling van een geldsom is vastgesteld*", ook ziet op de accessoire beschikkingen van hetzelfde bestuursorgaan ten aanzien van die geldsom, voor zover de belanghebbende die beschikkingen betwist. In lid 2 is bepaald dat, als de betalingsbeschikking onherroepelijk is en er dus zelfstandig bezwaar of beroep mogelijk is tegen de accessoire beschikkingen, alle accessoire beschikkingen toch geconcentreerd worden behandeld. Lid 3 bevat nog een mogelijkheid voor de bestuursrechter om af te zien van een geconcentreerde behandeling als het om proceseconomische (of andere) redenen toch wenselijk is om de accessoire beschikking in een zelfstandige procedure te behandelen. Lid 4 bepaalt dat, zo mogelijk, de belanghebbende een afschrift van de accessoire beschikking dient te overleggen. In lid 5 is tot slot bepaald dat de concentratiebepaling ook van toepassing is bij een verzoek om voorlopige voorziening.

In artikel 5:31c Awb is een bijzondere concentratiebepaling opgenomen voor het geconcentreerd behandelen van de last onder bestuursdwang, de beschikking tot toepassing van bestuursdwang en de kostenverhaalsbeschikking. Artikel 5:31c Awb is grotendeels gelijkluidend aan artikel 4:125 Awb, zij het dat het onderwerp van de concentratie afwijkt en dat artikel 4:125, lid 2, Awb geen evenknie heeft in artikel 5:31c Awb. Dat is ook niet nodig, omdat artikel 4:125 Awb ook van toepassing is op de kostenverhaalsbeschikking.

653 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 168.

Artikel 5:39 Awb is de bijzondere concentratiebepaling voor de last onder dwangsom en "*een beschikking die strekt tot invordering van de dwangsom*". Behalve de beschikkingen die worden genoemd als onderwerp van de concentratiebepaling, is de bepaling gelijkluidend aan artikel 5:31c Awb.

Uit het voorgaande volgt dat – behoudens het onderwerp van de concentratiebepaling en artikel 4:125, lid 2, Awb – de bepalingen gelijkluidend zijn. Dit betekent dat de basisvereisten in lid 1 van zowel artikel 4:125, 5:31c en 5:39 Awb dezelfde zijn. Deze zijn dat (i) er bezwaar, beroep of hoger beroep aanhangig moet zijn tegen de 'moederbeschikking', (ii) de 'meeliftende' beschikking moet worden betwist en (iii) de meeliftende beschikking dan tegelijkertijd wordt behandeld met het bezwaar, beroep of hoger beroep tegen de moederbeschikking. Voor het overige geldt bij alle drie de bepalingen dat de bestuursrechter de behandeling van de 'meeliftende' beschikking desgewenst kan terugverwijzen naar een ander orgaan als de behandeling door dat orgaan gewenst is. Tot slot dient de belanghebbende bij alle concentratiebepalingen zo mogelijk een afschrift van de meeliftende beschikking te overleggen.

Omdat de bepalingen grotendeels gelijkluidend zijn, terwijl er ook geen aanleiding is om te veronderstellen dat de werking van de bepalingen (moeten) verschillen van elkaar, ga ik er voor het vervolg in beginsel vanuit dat de rechtspraak en de literatuur ten aanzien van één concentratiebepaling *mutatis mutandis* toegepast kunnen worden ten aanzien van de andere concentratiebepalingen. Gelet op het feit dat de onderwerpen niet bij alle concentratiebepalingen een 'betalingsbeschikking' enerzijds en een 'accessoire beschikking' anderzijds is, kies ik ervoor om de hoofdbeschikking aan te duiden als de 'moederbeschikking' (de betalingsbeschikking, de last onder dwangsom of de last onder bestuursdwang) en de nevenbeschikking als de 'meeliftende beschikking' (de accessoire beschikking, de kostenverhaalbeschikking of de invorderingsbeschikking).

8.6.2 Welke beschikkingen vallen onder het bereik van de concentratiebepalingen?

Artikel 4:125, lid 1, Awb merkt als moederbeschikking aan de "*beschikking waarbij de verplichting tot betaling van een geldsom is vastgesteld*". De meeliftende beschikkingen zijn de beschikkingen als bedoeld in artikel 4:93 (verrekening), 4:94 (uitstel van betaling), 4:95 (verlening van een voorschot), 4:99 (vaststellen wettelijke rente) Awb, alsmede de niet in de wet geregelde beschikking om kwijt te schelden. Omdat artikel 4:125 Awb spreekt van een beschikking waarbij een geldschuld wordt vastgesteld (als bedoeld in artikel 4:86 Awb), is de concentratiebepaling niet van

toepassing op geldschulden die rechtstreeks uit de wet voortvloeien als bedoeld in artikel 4:88, lid 3, Awb.[654]

a. Is artikel 4:125 Awb ook van toepassing op de invorderingsbeschikking?

Het kostenverhaal bij bestuursdwang, de terugvordering van subsidies en uitkeringen alsmede de invordering van een bestuurlijke boete, betreffen allemaal besluiten als bedoeld in artikel 4:86 Awb waarbij de verplichting tot betaling van een geldsom wordt vastgesteld. Daarop is de concentratiebepaling in artikel 4:125 Awb zonder meer van toepassing. Zoals echter eerder in dit proefschrift uiteengezet (zie onder 2.3), betreft een invorderingsbeschikking niet de vaststelling van een geldschuld als bedoeld in artikel 4:86 Awb. Immers, de verschuldigdheid van een dwangsom vloeit rechtstreeks uit de wet voort (artikel 5:33 Awb). Dat heeft de ABRvS ook in diverse uitspraken bevestigd. In de uitspraak van 19 april 2017 overweegt de ABRvS bijvoorbeeld: "[d]*e verbeurte van een dwangsom wegens het niet naleven van een last onder dwangsom en de verplichting een verbeurde dwangsom te betalen, volgen rechtstreeks uit de Awb.* […] *Een invorderingsbeschikking als bedoeld in artikel 5:37* […] *doet niet een betalingsverplichting ontstaan*".[655]

Naar de letterlijke tekst van artikel 4:125 Awb is de concentratiebepaling dus niet van toepassing op de invordering van dwangsommen. De invorderingsbeschikking ex artikel 5:37 Awb is immers niet een "*beschikking waarbij de verplichting tot betaling van een geldsom wordt vastgesteld*" als bedoeld in artikel 4:125 Awb. Nu artikel 5:39 Awb verder alleen voorziet in de concentratie van de rechtsbescherming ten opzichte van de last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking, is goed verdedigbaar dat de Awb niet voorziet in geconcentreerde rechtsbescherming tegen accessoire beschikkingen met betrekking tot de invordering van dwangsommen. Dat zou betekenen dat tegen de in dit hoofdstuk besproken accessoire beschikkingen, voor zover deze zien op de invordering van een dwangsom, telkens apart bezwaar en beroep openstaat.

De ABRvS lijkt zich van dit euvel niet bewust te zijn, dan wel ervoor te kiezen om het euvel te negeren. Zo noemt de ABRvS artikel 4:125 Awb in zijn uitspraken waar sprake is van accessoire beschikkingen ten opzichte van de invordering van een dwangsom gewoon in het overzicht van toepasselijke wettelijke bepalingen en behandelt zij regelmatig een verzoek om uitstel van betaling geconcentreerd met de invorderingsbeschikking.[656] Van het feit dat artikel 4:125 Awb volgens de tekst

654 M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 175, die daarbij verwijst naar: Kamerstukken II, 2003/2004, 29 702, nr.3, p. 70: "[e]*venmin staat dit artikel in de weg aan bezwaar of beroep tegen de nadere beschikking indien de verplichting tot betaling van rechtswege is ontstaan, zonder dat dit bij beschikking is vastgesteld* […]."

655 ABRvS 19 april 2017, AB 2017/280, m.nt. T.N. Sanders.

656 ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2964 zie ook: ABRvS 1 juli 2015, AB 2015/362, m.nt. T.N. Sanders en ABRvS 18 maart 2015, AB 2015/245, L.D. van Kleef-Ruigrok.

van de wet niet van toepassing zou zijn op de invordering van dwangsommen wordt met geen woord gerept in de uitspraken. In een uitspraak van 30 december 2015 overweegt de ABRvS bijvoorbeeld:

> *"3.* [appellant] *richt zich in hoger beroep tegen het oordeel van de rechtbank over het besluit van 7 juli 2014, zoals gehandhaafd bij het besluit van 11 november 2014, en tegen het invorderingsbesluit van 9 februari 2015. Dit besluit wordt, gelet op artikel 5:39, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), geacht eveneens onderwerp te zijn van dit geding. Het hoger beroep heeft, gelet op artikel 4:125, eerste lid, mede betrekking op het besluit van 24 februari 2015, waarbij is geweigerd uitstel van betaling te verlenen."*[657]

Ook Scheltema gaat uit van de toepasbaarheid van artikel 4:125 Awb op de invordering van dwangsommen. Zo staat hij bijvoorbeeld stil bij de werking van artikel 4:125 Awb in het geval van derdebelanghebbenden bij de invordering van dwangsommen.[658]

Interessant daarbij is dat de wetgever dit neveneffect van de formulering van artikel 4:125 Awb klaarblijkelijk niet voor ogen heeft gehad. In de toelichting op artikel 4:125 Awb wordt enkel melding gemaakt van de wens om geldschulden als bedoeld in artikel 4:88 Awb uit te zonderen, waarbij naar de toelichting op artikel 4:88 Awb wordt verwezen. In die toelichting staat dat artikel 4:88 Awb ziet op de geldschulden waarvan het "*weinig doelmatig* [is] *om steeds een beschikking in de daarvoor vereiste vorm te verlangen*".[659] Het lijkt niet de expliciete bedoeling te zijn geweest van de wetgever om de invorderingsbeschikking buiten de reikwijdte van artikel 4:125 Awb te houden. Ten eerste omdat er geen melding wordt gemaakt van artikel 5:37 Awb als uitzondering op de regel. Dat had wel voor de hand gelegen, omdat wel vermelding wordt gemaakt van het feit dat door de gekozen terminologie artikel 4:88 Awb is uitgezonderd van de werking van artikel 4:125 Awb. Ten tweede omdat de motivering voor het niet onder het bereik van artikel 4:125 Awb brengen van geldschulden als bedoeld in artikel 4:88 Awb, niet opgaat bij de invorderingsbeschikking. Immers, van een dwangsom kan (als het goed is), niet gezegd worden dat deze zeer regelmatig verschuldigd zal zijn, noch dat het weinig doelmatig is dat de invordering daarvan bij beschikking wordt vastgelegd.

Feit is echter dat artikel 4:125 Awb naar de letterlijke tekst niet van toepassing is bij de invordering van dwangsommen. Dat acht ik een knelpunt. Enerzijds omdat het weinig effectief (doeltreffend) is als artikel 4:125 Awb niet van toepassing is bij de invordering van dwangsommen en anderzijds omdat het niet praktisch (duidelijk

657 ABRvS 30 december 2015, Gst. 2016/44, m.nt. J.L.W. Broeksteeg.
658 M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 172.
659 Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, nr.3, p. 36.

en eenvoudig) is dat de wet geen melding maakt van die toepassing als het wel de bedoeling is dat het artikel van toepassing is bij de invordering van dwangsommen. Daarmee voldoet dit aspect niet aan mijn toetsingscriteria van 'praktisch' en 'effectief' zodat ik spreek van een knelpunt (zie onderdeel 1.2). Ik zie echter geen reden waarom artikel 4:125 Awb niet van toepassing zou moeten zijn op de invordering van een dwangsom. Sterker nog, het lijkt mij onwenselijk als artikel 4:125 Awb niet van toepassing is. Artikel 4:125 Awb vervult namelijk een nuttige proceseconomische functie en ik zie niet in dat de beschikking tot uitstel van betaling (bijvoorbeeld) niet geconcentreerd behandeld kan worden met de invorderingsbeschikking. Omdat de letterlijke tekst van artikel 4:125 Awb duidelijk is en ik rechtspraak waarbij van die tekst wordt afgeweken onwenselijk acht in verband met de rechtszekerheid, lijkt het mij noodzakelijk om de wet aan te passen om dit knelpunt te ondervangen. Ik zie daarvoor twee mogelijke oplossingen.

De eerste mogelijke oplossing zou zijn om artikel 4:125 Awb zo te (her)formuleren dat ook van rechtswege ontstane geldschulden onder het toepassingsbereik van het artikel zouden vallen. De toepassing van de concentratiebepaling bij geldschulden als bedoeld in artikel 4:88 Awb is mijns inziens, gelijk de wetgever, echter onwenselijk. De toepassing van de concentratiebepaling zou bij die geldschulden namelijk ongewenste bijwerkingen hebben. Het is bijvoorbeeld goed voorstelbaar dat er al wel (onherroepelijke) accessoire beschikkingen zijn met betrekking tot een dergelijke geldschuld, maar dat de hoofdbeschikking pas op een later moment tot stand komt. Er is dan strikt genomen (opnieuw) bezwaar en beroep mogelijk tegen de onherroepelijke beschikking. Daarom lijkt het mij niet wenselijk om de terminologie van artikel 4:125 Awb zodanig te wijzigen dat deze ook ziet op geldschulden die van rechtswege ontstaan.

Het door mij voorgestelde alternatief is de oplossing die de ABRvS nu al (ongemotiveerd) toepast: het van toepassing verklaren van artikel 4:125 Awb bij de invorderingsbeschikking. Te dien einde kan dan in artikel 5:39 Awb de regeling in artikel 4:125 Awb van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de invordering van een dwangsom. Dat kan door in artikel 5:39 Awb een lid 5 toe te voegen waarin wordt bepaald dat:

> *"5. Artikel 4:125 is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van bijkomende beschikkingen betrekking hebbende op de invorderingsbeschikking".*

Ik wijs erop dat de gekozen terminologie afwijkt van het huidige artikel 5:39 Awb, welk artikel spreekt van de "beschikking die strekt tot invordering". Daar is bewust voor gekozen, omdat mijn inziens de tekst van artikel 5:39 Awb ook aanpassing behoeft op dit punt (zie hierna onder d.).

b. Zijn er ook andere meeliftende beschikkingen denkbaar?

De formulering van artikel 4:125 Awb lijkt limitatief. De opsomming van beschikkingen impliceert immers dat alleen beschikkingen die daar zijn genoemd, mee kunnen liften met de moederbeschikking. In de praktijk blijkt artikel 4:125 Awb echter niet limitatief te worden uitgelegd. In de evaluatie van de geldschuldenregeling wordt er op gewezen dat er bijkomende beschikkingen zijn die op zichzelf genomen niet genoemd zijn in artikel 4:125 Awb, maar die toch onder het toepassingsbereik van het artikel worden gebracht door de bestuursrechter.[660] Gewezen wordt daarbij op het 'bruteringsbesluit', waarbij het terug te vorderen bedrag wordt verhoogd met de 'werkgeverslasten' die de overheid moet betalen aan de Belastingdienst over de (ten onrechte) verstrekte uitkering. Met werkgeverslasten wordt bedoeld de over de uitkering verschuldigde loonbelasting, de premies volksverzekeringen en de Zorgverzekeringswetbijdrage. Als het door de overheid verstrekte bedrag niet binnen het kalenderjaar waarin de uitkering is verstrekt volledig wordt terugbetaald, dan kan de overheid de teveel afgedragen werkgeverslasten niet meer verrekenen met de Belastingdienst. In dat geval wordt het terug te vorderen bedrag dat netto is uitbetaald, bij aparte beschikking 'gebruteerd', zodat de gemeente of het UWV volledig schadeloos worden gesteld.

De rechtbank Arnhem oordeelde in 2011 nog dat artikel 4:125 Awb "*zo moet worden uitgelegd dat hieronder tevens de vermeerdering van de geldsom, zoals* [bij een bruteringsbesluit] *aan de orde, is bedoeld*."[661] De CRvB heeft voorts impliciet bevestigd dat een bruteringsbesluit als beschikking als bedoeld in artikel 4:125 Awb moet worden aangemerkt.[662] De CRvB lijkt artikel 4:125 Awb dus niet limitatief uit te leggen. Terzijde merk ik nog op dat mijns inziens verdedigbaar is dat het bruteringsbesluit ook als een artikel 6:19 Awb besluit kan worden aangemerkt, nu het strekt tot het wijzigen (verhogen) van het bedrag in het terugvorderingsbesluit.

Ook de ABRvS lijkt artikel 4:125 Awb niet limitatief te interpreteren – zoals blijkt uit het feit dat het artikel ook wordt toegepast bij invorderingsbeschikkingen. Daarnaast heeft de ABRvS[663] ook een uitspraak van de rechtbank Utrecht van 2 april 2012[664] bevestigd waarin de rechtbank oordeelde dat onder de beschikking omtrent uitstel van betaling niet alleen moet worden verstaan de beschikking waarbij uitstel van betaling is verleend, maar ook de beschikking waarbij het uitstel is geweigerd.

660 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 163.

661 Rb. Arnhem 10 maart 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP9263, zie ook Rb. Midden-Nederland 3 april 2013, rol nr. 12/3457.

662 CRvB 30 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2122.

663 ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1628.

664 Rb. Utrecht 2 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW4360.

Het CBb heeft in een uitspraak van 8 juli 2014 deze lijn ook impliciet gevolgd. De beschikking waarbij het verzoek om uitstel van betaling werd afgewezen werd aangemerkt als beschikking als bedoeld in artikel 4:125 Awb en bij het hoger beroep betrokken.[665]

c. Wordt artikel 4:125 Awb niet te ruim geïnterpreteerd?

Het voorgaande brengt met zich dat artikel 4:125 Awb door zowel de CRvB, de ABRvS als het CBb ruim wordt geïnterpreteerd. In de evaluatie van de geldschuldenregeling wordt opgemerkt dat er op zich geen praktische bezwaren tegen de extensieve interpretatie zijn, maar dat het "[v]*oorstelbaar is dat* [...] *deze lijn op een zeker moment in de Awb wordt gecodificeerd*".[666] Ik deel die opvatting. De concentratiebepaling vervult een nuttige, proceseconomische functie. Een ruime interpretatie daarvan is goed te rijmen met de gedachte achter die bepaling. Een limitatieve-restrictieve interpretatie niet. Daarenboven zie ik geen bezwaren tegen de extensieve interpretatie van de bepaling. Anderzijds heeft het mijn voorkeur om bestendige jurisprudentie in dit soort gevallen, waarbij impliciet wordt afgeweken van een wettelijke bepaling, de afwijking te codificeren in de Awb om onduidelijkheid te voorkomen. Met andere woorden: artikel 4:125 Awb wordt naar mijn mening niet te ruim geïnterpreteerd en ik zie in de wijze van interpreteren op zich geen knelpunt, maar het feit dat de wet een limitatieve opsomming lijkt te geven terwijl de lijst niet limitatief blijkt, lijkt mij wel een knelpunt (omdat het niet duidelijk is, zodat niet wordt voldaan aan mijn toetsingscriterium 'praktisch' – zie onderdeel 1.2). Het zou daarom goed zijn als artikel 4:125 Awb zo wordt herschreven dat het limitatieve karakter van de opsomming wordt weggehaald. Bijvoorbeeld door toevoeging van de woorden "*onder meer*" aan lid 1.

d. Artikel 5:31c en 5:39 Awb[667]

In artikel 5:31c Awb is de moederbeschikking de last onder bestuursdwang en zijn de meeliftende beschikkingen gespecificeerd als de "*beschikking tot toepassing van bestuursdwang*" en de "*beschikking tot vaststelling van de kosten van de bestuursdwang*". Uit de praktijk en de jurisprudentie blijkt dat deze bepaling weinig vragen oproept met betrekking tot de vraag welke beschikkingen onder het bereik van de concentratiebepaling vallen. Relevant is nog wel om een uitspraak van de rechtbank Overijssel te signaleren, die oordeelde dat artikel 5:31c Awb geen grondslag biedt voor het geconcentreerd behandelen van meerdere verschillende kostenverhaals-

665 CBb 8 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:255.

666 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 170.

667 Dit deel van het proefschrift verscheen eerder (gedeeltelijk) in artikelvorm als T.N. Sanders, 'De invorderingsbeschikking – Een analyse van de knelpunten bij de invordering van dwangsommen onder de vierde tranche', NTB 2013/15.

beschikkingen die hun grondslag vinden in dezelfde last onder bestuursdwang als er geen beroep tegen de last onder bestuursdwang aanhangig is.[668]

Artikel 5:39 Awb bepaalt dat de moederbeschikking de last onder dwangsom is en dat de meeliftende beschikking de "*beschikking die strekt tot invordering van de dwangsom*" is. Anders dan bij artikel 5:31c Awb is er wel een knelpunt. Artikel 5:39 Awb luidt namelijk dat het beroep tegen de last mede betrekking heeft op "*een beschikking die strekt tot invordering van de dwangsom*". De letterlijke tekst bepaalt dus dat artikel 5:39 Awb niet ziet op een beschikking waarbij wordt afgezien van invordering (die strekt immers *niet* tot invordering van een dwangsom). Blijkens de memorie van toelichting van de vierde tranche was dit een bewuste keuze van de wetgever omdat een weigering om in te vorderen in de regel een besluit op verzoek van een *derde* zou zijn en niet een verzoek van de overtreder zelf.[669] Er zouden daarom slechts een beperkt aantal gevallen zijn waarbij het wenselijk zou zijn om deze weigering bij het beroep van de overtreder tegen de last te betrekken, waardoor de wetgever bewust heeft afgezien van het treffen van een regeling.[670] Derden moesten dus op grond van de letterlijke wettekst en de wetsgeschiedenis een aparte procedure beginnen tegen de weigering om in te vorderen. Daarmee wordt het doel van de concentratiebepaling niet bereikt. Omdat de regeling op dit punt dus niet doeltreffend is (en dus niet voldoet aan mijn toetsingscriterium 'effectief' – zie onderdeel 1.2), is er sprake van een knelpunt. Dit knelpunt heeft de ABRvS getracht te verhelpen door te bepalen dat de weigering op het verzoek tot invordering van een derde toch bij het beroep tegen de last moet worden betrokken op grond van artikel 5:39 Awb nu dit strookt met de gedachte achter de vierde tranche en omdat de wetgever deze mogelijkheid niet expliciet heeft uitgesloten.[671] In mijn annotatie van deze uitspraak merkte ik op dat dit geen mooie uitspraak was vanuit het oogpunt van de scheiding der machten (immers, de ABRvS herschrijft feitelijk artikel 5:39 Awb), maar dat de oplossing op zichzelf genomen acceptabel is. Hoewel codificatie geen doel op zich mag zijn, lijkt het mij dat hier codificatie aangewezen is omdat het weinig toegankelijk en duidelijk is (en dus 'praktisch' als bedoeld in mijn toetsingscriteria – zie onderdeel 1.2) als een dergelijke aanpassing van het procesrecht alleen kenbaar is voor diegene die op de hoogte zijn van deze specifieke uitspraak. Mijn voorstel is dus dat de wetgever deze jurisprudentie van de ABRvS codificeert en artikel 5:39 Awb aanpast zodat het beroep tegen de last mede betrekking heeft op "*de invorderingsbeschikking*" in plaats van "*een beschikking die strekt tot invordering van de dwangsom*".[672]

668 Rb. Overijssel 12 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:111.
669 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 116.
670 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 111.
671 ABRvS 19 december 2012, AB 2013/104, m.nt. T.N. Sanders.
672 ABRvS 19 december 2012, AB 2013/104, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2013/18, m.nt. C.J. IJdema.

8.6.3 Geen formele rechtskracht bij accessoire beschikking bij geconcentreerde rechtsbescherming

Denkbaar is dat er beroep aanhangig is tegen de moederbeschikking en dat pas nadat de bezwaartermijn tegen de meeliftende beschikking is verstreken, betwisting van die meeliftende beschikking plaatsvindt. Strikt genomen heeft de meeliftende beschikking dan formele rechtskracht verkregen. In de toelichting merkt de wetgever echter op dat: "[d]*e implicatie van* [de concentratiebepaling] *is, dat de bijkomende beschikking niet rechtens onaantastbaar wordt zolang het bezwaar of beroep tegen de hoofdbeschikking nog aanhangig is*".[673] Dat staat echter niet met zoveel woorden in de Awb. Daarom betwijfelen onder meer Sluiter, Den Ouden en Kortmann of een bestuursrechter bereid zou zijn om de formele rechtskracht te doorbreken enkel en alleen op basis van de toelichting van de wetgever.[674]

Uit een uitspraak van 14 januari 2015 lijkt te volgen dat de ABRvS die twijfels niet deelt. Een betwisting die bijna vier maanden na het verstrijken van de bezwaartermijn plaatsvond leidde niet tot het oordeel dat de betwisting afstuitte op de formele rechtskracht van de beschikking.[675] Het oordeel van de ABRvS is echter volledig impliciet. Het valt dus niet uit te sluiten dat er gewoon geen discussie is geweest over dit punt. Anderzijds betreft de ontvankelijkheid van een appellant een ambtshalve te beoordelen aspect, zodat het voor de hand ligt dat de ABRvS in ieder geval geconstateerd heeft dat de bezwaartermijn ten aanzien van de desbetreffende beschikking was verstreken op het moment dat er werd betwist. Ik acht het aannemelijk dat – gelet op de soepele benadering van de ABRvS bij de toepassing van de concentratiebepaling op andere punten – de ABRvS geen probleem ziet in het niet toepassen van de leer van de formele rechtskracht bij de toepassing van de concentratiebepaling.

Ik deel de twijfels van Sluiter, Den Ouden en Kortmann echter wel. Het heeft vanuit rechtszekerheidsperspectief niet mijn voorkeur om een uitzondering op de formele rechtskracht enkel in de toelichting te vermelden – een bepaling in de wet lijkt mij wenselijk voor zo een uitzondering. Toch meen ik niet dat hier sprake is van een knelpunt als bedoeld in mijn toetsingscriteria (zie onderdeel 1.2) dat noopt tot ingrijpen. Dat komt omdat er naar mijn mening geen zelfstandig bezwaar of beroep

673 Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, nr.3, p. 69.

674 I. Sluiter, L.I. van den Broek en M.C. Timmer, 'De regeling voor bestuursrechtelijke geldschulden in de Vierde tranche Awb. Over de vragen die rijzen bij het uitvoeren van de regels voor invordering (van verbeurde dwangsommen)', TFR 2008, p. 430, I. Sluiter, 'De geldschuldenregeling, een warm onthaal door de bestuursrechter!', JBplus 2012/4, p. 352-353 en W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 162.

675 ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:33.

openstaat tegen meeliftende beschikkingen die onder de concentratiebepaling vallen. Er loopt dan ook geen bezwaartermijn. In zoverre is het ook niet mogelijk dat de bezwaartermijn ongebruikt verstrijkt en de beschikking aldus onherroepelijk wordt. Dit blijkt volgens mij ook uit de opmerking in de wetsgeschiedenis dat de strekking van artikel 4:125 Awb is "*dat hangende de procedure tegen de betalingsbeschikking geen afzonderlijk beroep tegen een bijkomende beschikking meer mogelijk is; alleen dan wordt de proceseconomische doelstelling bereikt*". Daarmee hangt nauw samen dat zolang de moederbeschikking niet onherroepelijk is, de meeliftende beschikkingen dat ook niet kunnen zijn. Het vermelden waard is nog dat het omgekeerde scenario: dat beroep tegen de meeliftende beschikking voorkomt dat de moederbeschikking onherroepelijk wordt, uiteraard niet het geval is.

Ter voorkoming van misverstanden zou het wellicht wel het overwegen waard zijn om in de Awb zelf op te nemen dat bij een beroep tegen de moederbeschikking, de meeliftende beschikking niet onherroepelijk kan worden totdat de moederbeschikking onherroepelijk is. Echt dringend noodzakelijk lijkt die aanpassing mij echter niet. Dat komt omdat de toelichting op dit punt voldoende duidelijk is en de bestuursrechter die toelichting (al dan niet bewust) toch al volgt.

8.6.4 De betwistingseis[676]

De meeliftende beschikkingen worden in de procedure tegen de moederbeschikking meegenomen voor zover deze worden betwist door de belanghebbende. Blijkens de memorie van toelichting van de vierde tranche is voor betwisting voldoende dat er sprake is van een expliciete uiting naar het bestuursorgaan of de rechter toe.[677] Binnen de grenzen van de goede procesorde is een mondelinge betwisting ter zitting dus ook toegestaan.[678] De in het kader van de evaluatie van de geldschuldenregeling geïnterviewde bestuursrechters meldde dat vrij snel wordt aangenomen dat een accessoire beschikking voldoende is betwist.[679] In de woorden van Michiels, Blomberg en Jurgens: "*het komt erop neer dat ervan wordt uitgegaan dat* [de overtreder] *het betwist, tenzij hij anders aangeeft*".[680] Desalniettemin zal wel worden verlangd van de belanghebbende dat hij dit expliciet bevestigt (al dan niet ter zitting).

676 Dit deel van het proefschrift verscheen eerder (gedeeltelijk) in artikelvorm als T.N. Sanders, 'De invorderingsbeschikking – Een analyse van de knelpunten bij de invordering van dwangsommen onder de vierde tranche', NTB 2013/15.

677 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 69 en p. 111.

678 ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7307.

679 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 161.

680 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 316.

Het CBb is een stap verder gegaan en oordeelde dat de betwisting ook kan blijken uit het aanvoeren van gronden ten aanzien van de hoogte van de dwangsom in het kader van het beroep tegen het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom. Vermeer is in zijn annotatie mijns inziens terecht kritisch over deze benadering van het CBb. De reden dat het CBb tot deze conclusie komt lijkt verder voornamelijk voort te komen uit de bijzondere omstandigheden van dat geval. Het CBb oordeelde namelijk dat een factuur (waarin niet door het bestuursorgaan werd besloten tot invordering) kwalificeerde als een invorderingsbeschikking (in een latere uitspraak is het CBb overigens teruggekomen op dit standpunt).[681] Appellant in kwestie had deze factuur niet betwist. Aldus creëerde het CBb een invorderingsbeschikking die tevens onherroepelijk zou worden bij de einduitspraak, *tenzij* het CBb de betwisting door appellant impliciet zou aannemen. De impliciete betwisting lijkt dus een uitzondering te zijn.

Uit de evaluatie van de geldschuldenregeling blijkt dat in de praktijk onduidelijkheid bestaat rondom de betwistingseis. Rechtsbijstandverleners dienen voor de zekerheid daarom vaak alsnog bezwaar in tegen de accessoire beschikking. De onduidelijkheid over de (wijze van toepassing) van de betwistingseis brengt dus nodeloze procedures met zich mee. De vraag is daarom of de betwistingseis noodzakelijk is.

De ratio achter de betwistingseis is, aldus de wetsgeschiedenis, dat: "*het natuurlijk ook kan voorkomen dat de belanghebbende die de betalingsbeschikking aanvecht er geen behoefte aan heeft om de bijkomende beschikking aan te vechten, bijvoorbeeld omdat daarbij het gevraagde uitstel van betaling wordt verleend* […]".[682] Met andere woorden: er is alleen reden om de meeliftende beschikking bij de procedure te betrekken als de belanghebbende zich tegen die beschikking wenst te keren.
Ik kan deze gedachte van de wetgever op zich volgen, maar ik heb moeite met de gevolgtrekking die de wetgever daaraan verbindt (het opnemen van de betwistingseis). Immers, als een belanghebbende de meeliftende beschikking niet wil betwisten, dan zou de beschikking toch ook niet aan de orde hoeven komen als de beschikking van rechtswege bij het beroep wordt betrokken? Immers, dan heeft de belanghebbende onvoldoende belang bij de beoordeling van dat besluit en in dat geval bepaalt artikel 6:19, lid 3, Awb dat het van rechtswege bij het beroep betrokken besluit buiten de procedure blijft.
Vermeer suggereert in zijn annotatie bij AB 2012/46 in dat verband een alternatief voor de betwistingseis bij de concentratiebepaling. Die oplossing is dat de meeliftende beschikking niet hoeft te worden betwist, maar van rechtswege wordt betrokken bij het bezwaar, beroep of hoger beroep tegen de moederbeschikking. Dat systeem

681 CBb 18 januari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3253.
682 Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, nr.3, p. 69.

bestaat al in het kader van artikel 6:19 Awb, waarbij een besluit strekkende tot wijziging van het bestreden besluit van rechtswege in de procedure tegen het bestreden besluit wordt betrokken. Ik zie niet in dat het systeem van artikel 6:19 Awb niet net zo goed zou kunnen functioneren bij de concentratiebepalingen. Bovendien is de onderbouwing van de noodzaak voor de betwistingseis mijns inziens zoals gezegd dun te noemen, terwijl de betwistingseis wel praktische problemen oplevert in zoverre dat er voor de zekerheid toch bezwaar wordt ingediend. Het is dan wel van belang dat de rechtsregel uit artikel 6:19, lid 3, Awb (tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben) wordt opgenomen in de desbetreffende artikelen. Op die manier wordt voorkomen dat de bestuursrechter altijd een oordeel moet gaan geven over alle besluiten in de procedure, ook die waar niemand een bezwaar tegen heeft. Hij kan dan volstaan met het beoordelen van de besluiten waar de belanghebbenden een beoordeling van willen. Het verdient naar mijn oordeel dus de aanbeveling om artikel 4:125 Awb, artikel 5:31c en 5:39 Awb zo te wijzigen dat niet langer vereist is dat de accessoire beschikking wordt betwist, maar dat deze van rechtswege worden betrokken in het bezwaar, beroep en hoger beroep tegen de moederbeschikking, tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben. Dat kan eenvoudig gebeuren door de zinsnede "*voor zover de belanghebbende deze betwist*" te vervangen met "*tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben*".

8.6.5 Wanneer mag de bestuursrechter terugverwijzen?

De concentratiebepalingen bieden de bestuursrechter de mogelijkheid om, ondanks dat het beroep of hoger beroep geconcentreerd zou moeten worden behandeld, de behandeling van de meeliftende beschikking door te verwijzen naar een ander (lager) orgaan "*indien behandeling door dit orgaan gewenst is*". Dat kan volgens de wetsgeschiedenis in "*bijzondere gevallen*", bijvoorbeeld als er "*ingewikkelde feitelijke geschilpunten rijzen*",[683] of "*indien de rechtbank zulks nuttig acht*".[684] De wetsgeschiedenis biedt de bestuursrechter op dit punt dus een ruime mate van discretie.

In een uitspraak van 12 februari 2014 heeft de ABRvS zich uitgelaten over het door de rechtbank toepassing geven aan artikel 5:31c, lid 2, Awb om het geschil aangaande een kostenverhaalbeschikking terug te verwijzen naar het college voor behandeling in bezwaar in verband met het "*grote aantal feitelijke en juridische geschilpunten over het besluit*".[685] De ABRvS oordeelde onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis dat in een dergelijk geval een terugverwijzing voor de hand ligt nu een "*een goede rechtspleging daarbij is gebaat*". De uitspraak van de ABRvS laat de ruime mate van discretie bij toepassing van de terugverwijzing bij concentratiebepalingen in stand.

683 Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, blz. 111.
684 Ibid, blz. 71.
685 ABRvS 12 februari 2014, JM 2014/76, m.nt. T.N. Sanders.

Gelet op het feit dat de bestuursrechter in het algemeen waar mogelijk concentratie zal willen bewerkstelligen, lijkt mij dat deze ruime discretie voor de bestuursrechter bij toepassing van de terugverwijzing geen probleem is.

8.6.6 De rechterlijke herrineringsplicht[686]

Een praktisch probleem met de concentratiebepalingen is dat ze slechts beperkte bekendheid genieten. Bestuursorganen en rechters vergeten daardoor nogal eens de concentratiebepaling toe te passen. Zodoende ontstaan er met regelmaat onnodige procedures. Om de werking van de concentratiebepalingen te bevorderen heeft de ABRvS daarom een 'rechterlijke herinneringsplicht' aangenomen.[687] Deze plicht vloeit niet rechtstreeks voort uit de concentratiebepalingen, maar de ABRvS heeft geoordeeld dat het "*uit het oogpunt van de processuele rechtszekerheid*" in de rede ligt dat de rechter partijen aan de concentratiebepaling herinnert. Daarnaast heeft de ABRvS ook aangenomen dat er een plicht bestaat voor het bestuursorgaan om de belanghebbende op de concentratiebepaling te wijzen.[688] Ook blijkt dat de ABRvS zelf actief ter zitting onderzoek verricht naar het bestaan van invorderingsbeschikkingen bij de behandeling van een beroep tegen de oplegging van een last onder dwangsom.[689] De jurisprudentie wijst echter uit dat al deze maatregelen het probleem van een gebrekkige bekendheid met de concentratiebepalingen en een gebrekkige toepassing daarvan niet hebben opgelost. Met enige regelmaat is de ABRvS dus aan het 'puinruimen'. In het veelvoorkomende geval bij de invordering van dwangsommen dat de appellant tegen de last onder dwangsom eveneens een procedure heeft lopen tegen de invorderingsbeschikking, beslist de ABRvS dat eventuele ten onrechte genomen beslissingen op bezwaar vernietigd moeten worden en dat de bezwaren bij het beroep betrokken moeten worden.[690] In het geval dat de bestuursrechter wel navraag heeft gedaan over het bestaan van een invorderingsbeschikking, maar het bestuursorgaan hem onjuist heeft voorgelicht, wordt de uitspraak van de rechtbank niet vernietigd.[691]

8.7 Tussenconclusie

De bij invordering en terugvordering relevante accessoire beschikkingen: het besluit om te verrekenen, het besluit om uitstel van betaling te verlenen, het besluit om een sanctie kwijt te schelden en het besluit om wettelijke rente in te vorderen, hebben

686 Dit deel van het proefschrift verscheen eerder (gedeeltelijk) in artikelvorm als T.N. Sanders, 'De invorderingsbeschikking – Een analyse van de knelpunten bij de invordering van dwangsommen onder de vierde tranche', NTB 2013/15.

687 CBb 9 november 2011, AB 2012/46, m.nt. F.R. Vermeer.

688 ABRvS 20 juli 2011, AB 2011/363, m.nt. F.R. Vermeer

689 Vzr. ABRvS 30 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6655.

690 ABRvS 13 juni 2012, JM 2012/103, m.nt. T.N. Sanders en ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:B0743.

691 ABRvS 19 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX7685.

opvallend veel overeenkomsten. Wat met name interessant is, is dat de accessoire beschikkingen feitelijk hetzelfde toetsingskader hebben als de 'moeder' beschikking. Zo wordt het besluit om al dan niet uitstel van betaling te verlenen ten aanzien van de verschuldigde kosten bij bestuursdwang genormeerd door dezelfde normen die gelden voor de kostenverhaalsbeschikking. Accessoire beschikkingen doen hun naam dus eer aan: ze zijn voor wat betreft de materiële normering ondergeschikt aan het effectueringsbesluit waar zij 'bij' komen. De uitzondering daarop is in die gevallen dat het bestuursorgaan beleid heeft vastgesteld omtrent wanneer het al dan niet een accessoire beschikking neemt. Is er beleid vastgesteld, dan toetst de bestuursrechter het besluit om al dan niet een accessoire beschikking te nemen aan dat beleid en artikel 4:84 Awb.

Het is mijns inziens niet noodzakelijk om hier iets aan te veranderen. Het is naar mijn mening nuttig dat de normen ten aanzien van het effectueringsbesluit ook gelden ten aanzien van de accessoire beschikking. Een besluit om kwijt te schelden (bij wijze van voorbeeld) is materieel namelijk precies hetzelfde als een besluit om niet in te vorderen. Hetzelfde geldt voor verrekening: dat is materieel hetzelfde als een besluit om wel in te vorderen – de geldschuld wordt daarmee immers direct geïnd. Het besluit om uitstel van betaling te verlenen is weliswaar geen besluit om niet in te vorderen (het is in feite het besluit om *nog* niet in te vorderen) en het besluit om wettelijke rente in te vorderen staat op zich los van de onderliggende sanctie, maar ik zie niet in waarom daar een ander toetsingskader voor zou moeten gelden. Deze accessoire beschikkingen hangen zo nauw samen met de onderliggende effectueringsbeschikking dat als daarvoor een ander toetsingskader zou gelden, het (bijvoorbeeld) mogelijk zou zijn om tot in de lengte der dagen uitstel van betaling te krijgen, terwijl het bestuursorgaan op zich geen goede reden heeft om af te zien van effectuering. Dat zou een vreemde situatie zijn.

De concentratiebepalingen in artikel 4:125, 5:31c en 5:39 Awb leveren verder een belangrijke proceseconomische bijdrage aan de praktijk, maar zorgen ook voor onduidelijkheden. Ik heb een tweetal knelpunten geïdentificeerd, die met name te maken hebben met de redactie van de bepalingen. Ten eerste is artikel 4:125 Awb blijkens de letterlijke tekst van het artikel niet van toepassing op de invordering van dwangsommen. Ten tweede levert de betwistingseis onnodige discussies op. Ten aanzien van het eerste knelpunt stel ik voor om artikel 4:125 Awb van overeenkomstige toepassing te verklaren in artikel 5:39 Awb ten aanzien van de invordering van dwangsommen. Ten aanzien van het tweede knelpunt stel ik voor om in artikel 4:125 Awb, artikel 5:31c en 5:39 Awb de zinsnede "*voor zover de belanghebbende deze betwist*" te vervangen met "*tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben*".

9

9. DE INVORDERING BIJ DWANGBEVEL[692]

9.1 Inleiding

De feitelijke effectuering van het in- of terugvorderingsbesluit bij dwangbevel is het staartstuk van de effectuering van een bestuurlijke geldelijke sanctie. Met de invoering van de vierde tranche van de Awb is het recht op dit punt ingrijpend gewijzigd. Daar waar de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties onder het oude recht nog via het rechtsmiddel van verzet in artikel 5:26 (oud) Awb in zijn volle omvang ter toetsing aan de civiele rechter werd voorgelegd, oordeelt de civiele rechter thans nog slechts over 'zuivere' executiegeschillen. Belanghebbenden dienen zich onder de vierde tranche te wenden tot de bestuursrechter om een oordeel te krijgen over de verschuldigdheid van de geldschuld en de rechtmatigheid van het besluit tot effectuering van een bestuurlijke geldelijke sanctie.

De verschuiving van de grenzen tussen het bestuursrecht en het civiele recht heeft duidelijke gevolgen gehad voor de werkstroom van de diverse rechters. De ABRvS heeft bijvoorbeeld – blijkens het aantal uitspraken over dit onderwerp – een niet gering aantal nieuwe geschillen erbij gekregen. De laagdrempelige bestuursrechtelijke procedure lijkt meer belanghebbenden ertoe te bewegen om toch ook de effectuering te betwisten en niet alleen de sanctie.[693] De taak van de civiele rechter is daarentegen dusdanig beperkt geworden dat die rechtspraak vanuit bestuursrechtelijke hoek geen aandacht meer krijgt. Vanuit civielrechtelijke hoek is er ook geen aandacht voor. De hoeveelheid rechtspraak is immers beperkt en in beginsel betreft het een 'gewoon' executiegeschil die niet anders zou moeten zijn dan reguliere executiegeschillen.

Het blijkt echter dat er zich bij de feitelijke effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties bijzondere problemen voordoen die in een normaal executiegeschil niet aan de orde zijn. De civiele rechter dient thans slechts nog te oordelen over (kort gezegd) het dwangbevel, de daadwerkelijke executie daarvan en de rechtmatigheid van het door de overheid gelegde beslag. De civiele rechter dient zich in beginsel te onthouden van een oordeel omtrent de bestuursrechtelijke titel dat aan het dwangbevel en de executie ten grondslag ligt.

692 Dit deel van het proefschrift verscheen eerder in artikelvorm als: T.N. Sanders, 'Beslag en executie bij bestuursrechtelijke dwangsommen', Gst.2015/45.

693 Zie verder: W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013).

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de daadwerkelijke effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties bij dwangbevel en in het bijzonder op de vraag hoe de civiele rechter omgaat met zijn nieuwe rol onder de vierde tranche van de Awb. Daarbij zal ook worden ingegaan op de vraag of de civiele rechter de door de wetgever geïntroduceerde bevoegdheidsverdeling (voldoende) respecteert. Daarnaast komen ook nog enkele bijzondere aspecten van beslag en executie door overheden aan de orde.

9.2 Het besluit om aan te manen

De bevoegdheid om een dwangbevel uit te vaardigen ontstaat als de geldschuld niet binnen de termijn gegeven in de aanmaning op grond van artikel 4:112 Awb alsnog is voldaan.[694] Het is dus noodzakelijk om eerst een aanmaning te sturen aan de overtreder alvorens daadwerkelijk over te gaan tot invordering bij dwangbevel. Een aanmaning is een besluit in de zin van de Awb, maar is niet appellabel (artikel 8:4, lid 1, Awb). Een aanmaning kan pas worden verstuurd als de schuldenaar in verzuim is – dat betekent dat de betalingstermijn moet zijn verstreken. De Awb schrijft voor dat een aanmaning de volgende elementen moet bevatten: (i) de aanmaning om binnen twee weken na verzenddatum van de aanmaning te betalen (artikel 4:112, lid 1, Awb); (ii) de waarschuwing dat bij het niet betalen de geldschuld kan worden afgedwongen op kosten van de overtreder (artikel 4:112, lid 3, Awb) en (iii) het bedrag van de aanmaningsvergoeding (artikel 4:113, lid 2, Awb).

Van de drie vereisten lijkt alleen eis (ii) – de waarschuwing dat de betaling van de geldschuld op kosten van de schuldenaar kan worden afgedwongen – een constitutieve eis te zijn voor de aanmaning (volgens de ABRvS).[695] Het niet voldoen aan de andere twee eisen kan onder omstandigheden wel gevolgen hebben, maar betekent niet dat de aanmaning geen aanmaning meer in de zin van artikel 4:112 Awb is. De CRvB heeft in dezelfde trant geoordeeld dat een onjuiste betalingstermijn in de aanmaning niet betekent dat de brief geen aanmaning meer is.[696] De gedachte achter deze jurisprudentielijn lijkt te zijn dat de aanmaning voornamelijk is bedoeld om de schuldenaar te behoeden voor kosten waarvan niet vooraf zonneklaar was voor hem dat die voor zijn rekening zouden komen indien hij niet vrijwillig zou betalen.[697] De overige vereisten van de aanmaning raken enerzijds (voor wat betreft de betalingstermijn) alleen het moment waarop het dwangbevel kan worden uitgevaardigd en anderzijds (voor wat betreft de aanmaningsvergoeding), de titel voor het opeisen van die ver-

694 Artikel 4:115 juncto artikel 5:10 lid 2 Awb – voor subsidies artikel 4:57, lid 2, Awb, voor Pw-uitkeringen artikel 60, lid 2, Participatiewet.

695 Zie: ABRvS 8 oktober 2014, AB 2014/418, m.nt. T.N. Sanders, ABRvS 22 juli 2015, AB 2015/302, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2015/116, m.nt. R. Benhadi en ABRvS 26 april 2016, AB 2016/210, m.nt. T.N.Sanders, JB 2016/130, m.nt. J.H. Meijer. Anders: Rb. Zeeland West-Brabant, 12 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9939, r.o. 3.10.

696 CRvB 12 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3951.

697 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 59.

goeding. Het niet of onjuist vermelden van die aspecten kan alleen gevolgen hebben voor de rechtsgeldigheid van een uitgevaardigd dwangbevel enerzijds en voor het kunnen opeisen van de aanmaningsvergoeding anderzijds.

Hoewel deze jurisprudentielijn vanuit praktische overwegingen mijns inziens niet onredelijk te achten is, wijs ik erop dat het door de bestuursrechter gemaakte onderscheid tussen de 'constitutieve' en de 'niet-constitutieve' eisen aan de aanmaning in de Awb geen grondslag lijkt te hebben in de wet of de wetsgeschiedenis. Voorts zijn het opnemen van de betalingstermijn van twee weken en de aanmaningsvergoeding in de Awb dwingendrechtelijk geformuleerd. Van belang daarbij is dat de wetgever voor de betalingstermijn ook nog heeft geëxpliciteerd dat de termijn van twee weken slechts anders kan zijn indien bij wet een andere termijn is vastgesteld.[698] Dat heeft de ABRvS echter niet belet om te oordelen dat het opnemen van een andere betalingstermijn dan twee weken geen gevolgen heeft voor de aanmaning.[699] Ik kan mij overigens niet vinden in die lijn, juist vanwege het dwingendrechtelijke kader die de Awb geeft en de noodzaak om – als een andere termijn gewenst is – deze bij wet in te stellen.

In de praktijk speelde de vraag of het bestuursorgaan meerdere aanmaningen mag versturen. Die vraag is relevant in het kader van de verjaring, nu de aanmaning als stuitingshandeling is aangemerkt. Het zou dus wel zo praktisch zijn als het bestuursorgaan niet wordt beperkt tot één aanmaning. Artikel 4:112 Awb spreekt echter van 'de aanmaning' (hetgeen één aanmaning impliceert). Sluiter betoogt daarnaast dat het accepteren van de mogelijkheid om meerdere aanmaningen te sturen bovendien niet in lijn lijkt te zijn met de bedoeling van de wetgever dat snel daadwerkelijk moet worden ingevorderd.[700] De wetgever heeft niets overwogen over de vraag of het mogelijk is om meerdere aanmaningen te verzenden. Ik meen echter dat het versturen van meer dan één aanmaning mogelijk zou moeten zijn. Zou dat namelijk niet het geval zijn, dan zou er namelijk een sterke prikkel zijn voor de overtreder om de invorderingsprocedure te vertragen in de hoop dat de verjaring intreedt. Dat lijkt mij onwenselijk. De ABRvS leek in drie uitspraken impliciet te bevestigen dat het verzenden van meerdere aanmaningen mogelijk is. In alle drie de gevallen was er namelijk wel een tweede aanmaning verstuurd en in alle gevallen oordeelde de ABRvS dat de verjaring nog niet ingetreden was, ondanks dat er meer dan een jaar was verstreken na de eerste aanmaning.[701] De ABRvS heeft deze lijn in een uitspraak

698 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr.3, p. 59.

699 ABRvS 22 juli 2015, AB 2015/302, m.nt. T.N. Sanders.

700 I. Sluiter, 'De geldschuldenregeling, een warm onthaal door de bestuursrechter!', JBplus 2012/4, p. 345.

701 ABRvS 8 oktober 2014, AB 2014/418, m.nt. T.N. Sanders, ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3692 en ABRvS 27 juli 2016, JG 2016/57, m.nt. T. Barkhuysen en A. Span, JM 2016/135, m.nt. E.J.H. Plambeck, Gst. 2016/131, m.nt. M. van de Loo en J.J.R. Lautenbach.

van 15 maart 2017 vervolgens geëxpliciteerd: "[a]*nders dan [appellant] stelt, staat er geen rechtsregel aan in de weg dat het college de verjaring van de bevoegdheid tot invordering nogmaals stuit door middel van een tweede aanmaning*."[702]

Een andere vraag die in de praktijk speelt is of een invorderingsbeschikking ex artikel 5:37 Awb tevens een besluit om aan te manen ex artikel 4:112 Awb kan bevatten. Dat is niet bij voorbaat uitgesloten. Immers, één brief kan meerdere besluiten bevatten en voor een aanmaning is alleen vereist dat de schuldenaar in verzuim is. Bij een invorderingsbeschikking (anders dan bij betalingsbeschikkingen) kan het ook voor komen dat de schuldenaar al in verzuim is op het moment dat de invorderingsbeschikking wordt genomen (gelet op het van rechtswege ontstaan van de geldschulden en het automatisch aanvangen van de betalingstermijn). Het is dus strikt genomen mogelijk dat de bevoegdheid om aan te manen al bestaat voordat er een invorderingsbeschikking is genomen. Artikel 5:37 Awb bepaalt daarom dat "*alvorens aan te manen*" een invorderingsbeschikking moet worden genomen. Ik constateer echter dat niet is bepaald dat er een bepaalde tijd tussen de aanmaning en invorderingsbeschikking dient te verstrijken. Het lijkt dus niet uitgesloten dat er gelijktijdig een invorderingsbeschikking en een aanmaning worden genomen. De ABRvS zag zich al eens geconfronteerd met deze rechtsvraag in een uitspraak van 20 januari 2016.[703] Daarbij liet de ABRvS helaas de kans aan zich voorbij gaan om hier een oordeel over te vellen. De ABRvS oordeelde dat, nu in dat geval niet expliciet was besloten om aan te manen, de invorderingsbeschikking in dat geval geen aanmaning als bedoeld in artikel 4:112 Awb kon zijn. Daarmee laat de ABRvS de mogelijkheid dat een aanmaning en een invorderingsbeschikking worden gecombineerd open. De bedoeling van de wetgever bij het bepalen dat er een invorderingsbeschikking moest worden genomen alvorens aangemaand kan worden was overigens om te voorkomen dat bij dwangsommen een dwangbevel zou kunnen worden uitgevaardigd voordat er een invorderingsbeschikking was genomen.[704] Met die bedoeling lijkt een gecombineerde aanmaning / invorderingsbeschikking op zich niet strijdig, maar de tekst van de wet bepaalt dat de invorderingsbeschikking er moet zijn alvorens aangemaand wordt. Als de twee besluiten in hetzelfde document zijn vervat, dan kan getwijfeld worden of daaraan wordt voldaan. Bovendien zou ik menen dat een combi-beschikking ertoe leidt dat – terwijl bij betalingsbeschikkingen de aanmaning nog een functie heeft om de overtreder 'een laatste kans te geven' – de aanmaning bij de invordering van dwangsommen zijn functie dan verliest. Dat lijkt mij niet aanvaardbaar. Ik acht dat argument doorslaggevend en meen dan ook dat een aanmaning en een invorderingsbeschikking niet gelijktijdig in dezelfde brief kunnen worden genomen. Hoe dan ook, nu serieus getwijfeld kan worden aan de vraag of een combi-beschikking rechtens

702 ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:667.
703 ABRvS 20 januari 2016, AB 2016/209, m.nt. T.N. Sanders.
704 Kamerstukken II, 2003/2004, 29 702, p. 115-116.

aanvaardbaar zal zijn, acht ik het niet waarschijnlijk dat een bestuursorgaan welbewust een invorderingsbeschikking en een aanmaning zal gaan combineren en daarbij expliciet zal besluiten om aan te manen. Het probleem heeft dus een enigszins theoretisch karakter.

Nauw verwant met de voorgaande vraag is de vraag of bij dwangsommen een aanmaning genomen mag worden daags nadat de invorderingsbeschikkingen is genomen – zelfs als er in de invorderingsbeschikking is opgenomen dat de schuldenaar nog zes weken heeft om te betalen. De ABRvS beantwoorde deze vraag bevestigend in een uitspraak van 19 april 2017. De bevoegdheid tot aanmanen ontstaat door het in verzuim raken van de schuldenaar. Bij dwangsommen is dat het verstrijken van de betalingstermijn in artikel 5:33 Awb. Een eventuele buitenwettelijke aanvullende termijn in de invorderingsbeschikking doet niets af aan de bevoegdheid om de schuldenaar die in verzuim is aan te manen, aldus de Afdeling.[705]

9.3 Het dwangbevel

Het civielrechtelijke gedeelte van de invordering begint met de uitvaardiging van het dwangbevel. Een dwangbevel is een besluit van een bestuursorgaan **"***dat ertoe strekt de betaling van een geldsom als bedoeld in artikel 4:85* [Awb] *af te dwingen***"**.[706] Dat kunnen ook meerdere verschillende geldschulden zijn.[707] De bevoegdheid om een dwangbevel uit te vaardigen ontstaat als niet binnen de termijn gegeven in de aanmaning op grond van artikel 4:112 Awb de geldschuld alsnog is voldaan.[708] Het dwangbevel levert een executoriale titel op.[709] De executoriale titel en de opbrengst van de executie komen toe aan de publiekrechtelijke rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan dat het dwangbevel uitvaardigt behoort.[710]

Het dwangbevel is een besluit in de zin van de Awb. De voorschriften van de Awb voor besluiten (zoals het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb en het motiveringsbeginsel van artikel 3:46 Awb) zijn dus van toepassing op het dwangbevel, tenzij deze zijn uitgezonderd. De uitgezonderde bepalingen betreffen de bekendmakingsvoorschriften van de Awb (artikelen 3:41 tot en met 3:45 Awb)[711] en de hoorplicht van artikel 4:8 Awb.[712] Verder staat tegen het dwangbevel geen bezwaar of beroep open.[713]

705 ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1184.
706 Artikel 4:114 Awb.
707 Artikel 4:119 Awb.
708 Artikel 4:115 juncto artikel 5:10 lid 2 Awb
709 Artikel 4:116 Awb.
710 Zie artikel 1:1, lid 4, Awb: "De vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan treffen de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort."
711 Artikel 4:123, lid 1, Awb.
712 Artikel 4:118 Awb.
713 Artikel 8.4, lid 1, sub b Awb.

Ingevolge artikel 430, lid 2, Rv moet een dwangbevel "*In naam van de Koning*" aan het hoofd voeren en op voet van artikel 4:122, lid 1, onder a, Awb het woord "*dwangbevel*". In het dwangbevel moet worden opgenomen: het bedrag van de hoofdsom, de beschikking of het wettelijk voorschrift waaruit de geldschuld voortvloeit, de kosten van het dwangbevel en dat het op kosten van de schuldenaar ten uitvoer kan worden gelegd.[714] Artikel 4:123, lid 2, Awb verplicht het bestuursorgaan om in het dwangbevel te vermelden bij welke civiele rechter een executie kort geding kan worden gestart om de executie te (laten) schorsen – een uitvloeisel van de verplichting in artikel 3:45 Awb om in besluiten een rechtsmiddelenclausule op te nemen.[715]

De uitvaardiging, betekening en tenuitvoerlegging van een dwangbevel geschiedt op kosten van de overtreder.[716] Ook als het dwangbevel niet (geheel) ten uitvoer is gelegd (bijvoorbeeld als net voor de executie alsnog wordt betaald).[717] Met het dwangbevel kunnen naast de geldschuld ook de wettelijke rente, de aanmaningsvergoeding en de kosten van het dwangbevel worden ingevorderd.[718] Als de aanmaningsvergoeding of de wettelijke rente wordt ingevorderd, dan moet dit ook in het dwangbevel worden vermeld met daarbij het bedrag van de aanmaningsvergoeding en de ingangsdatum van de wettelijke rente.[719]

De met het dwangbevel verkregen executoriale titel wordt bekendgemaakt door middel van een exploot.[720] De betekening van het dwangbevel geschiedt conform de voorschriften in boek 2 van het Wetboek voor Burgerlijke Rechtsvordering ('Rv') voor executoriale titels. Het dwangbevel wordt door een gerechtsdeurwaarder betekend aan de overtreder, waarna dat geëxecuteerd kan worden door bijvoorbeeld executoriaal beslag te leggen op goederen van de overtreder.[721]

De geëxecuteerde kan net als bij andere executies in het civiele recht de bevoegde rechtbank adiëren in het kader van een executiegeschil op grond van artikel 438 Rv.[722]

714 Artikel 4:122, lid 1, Awb

715 Het niet opnemen daarvan kan in beginsel tot gevolg hebben dat sprake is van verschoonbare termijnoverschrijding – hoewel bij een executiegeschil termijnoverschrijding niet snel aan de orde zal zijn. Zie: ABRvS 21 september 2011, m.nt. R. Ortlep, JB 2011/236 m.nt. R.J.N. Schlössels, Gst. 2011/112, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, BR 2011/194, m.nt. Z.M. Nasir, JG 2011/63 m.nt. M. Claessens en T. Barkhuysen.

716 Artikel 4:119 en 4:120 Awb. De gerechtelijke kosten conform artikel 434a Rv, de buitengerechtelijke kosten conform het Besluit buitengerechtelijke kosten.

717 Artikel 4:120 Awb.

718 Artikel 4:119 Awb.

719 artikel 4:122, lid 2, Awb.

720 artikel 4:123, lid 1, Awb.

721 Artikel 430, lid 3, Rv.

722 Artikel 4:123 Awb.

De Awb schrijft de inhoud van een dwangbevel dwingend voor. Tegelijkertijd wordt het niet-opnemen van hetgeen in het dwangbevel zou moeten staan niet uitdrukkelijk met nietigheid bedreigd in de Awb. Dit leidde het Gerechtshof Arnhem tot de conclusie dat tenzij uit de aard van de gestelde gebreken moet voortvloeien dat deze leiden tot nietigheid van het dwangbevel, dan wel dat er sprake is van onevenredige benadeling van de adressant, er geen sprake kan zijn van nietigheid van het dwangbevel als gevolg van gebreken.[723] In dezelfde uitspraak oordeelde het Gerechtshof Arnhem verder dat het niet vermelden van de kosten van het dwangbevel slechts tot gevolg had dat de gemeente geen executoriale titel had voor de kosten van het dwangbevel, maar niet dat het dwangbevel nietig was. Hetzelfde geldt volgens het Gerechtshof Arnhem voor de (ingangsdatum van de) wettelijke rente. Dat in het exploot van betekening wel de kosten en de rente waren vermeld had voorts geen betekenis: de gemeente kon niet alsnog de kosten en de rente executeren op grond van het exploot.[724] De rechtbank Den Haag oordeelde voorts dat indien de wettelijke rente in het dwangbevel onjuist is berekend, het dwangbevel geen effect sorteert voor zover daarbij niet verschuldigde wettelijke rente is gevorderd.[725] Verder oordeelde het Gerechtshof Arnhem[726] als ook de rechtbank Leeuwarden[727] dat een onjuiste vermelding van de rechtsmiddelen in het dwangbevel (dus bijvoorbeeld de vermelding dat verzet nog mogelijk is) ook niet de geldigheid van het dwangbevel als executoriale titel aantast, maar dat als op grond van die vermelding een verkeerd rechtsmiddel wordt ingezet, dit verschoonbaar is.[728] De rechtbank Den Haag oordeelde ten slotte dat er geen wettelijke verplichting is voor de overheid om met het betekeningsexploot de in het dwangbevel genoemde stukken (dus bijvoorbeeld de effectueringsbeschikking) mee te betekenen, dus dat ook dit niet de nietigheid van het dwangbevel tot gevolg kan hebben. [729] Kort en wel: van nietigheid van een dwangbevel vanwege gebreken in het dwangbevel is niet snel sprake – maar omissies kunnen wel gevolgen hebben voor de omvang van de executoriale titel die het dwangbevel verschaft.

Over de in rekening te brengen buitengerechtelijke kosten in verband met de uitvaardiging van het dwangbevel oordeelde de rechtbank Breda dat deze conform artikel 4:120, lid 2, Awb juncto artikel 1 Besluit Buitengerechtelijke Kosten ('BBK') moeten worden berekend. Het bestuursorgaan moet dus voldoende gemotiveerd stellen dat het werkzaamheden heeft verricht die redelijk zijn en dat de kosten daarvoor ook redelijk zijn. Met het enkel noemen van de BTW en de incassokosten in

723 Gerechtshof Arnhem 13 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT1961, r.o. 5.4.
724 Ibid, r.o. 5.5.
725 Rb Den Haag 8 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA0205, r.o. 4.11
726 Gerechtshof Arnhem 13 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT1961, r.o. 5.6.
727 Rb. Leeuwarden 2 november 2011, ECLI:NL:2011:BU3382, r.o. 4.3.
728 Klaarblijkelijk naar analogie de standaard rechtspraak van de bestuursrechter over verschoonbare termijnoverschrijding.
729 Rb. Den Haag 8 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA0205, r.o. 4.9.

het exploot van betekening had de gemeente niet aan die eis voldaan, reden waarom de rechtbank dat deel van het dwangbevel buiten effect stelde.[730] Ik merk nog op dat sinds 1 juli 2012 het Besluit Buitengerechtelijke Incasso Kosten ('BIK') in werking is getreden voor civiele procedures. Voor de toepassing van hetgeen 'redelijk' te achten is ten aanzien van buitengerechtelijke kosten bij bestuursrechtelijke geldschulden wordt in de praktijk bij dwangbevelen aansluiting gezocht op het BIK. Dit naar aanleiding van het rapport 'BGK-integraal' van de Raad voor de Rechtspraak van 1 november 2013 waarin werd overwogen dat buitengerechtelijke kosten "*in de zin van art. 1 Bbk slechts als redelijk zijn aan te merken als zij de kosten van art. 2 Besluit BIK – analoog toegepast – niet te boven gaan*."[731]

De lijn in de rechtspraak dat een dwangbevel niet snel nietig is komt mij juist voor. Nietigheid is een zware sanctie die de uitzondering moet vormen en niet de norm. Slechts indien er ernstige gebreken zijn in het dwangbevel lijkt mij nietigheid passend. Het oordeel van het Gerechtshof Arnhem dat van nietigheid slechts sprake is als dit uit de aard van de gestelde gebreken moet voortvloeien, dan wel als er sprake is van onevenredige benadeling van de executant, onderschrijf ik daarom ook. Andere gebreken worden overigens automatisch gesanctioneerd in die zin dat de executoriale titel daardoor beperkt wordt (zoals bij het niet vermelden van de kosten en de rente), dan wel dat de civiele rechter deze alsnog beperkt door dat deel buiten effect te stellen (indien bijvoorbeeld het bedrag te hoog is).

Welke voorschriften zouden gelet hierop wel tot nietigheid moeten leiden bij een dwangbevel? Gebreken waaruit nietigheid naar mijn mening uit de aard van het gebrek voorvloeien zijn: i) het niet volgen van de betekeningsvoorschriften,[732] ii) het niet vermelden aan het hoofd van het dwangbevel "*In naam van de koning*" en "*dwangbevel*". Zonder juiste betekening geen executie en zonder deze vermeldingen is er geen sprake van een executoriale titel respectievelijk een dwangbevel. Gebreken die een belanghebbende onevenredig benadelen zijn uiteraard afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, maar een voorbeeld kan zijn dat uit het dwangbevel niet volgt welke geldschuld er nu precies wordt ingevorderd. In dat geval lijkt mij dat er sprake is van een nietig dwangbevel. Welke geldschuld wordt opgeëist is namelijk een dusdanig essentieel gegeven dat het niet vermelden daarvan het onmogelijk maakt voor de schuldenaar (of de civiele rechter) om te verifiëren of het bedrag inderdaad is verschuldigd en of het dwangbevel dus bevoegd is uitgevaardigd.

730 Rb. Breda 7 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV7835, r.o. 3.9.

731 Raad voor de Rechtspraak, Rapport BGK-Integraal, 1 november 2013, p. 51.

732 Rb. Den Haag 8 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA0205, r.o. 4.9.

9.4 Het inleiden van een executiegeschil

Een executiegeschil wordt ingeleid door middel van een dagvaarding aan het adres van de executant.[733] Hiervoor gelden de reguliere regels van het Rv. Hoewel doorgaans in kort geding zal worden geprocedeerd, is het mogelijk om de vordering in te stellen in een bodemprocedure.[734] De wetgever overweegt expliciet dat het uitbrengen van een dagvaarding in een executiegeschil niet aan een termijn is gebonden – behalve de 'redelijke termijn'. De gedachte hierachter is dat de geëxecuteerde er zelf belang bij heeft om zo snel mogelijk te ageren tegen een dwangbevel, dus dat een termijn niet noodzakelijk is. Overigens overweegt de wetgever wel nog dat als een dagvaarding buiten de 'redelijke termijn' wordt uitgebracht (lees: ruim na de executie), dit als misbruik van (proces)recht kan worden aangemerkt.[735]

Uit de jurisprudentie van de afgelopen jaren blijkt dat veel partijen (inclusief overheden) niet geheel op de hoogte waren van de veranderde wetgeving. In dat kader is het interessant om te constateren dat de civiele rechter soepel lijkt om te gaan met per abuis uitgebrachte verzetsdagvaardingen, als ook dwangbevelen waarop staat dat nog verzet kan worden aangetekend. Zo oordeelden de rechtbank Gelderland,[736] de rechtbank Amsterdam,[737] de rechtbank Arnhem,[738] de rechtbank Den Haag[739] en het Gerechtshof Arnhem[740] allen ootmoedig dat hoewel de verzetsprocedure niet meer bestond, zij de verzetsdagvaarding van de eiser interpreteerde als een poging om een executiegeschil ex artikel 438 Rv te entameren en eiser gewoon ontvankelijk was in zijn vordering. De rechtbank Zwolle-Lelystad onderbouwde eenzelfde beslissing door te oordelen dat: "[d]*e zaak is aangebracht bij dagvaarding en voldoet daarmee aan de voorwaarde om een executiegeschil aanhangig te maken. Dat daarbij tevens is aangezegd dat [eisende partij] in verzet komt, maakt dat niet anders*."[741]

Wel ging het zo af en toe mis. Zo oordeelde de rechtbank Dordrecht dat de dagvaarding van de eiser in dat geval "*niet anders* [kon] *worden begrepen dan als een verzet-procedure op de voet van artikel 5:26 van de oude Awb*. [eiser] *stelt weliswaar in de verzetsdagvaarding dat het geschil tussen partijen een executiegeschil betreft, maar zijn vordering strekt daartoe niet*."[742] Reden waarom de rechtbank

733 Artikel 78, lid 2, Rv jo. artikel 438 Rv.
734 Zie bijvoorbeeld: Rb. Zeeland-West-Brabant 25 mei 2016, C/02/308761 (niet gepubliceerd).
735 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 63.
736 Rb. Gelderland 10 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA0327, r.o. 2.7.
737 Rb. Amsterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7231, r.o. 4.1.
738 Rb. Arnhem 29 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV9817, r.o. 4.1.
739 Rb. Den Haag 8 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA0205, r.o. 4.7.
740 Gerechtshof Arnhem 13 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT1961, r.o. 5.6.
741 Rb. Zwolle-Lelystad 22 maart 2012, ECLI:NLRBZLY:2012:BV9649, r.o. 14.
742 Rb. Dordrecht 30 mei 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BW7388.

eiser niet-ontvankelijk verklaarde. Ook de rechtbank Rotterdam keerde zich tegen een geëxecuteerde en verklaarde hem niet-ontvankelijk nu hij verzet had ingesteld en geen executiegeschil had geëntameerd.[743] Hoewel de civiele rechter dus enigszins geduldig blijkt te kunnen zijn, blijkt dat geduld lang niet altijd aanwezig. Overigens zal het geduld – zoveel jaren na de invoering van de vierde tranche van de Awb – thans vermoedelijk op zijn. Ik meen dan ook dat het vaker zal voorkomen dat belanghebbenden die verzet instellen niet-ontvankelijk worden verklaard.

Voor een (executie) kort geding is uiteraard een spoedeisend belang vereist. Gelet op het feit dat het een (executie) kort geding betreft volgt de spoed uit de "*aard van de gevorderde voorzieningen*".[744] Zo hebben ook alle rechters in de onderzochte zaken geoordeeld. Wel wordt in het kader van het spoedeisende belang soms onderzocht of de overheid bereid is om af te zien van executie – zeker als het effectueringsbesluit nog niet onherroepelijk is – maar in de regel is daarop het antwoord dat de overheid de executie wenst voort te zetten.[745] Dat heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat als men een dwangbevel uitvaardigt, reeds de keuze is gemaakt om zonder onherroepelijk besluit toch te executeren, met alle risico's van dien. Wel kan het zijn dat indien de overheid niet voornemens is om de executie voortvarend ter hand te nemen, dit door de rechter mee wordt gewogen in de belangenafweging in het kader van de vraag of de executie moet worden geschorst (hierover later meer).[746]

9.5 De omvang van het geding

Wat mag de civiele rechter nu wel en niet beoordelen bij een executiegeschil waarbij de invordering van een bestuurlijke geldelijke sanctie aan de orde is? De wetgever overweegt dienaangaande:

> *"Voor de burgerlijke rechter blijven* [...] *over de 'zuivere' executiegeschillen, bijvoorbeeld over de vraag of op bepaalde goederen of rekeningen beslag kan worden gelegd."*[747]

Dat betekent volgens de wetgever dat:

> *"gebreken in de onderliggende beschikking (de betalingstitel) in het executiegeschil in beginsel niet ter discussie staan. De beoordeling daarvan behoort in een procedure voor de bestuursrechter te geschieden. Dit geldt ook indien die*

743 Rb. Rotterdam 15 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8138, r.o. 3.6.
744 Rb. Arnhem 26 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM6268
745 Zie bijvoorbeeld: Rb. Leeuwarden 2 november 2011, ECLI:NL:2011:BU3382.
746 Rb. Arnhem 26 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM6268.
747 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 102.

beschikking nog geen formele rechtskracht heeft. Ook uit een dergelijke beschikking vloeit immers een verplichting tot betaling voort." [748]

Aan de civiele rechter kan dus slechts een 'klassiek' executiegeschil worden voorgelegd door de executant bij een bestuurlijke geldelijke sanctie. Uit jurisprudentie onderzoek blijkt dat veel civiele rechters hun overwegingen ook inluiden met een omschrijving van de kaders van het klassieke executiegeschil waaraan zij gebonden zijn. Deze overweging[749] is vaak ongeveer dezelfde:

"4.3 Vooropgesteld moet worden dat de taak van de rechter in een executiegeschil beperkt is. De executierechter kan slechts staking van de tenuitvoerlegging van een executoriale titel bevelen als hij van oordeel is dat de executant – mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de executie zullen worden geschaad – geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid tot tenuitvoerlegging over te gaan. Dat zal onder meer het geval kunnen zijn als de executoriale titel klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of als de executie op grond van naderhand gebleken feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor onverwijlde executie niet kan worden aanvaard (onder meer HR 22 april 1983, NJ 1984, 145 en HR 22 december 2006, NJ 2007, 173)."[750]

Het betreft dus een beoordeling of de overheid het recht van executie misbruikt (misbruik van bevoegdheid ex artikel 3:13 BW), hetgeen het geval is indien de overheid geen in redelijk te respecteren belang heeft bij tenuitvoerlegging. Dat is onder meer het geval indien de executoriale titel klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust, of als de executie een noodtoestand bij de geëxecuteerde doet ontstaan.[751]

Komt de civiele rechter tot de conclusie dat er sprake is van strijd met artikel 3:13 BW of dat het dwangbevel onbevoegd is uitgevaardigd, dan kan de civiele rechter de ten uitvoerlegging van het dwangbevel schorsen. Verder kan de civiele rechter delen van het dwangbevel geheel of gedeeltelijk buiten effect stellen. Interessant is

748 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 63.

749 De overweging is afgeleid van het arrest van de Hoge Raad Ritzen/Hoekstra (HR 22 april 1983, NJ 1984, 145).

750 Zie onder meer Rb. Amsterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7231 r.o. 4.3., Rb. Dordrecht 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX6955, r.o. 4.3., Rb. Den Haag 8 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA0205, r.o. 4.8 en Rb. 's-Gravenhage, 1 februari 2012 ECLI:NL:RBSGR:2012:BV3384.

751 Zie over het 'klassieke' executiegeschil en civiele executie in algemene zin verder: E. Loesberg, 'Enige beschouwingen over executie en beslagrecht', JBPR 2015/906.

daarnaast dat de civiele rechter ook – bij de constatering dat de bestuursrechter nog een oordeel moet vellen over de rechtmatigheid van de titel – ervoor kan kiezen om zijn oordeel aan te houden, dan wel dat hij zijn uitspraak doet "*onder de voorwaarde van de uitkomst van de administratiefrechtelijke rechtsgang*."[752]

9.5.1 Juridische of feitelijke misslag

In het kader van de beoordeling of er sprake is van een juridische of feitelijke misslag, onderzoekt de civiele rechter of er een rechtsgeldige titel aan de executie ten grondslag ligt. Uit de jurisprudentie blijkt dat dit in alle uitspraken zeer kort wordt besproken, veelal door vast te stellen dat er een (al dan niet onherroepelijke) beschikking is waaruit de geldschuld blijkt en dat er een dwangbevelbevoegdheid bestaat gelet op de eerder verzonden aanmaning.[753] In dit kader wordt ook het dwangbevel zelf getoetst waarbij fouten in het dwangbevel worden gecorrigeerd dan wel delen daarvan buiten toepassing worden gelaten die te kwalificeren zijn als een juridische misslag (zoals reeds eerder toegelicht).

Een juridische misslag is bijvoorbeeld een dwangbevel waarbij de kosten gemoeid met de invordering van een bestuurlijke boete werden opgeëist – terwijl het besluit tot oplegging van die bestuurlijke boete door de bestuursrechter reeds was vernietigd.[754] Een betoog dat het sanctiebesluit en/of het effectueringsbesluit niet zijn ontvangen en dat het dwangbevel daardoor een juridische misslag betreft (terwijl geen bezwaar is gemaakt tegen de besluiten na bekendwording daarmee) is overigens niet aan de civiele rechter besteed. Daarvoor wordt naar de bestuursrechter verwezen.[755]

Nuttig om op te merken is dat nu het dwangbevel een besluit in de zin van de Awb is, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur daarop van toepassing zijn. In een uitspraak van de rechtbank Amsterdam werd het dwangbevel ook zelfstandig getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het kader van de vraag of er sprake was van een juridische misslag. De rechtbank toetste of er sprake was van een toezegging door het bestuursorgaan om niet in te vorderen. Deze toezegging was volgens appellant ter zitting bij de ABRvS (in het hoger beroep tegen de invorderingsbeschikking) gedaan. Zou die toezegging inderdaad (bevoegd) zijn gedaan, dan zou het uitvaardigen van een dwangbevel in strijd met het vertrouwensbeginsel zijn. De rechtbank oordeelde overigens dat een dergelijke toezegging nooit was gedaan.[756]

752 Gerechtshof Arnhem 13 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT1961, r.o. 5.12 en 5.13.

753 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7231, r.o. 4.5, Rb. Gelderland 10 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA0327, r.o. 3.8., Gerechtshof Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4819 en Rb. Rotterdam 24 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6059.

754 HR 9 maart 2012, NJ 2012/379, m.nt. M.R. Mok

755 Rb. Rotterdam 15 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8138, r.o. 3.5.

756 Rb. Arnhem 29 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV9817, r.o. 4.6.

In twee uitspraken bleek het bestuursorgaan niet bevoegd om het dwangbevel uit te vaardigen. In het eerste geval was er sprake van de verjaring van de invorderingsbevoegdheid als bedoeld in artikel 5:35 Awb. In het tweede geval was er sprake van een situatie dat de dwangbevelbevoegdheid nooit was ontstaan nu niet op juiste wijze was aangemaand. In het eerste geval oordeelde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch dat in het kader van de toetsing van het dwangbevel aan de orde kan komen of het bestuursorgaan bevoegd was om het dwangbevel uit te vaardigen. Daarbij kan ook aan de orde komen of ingevolge artikel 5:35 Awb de invorderingsbevoegdheid reeds was verjaard voordat het dwangbevel was uitgevaardigd. Nu dat het geval was, aldus het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, was de overheid niet meer bevoegd om een dwangbevel uit te vaardigen en moest de executie worden gestaakt.[757]

In het tweede geval oordeelde de rechtbank Zeeland-West-Brabant dat een aanmaning die niet aan de vereisten in artikel 4:112 Awb voldeed gevolgen heeft voor de bevoegdheid om een dwangbevel uit te vaardigen. Volgens de rechtbank ontstaat de bevoegdheid om een dwangbevel uit te vaardigen pas als:

> "[...] *aan alle vereisten van artikel 4:112 Awb is voldaan, zodat de schuldenaar volledig op de hoogte is van de gevolgen van te late betaling*. [De gemeente heeft geen aanmaning verstuurt waarin wordt gewaarschuwd voor de gevolgen van te late betaling]. *Dit betekent dat het dwangbevel van 7 januari 2013 onbevoegd is uitgevaardigd.*"[758]

9.5.2 Noodtoestand

Van de tweede grond – een noodtoestand – zal in de regel niet snel sprake zijn. Er moet namelijk niet alleen sprake zijn van een voor de geëxecuteerde penibele situatie, maar er moet sprake zijn van "*een onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad*" (artikel 3:13, lid 2, BW). Dat is bij bestuurlijke geldelijke sancties niet snel het geval. De enkele stelling dat er een noodtoestand ontstaat vanwege betalingsonmacht is in ieder geval onvoldoende.[759] Ook de enkele stelling dat een rechtspersoon failliet zal gaan is onvoldoende.[760] Dat de weersomstandigheden de uitvoering van de last belette kan ook niet als noodtoestand gelden – dat zou in het kader van het beroep tegen de effectueringsbeschikking aan de orde moeten komen.[761]

757 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 november 2013, AB 2014/56, m.nt. T.N. Sanders.
758 Rb. Zeeland West-Brabant 12 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9939, r.o. 3.10. In gelijke zin: Rb. Dordrecht 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX6955 r.o. 4.4.
759 Rb. Amsterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7231 r.o. 4.6.
760 Rb. Leeuwarden 2 november 2011, ECLI:NL:2011:BU3382, 4.3.
761 Rb. Dordrecht 2 september 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BN5669 r.o. 4.4.

Een geval waarin wel een dreigende noodtoestand werd aanvaard treft men in de uitspraak van de rechtbank Breda van 7 maart 2012.[762] In dat geval waren de besluiten nog niet onherroepelijk (hoewel de besluiten door de bestuursrechter in eerste aanleg wel in stand waren gelaten), maar had eiser voldoende aannemelijk weten te maken dat executie hangende het hoger beroep tot onomkeerbare gevolgen voor hem zou leiden (te weten: zijn faillissement). Dit leidde tot de conclusie, aldus de rechtbank, dat er sprake was van:

> *"3.11.* […] *een onevenredigheid tussen het belang van de gemeente bij onmiddellijke executie en het belang van Fort Oranje om in afwachting van de uitkomst van het hoger beroep niet te worden geschaad door een onomkeerbare situatie. Volgens artikel 3:13 lid 2 BW kan de gemeente onder die omstandigheden naar redelijkheid niet tot uitoefening van haar executiebevoegdheid overgaan en is sprake van misbruik van die bevoegdheid. De rechtbank zal de tenuitvoerlegging van het dwangbevel van 23 augustus 2011 daarom schorsen totdat de Afdeling bestuursrechtspraak in hoger beroep uitspraak heeft gedaan over de besluiten die aan dit dwangbevel ten grondslag liggen."*[763]

Interessant om te constateren is dat de omstandigheid dat het voor de overheid soms weinig bezwarend is om te wachten met executie totdat er een onherroepelijk oordeel van de bestuursrechter is ook mee wordt gewogen bij de vraag of er sprake is van misbruik van recht. Zo woog de rechtbank Arnhem mee dat partijen nog tot een nadere (betalings-)regeling zouden kunnen komen (waarvoor zowel de gemeente als de schuldenaar openstonden) terwijl de gemeente in dat geval ook had aangekondigd niet op korte termijn tot daadwerkelijke executie (lees: executoriaal beslag) over te gaan. Dit leidde tot een schorsing van een half jaar.[764] Dit betrof overigens een terugvordering van een uitkering waarvoor de verjaringstermijn van vijf jaren in artikel 4:104 Awb geldt. In een dergelijk geval is de druk op het bestuursorgaan om spoedig in te vorderen uiteraard minder dan in het geval van de invordering van een dwangsom (waarvoor op grond van artikel 5:35 Awb een verjaringstermijn van één jaar geldt). Ik betwijfel dus of het dictum van de uitspraak van de rechtbank Arnhem hetzelfde was geweest als het onderwerp van het geschil de invordering van een dwangsom was geweest.

9.6 De formele rechtskracht(-fictie) en de toetsing van bestuursrechtelijke besluiten in het executiegeschil

Nu door de komst van de vierde tranche van de Awb de vraag of een sanctie is verschuldigd en of er mag worden ingevorderd bestuursrechtelijk van aard is geworden, kan de civiele rechter daar in beginsel geen oordeel over vellen. Dat lijkt een helder

762 Rb. Breda 7 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV7835, r.o. 3.11.
763 Ibid, r.o. 3.11.
764 Rb. Arnhem 26 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM6268, r.o. 4.4.

onderscheid. Toch blijkt uit de jurisprudentie dat de formele rechtskracht van het sanctiebesluit en het effectueringsbesluit vaak een punt van discussie vormen in het executiegeschil. Eisers voeren namelijk regelmatig gronden aan die eigenlijk aan de orde hadden moeten komen in het bestuursrechtelijke geschil, zoals de verschuldigdheid van de sanctie. Dat kan te maken hebben met een verkeerde voorstelling van zaken aan de zijde van de belanghebbende (bijvoorbeeld een gemachtigde die nog in de veronderstelling is dat verzet mogelijk is), of simpelweg dat de belanghebbende te laat is met het inzetten van rechtsmiddelen tegen de besluiten en zich daarom gedwongen voelt om dan maar tegen het dwangbevel op te komen. Hoe dan ook, in beginsel gaat de civiele rechter hier niet meer op in. Zo oordeelde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld dat:

> *"4.5.2.* […] *In een executieprocedure bij de burgerlijke rechter, wiens bevoegdheid ten aanzien van executiegeschillen uitdrukkelijk in artikel 4:123 Awb is gehandhaafd, mogen bestuursrechtelijke vragen die verband houden met de rechtmatigheid van de onderliggende (invorderings)beschikking in beginsel geen rol meer spelen. Dergelijke vragen horen, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, thuis in de bezwaar- en beroepsprocedures die mogelijk aan de tenuitvoerlegging van het dwangbevel zijn voorafgegaan. Vgl. Kamerstukken II, 2003-2004, 29 702, nr. 3, blz. 25."*[765]

Civiele rechters blijken bij executiegeschillen overigens soms eerst uitgebreid in te gaan op de in het executiegeschil aangevoerde gronden tegen een reeds onherroepelijk besluit, alvorens te oordelen dat deze toch afstuiten op de formele rechtskracht van het besluit. Zo toetste de rechtbank Noord-Nederland of er concreet zicht op legalisering was en of aan de eiser een beroep op het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel toekwam, om vervolgens te oordelen dat deze gronden af moesten stuiten op de formele rechtskracht van de last onder dwangsom.[766] De rechtbank Dordrecht toetste ook of de weersomstandigheden de uitvoering van de last belette (of er sprake was van een 'bijzondere omstandigheid' die zich zou verzetten tegen invordering), om vervolgens toch te concluderen dat dit reeds in het invorderingsbesluit aan de orde had moeten komen, zodat de formele rechtskracht zich verzette tegen het slagen van deze grond.[767] De civiele rechter doet dit vermoedelijk vanuit de wens om een duidelijk gemotiveerde uitspraak te doen.

765 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 november 2013, AB 2014/56, m.nt. T.N. Sanders r.o. 4.5.2.
766 Rb. Noord-Nederland 21 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2619.
767 Rb. Dordrecht 2 september 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BN5669 r.o. 4.4.

Ook als het besluit nog géén formele rechtskracht heeft (dus bijvoorbeeld als een bestuursrechter zich nog over de besluiten moet uitlaten) dient de rechter uit te gaan van de juistheid van het besluit. Het Gerechtshof Arnhem oordeelde dienaangaande:

> *"5.11* [Het besluit is nog niet onherroepelijk]. *In zoverre is van formele rechtskracht van dit besluit in strikte zin geen sprake. Er is immers nog geen onaantastbaar besluit. Evenwel is wel sprake van formele rechtskracht in de zin van de zogenoemde rechtmatigheidsfictie, ook in een geval als het onderhavige dat het terugvorderingsbesluit nog niet onaantastbaar is geworden. Het hof vindt steun voor zijn opvatting in het arrest van de Hoge Raad van 7 april 1995, NJ 1997, 166, waarbij wordt overwogen: "Indien tegen een besluit van een bestuursorgaan een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan, maar deze rechtsgang niet is gebruikt, dient de burgerlijke rechter, ingeval de geldigheid van het besluit in het voor hem gevoerde geding in geschil is, in beginsel van die geldigheid uit te gaan, behoudens indien de daaraan verbonden bezwaren door bijkomende omstandigheden zo klemmend worden dat op dat beginsel een uitzondering moet worden aanvaard (HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723). Hetzelfde geldt ingeval gebruik is gemaakt van een administratiefrechtelijke rechtsgang als vorenbedoeld, in welk geval de burgerlijke rechter van de geldigheid van het besluit dient uit te gaan, zolang het niet is vernietigd."*[768]

Deze lijn is vaste jurisprudentie en wordt door andere rechters in executiegeschillen ook consequent toegepast.[769]

Toch blijkt er in de praktijk nog wel ruimte te zijn voor enig onderzoek door de civiele rechter naar de rechtmatigheid van het bestuursrechtelijke besluit in het kader van een executiegeschil. Ik onderscheid een drietal gevallen waarin de civiele rechter wel nog een oordeel geeft over het besluit: (i) in het kader van de vraag of er sprake is van een evidente feitelijke of juridische misslag, (ii) in het kader van de toetsing aan artikel 3:13, lid 2, BW (de evenredigheidsafweging bij het gebruiken van een bevoegdheid) en (iii) in het kader van een 'goede rechtspleging'.

768 Gerechtshof Arnhem 13 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT1961, r.o. 5.10. e.v. in gelijke zin: Rb. Leeuwarden 2 november 2011, ECLI:NL:2011:BU3382, r.o. 5.4.

769 Zie onder meer: Rb. Leeuwarden 2 november 2011, ECLI:NL:2011:BU3382, r.o. 5.4., Rb. Dordrecht 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX6955, r.o. 4.6., Rb. Breda 7 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV7835 r.o. 3.4. Zie verder over de rechtmatigheidsfictie bij nog niet onherroepelijke besluiten in bredere zin ook M.W. Scheltema en M. Scheltema, Gemeenschappelijk Recht, (Deventer, 2013), p. 363 en de jurisprudentieverwijzingen in noot nr.151.

Ad (i)
De wetgever overweegt dat:

> *"Algemeen wordt aangenomen dat het in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur om een evident onrechtmatig besluit ten uitvoer te leggen."* [770]

Hieruit vloeit naar mijn mening voort dat de civiele rechter gehouden is om bij alle besluiten (dus ook bij onherroepelijke besluiten) die als titel voor de executie fungeren in ieder geval te toetsen of er geen sprake is van een *evident* onrechtmatig besluit. Zoals eerder toegelicht doet de civiele rechter dit in de praktijk ook door het besluit (summierlijk) te toetsen in het kader van de vraag of er feitelijke of juridische misslagen zijn.[771] Daarbij stelt de civiele rechter meestal kort vast of er inderdaad een besluit bestaat waaruit de titel voor de executie (voldoende) blijkt. Deze toetsing is dus veelal inhoudelijk beperkt.

Ad (ii)
Voorts kan de civiele rechter het besluit toetsen om een oordeel te geven over de vraag of er sprake is van een onevenredigheid als bedoeld in artikel 3:13, lid 2, BW. In dat kader moet immers een afweging worden gemaakt door de civiele rechter van de belangen van het bestuursorgaan bij executie enerzijds en de belangen van de geëxecuteerde om hangende onherroepelijkheid van het besluit te worden gevrijwaard van executie anderzijds. Is er sprake van een (ernstige) disbalans dan is er gelet op artikel 3:13, lid 2, BW sprake van misbruik van recht.

Deze toetsing zal uitsluitend bij niet-onherroepelijke besluiten een inhoudelijke toetsing van het besluit met zich meebrengen. Bij onherroepelijke besluiten is het belang bij executie namelijk zwaarwegend. Slechts een noodtoestand zal dus executie (tijdelijk) in de weg kunnen staan (denk bijvoorbeeld aan het executoriaal veilen van een woning als iemand voor een ingrijpende spoedoperatie in het ziekenhuis is opgenomen).[772] Bij niet-onherroepelijk besluiten is het belang bij executie daarentegen niet gegeven – dat is afhankelijk van de kans dat het besluit onherroepelijk is. De civiele rechter zal in die gevallen dus wel moeten toetsen of het besluit naar verwachting stand zal kunnen houden. Naar mate de kans groter is dat het besluit geen stand zal kunnen houden bij de bestuursrechter, heeft het bestuursorgaan minder belang bij de executie daarvan hangende beroep bij de bestuursrechter en is het belang van de geëxecuteerde om gevrijwaard te worden van executie groter. De rechtbank Leeuwarden vatte het als volgt samen:

770 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 63.
771 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7231, r.o. 4.5. en Rb. Gelderland 10 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA0327, r.o. 3.8.
772 Zie voor voorbeelden: E. Loesberg, 'Enige beschouwingen over executie en beslagrecht', JBPR 2015/906.

> *"5.5. Onder omstandigheden kán de executie van het dwangbevel door de gemeente echter misbruik van recht opleveren. Daartoe zal met name grond bestaan, indien te verwachten valt dat het bestreden dwangsombesluit door de bestuursrechter zal worden vernietigd. In dat geval heeft de gemeente in dit stadium geen in redelijkheid te respecteren belang bij tenuitvoerlegging van het dwangbevel. In dat verband dient de voorzieningenrechter summierlijk te onderzoeken of de tegen het dwangsombesluit aangespannen beroepsprocedure bij de sector bestuursrecht van deze rechtbank een redelijke kans van slagen heeft en zou kunnen leiden tot vernietiging van het dwangsombesluit (vgl. HR 19 januari 2001, NJ 2001, 324)."*[773]

De intensiteit van deze toetsing zou naar mijn mening overigens moeten afhangen van het stadium waarin het besluit zich bevindt. Liggen de besluiten bijvoorbeeld reeds ter toetsing voor bij de ABRvS en zijn deze in stand gebleven in eerste aanleg, dan rechtvaardigt dat mijns inziens een (zeer) lichte toets door de civiele rechter in een executiegeschil**.** Bevindt het besluit zich daarentegen nog in de bezwaarfase, dan kan de civiele rechter relatief indringend toetsen. De civiele rechter lijkt dit in de praktijk ook zo te doen. Zo toetste de rechtbank Leeuwarden het besluit dat nog niet was getoetst door een bestuursrechter in de voornoemde uitspraak vrij indringend. De rechtbank toetste onder meer of handhavend optreden in dat geval onevenredig was en of de hoogte van de dwangsom de toets der kritiek kon doorstaan – waarbij de rechtbank verwees naar de standaard ABRvS jurisprudentie op dat vlak.[774] In een ander geval toetste het Gerechtshof Arnhem het besluit echter zeer terughoudend, nu het besluit in eerste aanleg bij de bestuursrechter overeind was gebleven en het besluit reeds ter toetsing voor lag aan de ABRvS.[775]

Ad (iii)

Het derde geval waarin de civiele rechter toch nog een oordeel kan geven over het besluit is het geval waarin er een niet-onherroepelijk besluit nog ter toetsing voorligt aan de bestuursrechter en het oordeel van de civiele rechter in het executiegeschil 'in de weg kan lopen' van de bestuursrechter. In dergelijke gevallen kan de civiele rechter ervoor kiezen om ofwel een inhoudelijk oordeel te geven over het besluit in die zin dat de civiele rechter zijn oordeel afstemt op het te verwachten oordeel van de bestuursrechter, of de civiele rechter kan ervoor kiezen om zijn oordeel aan te houden. In beide gevallen zal de civiele rechter echter een oordeel moeten vellen over het besluit. Het Gerechtshof Arnhem oordeelde daaromtrent dat:

773 Rb. Leeuwarden 2 november 2011, ECLI:NL:2011:BU3382, r.o. 5.5.

774 Ibid, r.o. 5.4.

775 Gerechtshof Arnhem 13 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT1961, r.o. 5.10. e.v., in gelijke zin: Rechtbank Breda 7 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV7835, r.o. 3.6.

> *"5.12 De eisen van een behoorlijke rechtspleging kunnen evenwel meebrengen,* […]*, dat de burgerlijke rechter, teneinde mogelijk tegenstrijdige beslissingen te voorkomen, zijn uitspraak aanhoudt totdat een onherroepelijke beslissing in het bestuursrechtelijke traject is verkregen. Daartoe zal met name grond bestaan in geval te verwachten valt dat bij die beslissing het besluit zal worden vernietigd."*[776]

De civiele rechter zal dus bij een niet-onherroepelijk besluit in ieder geval moeten toetsen of te verwachten valt dat het besluit zal worden vernietigd en aan de hand daarvan kiezen of hij zijn uitspraak aanhoudt, dan wel een uitspraak 'onder voorbehoud van de uitkomst van het bestuursrechtelijke traject doet, dan wel een uitspraak doet op grond van de te verwachten uitkomst in het bestuursrechtelijke traject.

De civiele rechter lijkt zich dus niet geheel te onthouden van elk oordeel over het besluit bij een executie. Bij onherroepelijke besluiten is de toetsing door de civiele rechter echter slechts een zeer summiere toetsing van het bestaan van de titel (het besluit). Bij niet-onherroepelijke besluiten kan de toetsing echter – afhankelijk van het stadium van het bestuursrechtelijke traject waar de besluiten zich in bevinden – zeer indringend zijn. De wetgever lijkt dit niet te hebben voorzien. De wetgever ging er vanuit dat de civiele rechter feitelijk alleen nog een 'klassiek' executiegeschil tegemoet zou kunnen zien en dat de civiele rechter geen oordeel meer zou geven over bestuursrechtelijke aangelegenheden. Daarnaast ging de wetgever er vanuit dat bestuursorganen in de regel zouden wachten tot er een onherroepelijk besluit was, alvorens deze te executeren.[777] Het blijkt echter in de praktijk en de jurisprudentie dat bestuursorganen met enige regelmaat niet-onherroepelijke besluit wensen te executeren. Dit geldt des te meer bij de invordering van dwangsommen gelet op de korte verjaringstermijn van artikel 5:35 Awb.

Bij onherroepelijke besluiten houdt de civiele rechter zich dus keurig aan de bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter. Bij niet-onherroepelijke besluiten acht de civiele rechter zich bevoegd en acht hij het voorts noodzakelijk om toch een inhoudelijke toets van het bestuursrechtelijke besluit te verrichten. Bij niet-onherroepelijke besluiten bestaat namelijk een (soms reële) kans dat het besluit geen stand zal houden bij de bestuursrechter. De executie van een dergelijk besluit kan echter wel onomkeerbare gevolgen voor de burger hebben. Weliswaar is de overheid aansprakelijk voor de ontstane schade als uiteindelijk blijkt dat de titel achteraf bezien niet bestond (bijvoorbeeld bij vernietiging van die titel) –

776 Gerechtshof Arnhem 13 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT1961, r.o. 5.10. e.v., in gelijke zin: Rechtbank Breda 7 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV7835, r.o. 3.6.

777 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 63.

maar in sommige gevallen zal die schade van dien aard zijn (bijvoorbeeld een faillissement of een ontruiming) dat de burger toch een duidelijk belang heeft om gevrijwaard te worden van executie hangende de onherroepelijkheid van de titel. De civiele rechter borgt dit thans blijkens de jurisprudentie op effectieve wijze met een toetsing die respect toont voor het primaat van de bestuursrechter, zonder daarmee het belang van de burger te veronachtzamen. Dat lijkt mij nuttig en noodzakelijk en daarmee dus ook wenselijk. In zoverre zie ik hier dus geen knelpunten.

9.7 Beslag bij bestuursrechtelijke geldschulden

Op grond van artikel 4:124 Awb beschikt een bestuursorgaan ook over de bevoegdheden die een schuldeiser op grond van het privaatrecht heeft. Dit betekent dat een bestuursorgaan ook beslag kan leggen. In de praktijk legt de publiekrechtelijke rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort het beslag, gelet op artikel 1:1, lid 4, Awb. De twee belangrijkste vormen van beslag (conservatoir en executoriaal) komen dus ook bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties voor. Eerst ga ik in op het conservatoir beslag, daarna op het executoriaal beslag.

9.7.1 Conservatoir beslag

Bij conservatoir beslag op voet van artikel 700, lid 3, Rv dient de civiele rechter bij het verlenen van verlof tot beslaglegging aan de beslaglegger dit onder voorwaarde te doen dat de beslaglegger binnen een te bepalen termijn na het toekennen van het verlof een eis in hoofdzaak instelt. Uit de rechtspraak blijkt dat onder 'eis in hoofdzaak' ook een betalingsbeschikking of invorderingsbeschikking wordt verstaan.[778] Soms komt het overigens voor dat de verlofrechter ervoor kiest om aan het verlof de voorwaarde te verbinden dat *het dwangbevel* binnen een bepaalde termijn moet zijn uitgebracht.[779] Dit zet enige druk op de ketel bij het bestuursorgaan om snel daadwerkelijk te executeren en past goed bij de gedachte bij conservatoire maatregelen dat het niet de bedoeling is dat eindeloos wordt gewacht met het afdwingen van de vordering.[780]

Er zijn drie redenen voor het bestuursorgaan om conservatoir beslag te leggen. Ten eerste versterkt het beslag de druk op de overtreder om de overtreding te beëindigen. Ten tweede zal het beslag de overtreder verrassen en daarmee de verhaalsmogelijkheden voor het bestuursorgaan verzekeren. Ten derde heeft conservatoir beslag stuitende werking ingevolge artikel 4:105 Awb. Daarmee worden dus drie vliegen in één klap geraakt. Voorwaarde (voor bepaalde soorten beslagen) is uiteraard wel

778 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. 7355/66 en de Beslagsyllabus, versie augustus 2015, p. 16.

779 Gerechtshof Arnhem 13 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT1961, r.o. 5.6.

780 Zie in die zin ook: HR 29 oktober 2004, NJ 2006, 203, m.nt. m.nt. H.J. Snijders.

dat er een reële kans is dat het vermogen van de overtreder wordt verduisterd. Zeker bij omgevingsrechtelijke kwesties is dat echter niet vaak aan de orde: er is immers onroerend goed in het spel dat veelal een grotere waarde vertegenwoordigt dan de maximale te verbeuren dwangsommen en ook niet makkelijk kan worden verduisterd.[781]

De vraag kan gesteld worden of het besluit om een last onder dwangsom op te leggen ook als 'eis in hoofdzaak' kan gelden. Kan er conservatoir beslag worden gelegd op grond van een opgelegde last onder dwangsom waarbij er nog geen dwangsommen zijn verbeurd (en *mutatis mutandis* op grond van een last onder bestuursdwang waarbij er nog geen kosten zijn gemaakt)? Ik ben hiervan geen voorbeeld tegen gekomen in de jurisprudentie maar ik meen, met M.W. Scheltema,[782] dat het mogelijk zou moeten zijn. In dat verband verwijs ik naar Beekhoven van den Boezem die – bij de civielrechtelijke dwangsom – ook meent dat beslag ter verzekering van een toekomstige dwangsom vordering onder omstandigheden mogelijk moet zijn.[783] Zij stelt drie criteria waar aan moet worden getoetst of beslaglegging voor een toekomstige dwangsom vordering moet worden geoorloofd. Deze zijn (vertaald naar een bestuurlijke geldelijke sanctie): (i) de kans op het overtreden van de last, (ii) de vraag of de potentiële beslagene daadwerkelijk doende is zijn vermogensbestanddelen te verduisteren en derhalve het bestuursorgaan zijn verhaalsobject te ontnemen (indien het aantonen van de vrees voor verduistering is vereist gelet op het soort te leggen beslag) en (iii) de mate waarin de beslagene door het beslag zal worden gehinderd. M.W. Scheltema sluit verder aan bij artikel 5:7 Awb voor preventieve handhaving, namelijk dat er klaarblijkelijk gevaar moet zijn dat er een overtreding zal gaan plaatsvinden. Naar zijn mening is het leggen van conservatoir beslag voor nog niet verbeurde dwangsommen goed te vergelijken met preventieve handhaving.[784] Die vergelijking kan ik volgen nu in feite in beide gevallen reeds consequenties worden verbonden aan een overtreding die zich nog niet heeft verwezenlijkt. Daarnaast noemt M.W. Scheltema ook nog enkele andere mogelijke aanvullende voorwaarden, zoals dat duidelijk kan worden omschreven voor welke overtreding het bestuursorgaan vreest. Naar ik meen zijn de criteria van Beekhoven

781 Dat is overigens anders dan bij kostenverhaal waar het juist andersom zal zijn – denk bijvoorbeeld aan het kostenverhaal bij Chemiepack – zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 juni 2011, ECLI:NL:2011:BQ7541.

782 M.W. Scheltema, De rol van de burgerlijke rechter bij bestuursrechtelijke geldschulden; slechts een bijrol?, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), De burgerlijke rechter in het publiekrecht (Deventer 2015), pp. p. 328.

783 M. Beekhoven van den Boezem, 'Beslag ter verzekering van een toekomstige dwangsomvordering' in: N.E.D. Faber, H.W. Heymann, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-Schwencke, C. Rijckenberg (red.), Knelpunten bij beslag en executie (Deventer, 2009), p. 715.

784 M.W. Scheltema, De rol van de burgerlijke rechter bij bestuursrechtelijke geldschulden; slechts een bijrol?, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), De burgerlijke rechter in het publiekrecht (Deventer 2015), pp. p. 326.

van den Boezem op zich goed toepasbaar op nog niet verbeurde dwangsommen. Het klaarblijkelijk gevaar dat vereist wordt in artikel 5:7 Awb is immers weinig meer dan dat er een 'sterke kans' moet zijn op het overtreden van de last (criterium i) afgewogen tegen de gevolgen van het beslag voor de overtreder (criterium iii). Datzelfde geldt voor de andere criteria die M.W. Scheltema noemt. De kern van de afweging is volgens mij dat niet lichtzinnig kan worden toegestaan dat een nog niet verbeurde dwangsom aanleiding is voor conservatoir beslag, net zo min als dat niet lichtzinnig kan worden aangenomen dat preventieve handhaving mogelijk is op grond van artikel 5:7 Awb. Het heeft namelijk tot gevolg dat iemand al een sanctie wordt opgelegd voor iets wat hij nog niet daadwerkelijk heeft gedaan. Daarvoor moet het zeer aannemelijk zijn dat de overtreder die dwangsom uiteindelijk inderdaad verschuldigd zal zijn en zal trachten zijn vermogen te verduisteren.

Een probleem bij conservatoir beslag voor nog niet verbeurde dwangsommen is wel dat als er nooit dwangsommen worden verbeurd het conservatoir beslag in beginsel altijd zal blijven liggen. Als de last onder dwangsom immers als 'eis in hoofdzaak' heeft te gelden dan is er geen termijn voor het instellen van de eis in hoofdzaak en dan zou het conservatoir beslag tot in de lengte der dagen kunnen blijven liggen. De oplossing voor de belanghebbende in dat geval is om na een jaar het bestuursorgaan te verzoeken om de last in te trekken (gelet op artikel 5:34, lid 2, Awb). Daarmee vervalt de titel voor het beslag. Op verzoek van de belanghebbende zal het beslag daarna moeten worden doorgehaald. Weigert het bestuursorgaan, dan kan de voorzieningenrechter hem daartoe veroordelen.

Terzijde lijkt het mij bij bestuursrechtelijke dwangsommen overigens ook mogelijk om direct na de verbeurte van een dwangsom – maar voor het nemen van een invorderingsbeschikking – conservatoir beslag te leggen. De dwangsom is namelijk reeds na verbeurte van rechtswege verschuldigd gelet op artikel 5:33 Awb. De betalingstitel is er dus al vanaf het moment van verbeurte. De verlofrechter zal in dat geval dus slechts een afweging hoeven maken tussen de kans op verduistering van het vermogen door de potentiële beslagene en de hinder die de beslagene van het beslag ondervindt (een 'summiere' toetsing ex artikel 705, lid 2, Rv).

Uit de jurisprudentie blijkt dat bij een kort geding ter opheffing van een conservatoir beslag ingevolge artikel 705, lid 2, Rv, ook bij beslag in het kader van bestuurlijke geldelijke sancties de ondeugdelijkheid van het beslag summierlijk moet blijken. Daarbij is het enkele feit dat de belanghebbende bezwaar heeft gemaakt tegen de beschikking onvoldoende om het beslag doorgehaald te krijgen.[785] De civiele rechter stelt zich daarbij terughoudend op. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt in dat kader als volgt:

785 Rb. Arnhem 26 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM6268, r.o. 4.3.

> *"4.9.1. Gelet op het bepaalde in artikel 700 Rv (waarin opgenomen de voorwaarden waaronder verlof kan worden verleend tot conservatoir beslag) is het de taak van de burgerlijke rechter om summier te onderzoeken of de door de verzoeker aan zijn verzoek tot het leggen van conservatoir ten grondslag gelegde vordering bestaat. Dit is naar het oordeel van het hof niet anders bij een vordering die is gebaseerd op een kostenverhaalsbeschikking, die op haar beurt haar grondslag vindt in een besluit waarbij een last onder bestuursdwang is opgelegd. Het hof moet derhalve summierlijk onderzoeken of de bestuursrechtelijk door IRC te ondernemen stappen tegen de kostenverhaalsbeschikking een redelijke kans van slagen hebben en kunnen leiden tot vernietiging van de kostenverhaalsbeschikking, met daarmee ook verval van de primair aan het verzoek ten grondslag gelegde vordering ten behoeve van het verlof tot het leggen van conservatoir beslag* [...]*."*[786]

Indien de beschikking overigens wel al is getoetst door een bestuursrechter (al dan niet in het kader van een verzoek om een voorlopige voorziening) dan weegt dit oordeel zwaar mee voor de civiele rechter bij het bepalen van of er sprake is van een 'summierlijk ondeugdelijke' vordering.[787] Als er nog geen oordeel is van een bestuursrechter, dan toetst de rechter wel of enigszins aannemelijk is dat de invorderingsbeschikking in rechte stand zal houden bij de bestuursrechter. Is dat het geval, dan volgt slechts een afweging tussen de kans op verduistering (indien van toepassing), het belang van de beslaglegger en de hinder die de beslagene ondervindt.[788] Dat is in lijn met de criteria zoals Beekhoven van den Boezem deze uiteenzet.

9.7.2 Executoriaal beslag

Een executoriaal beslag kan, gelijk conservatoir beslag, in een executiegeschil worden opgeheven. In de rechtspraak zijn er een paar voorbeelden van, zij het dat de overtreder in die zaken er niet in slaagden om het beslag te doen opheffen. Zo oordeelde de rechtbank Den Haag[789] dat na uitvaardiging van een dwangbevel een termijn van twintig jaar zou gelden en oordeelde de rechtbank Gelderland[790] dat na uitvaardiging van het dwangbevel op grond van artikel 3:317 BW kan worden gestuit. Beide oordelen komen mij voor als evidente misslagen gelet op titel 4.4 Awb en de

786 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2016, rol nr. 200.181.746/01 (niet gepubliceerd).
787 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 juni 2011, ECLI:NL:2011:BQ7541.
788 Rb. Arnhem 26 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM6268, r.o. 4.3.
789 Rb. Den Haag 12 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13356.
790 Rb. Gelderland 27 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:641.

rechtspraak van zowel de Hoge Raad als de ABRvS,[791] maar zijn nuttig om hier te noemen ten einde aan te tonen dat overtreders zich ook in deze fase roeren. Het gegeven dat de civiele rechter in kort geding blijkens deze uitspraken niet altijd over voldoende kennis van het bestuursrecht lijkt te beschikken om zich goed uit te kunnen laten over het geschil lijkt mij op zich wel een knelpunt, maar een dat verband houdt met de kennis van de civiele rechters in kwestie. Dat valt buiten de reikwijdte van dit proefschrift en laat ik daarom verder buiten beschouwing.

Van belang om op te merken is dat bij het leggen van beslag en het executeren van het dwangbevel bij een nog niet onherroepelijk besluit uiteraard een risicoaansprakelijkheid geldt voor de overheid. Het staat de overheid dus vrij om voordat er een onherroepelijk besluit is te executeren, maar blijkt de executie achteraf onrechtmatig dan is de overheid schadeplichtig:

> *"5.13* [...]. *Het staat de gemeente in beginsel vrij tot uitvaardiging, incasso en executie van het dwangbevel over te gaan* [voordat de invorderingsbeschikking onherroepelijk is]*, daarmee overigens voor eigen risico handelende. De wet staat daaraan niet in de weg. Ook de wetsgeschiedenis, waarop* [appellant] *zich heeft beroepen, brengt dit niet mee. Uitlatingen van de wetgever in het parlementair proces binden overigens de gemeente Nijmegen ook niet. Dat het in zijn algemeenheid wellicht gebruikelijk is en mogelijk zelfs wenselijk zou zijn dat een overheid wacht met incasso tot de onderliggende beschikking onherroepelijk is geworden, staat er niet aan in de weg dat de gemeente desondanks daarop vooruitlopend reeds nu tot invordering middels het dwangbevel overgaat."*[792]

Appellant in die kwestie verwees waarschijnlijk naar de overweging van de wetgever dat:

> *"het risico dat de beschikking, nadat de executie is aangevangen, in een bodemprocedure tegen die beschikking wordt vernietigd en de tenuitvoerlegging achteraf onrechtmatig moet worden geacht, het* [...] *bestuursorgaan ertoe* [kan] *brengen de executie vrijwillig op te schorten. Zo nodig kan de geëxecuteerde in een executie-kort-geding op grond van artikel 438, tweede lid, Rv schorsing van de executie vorderen."* [793]

791 Zie in dat kader onder meer: HR 27 november 2015, JOR 2016/52, m.nt. J.L. Smeehuijzen, ABRvS 27 juli 2016, JG 2016/57, m.nt. T. Barkhuysen en A. Span, JM 2016/135, m.nt. E.J.H. Plambeck, Gst. 2016/131, m.nt. M. van de Loo en J.J.R. Lautenbach en HR 28 juni 2002, AB 2003/102, m.nt. F.J. van Ommeren, NJ 2003/676, m.nt. H.J. Snijders.

792 Gerechtshof Arnhem 13 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT1961, r.o. 5.12 en 5.13.

793 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 63.

Kortom: de overheid kan een verschuldigde bestuurlijke geldelijke sancties gewoon invorderen en executeren hangende de onherroepelijkheid van het besluit, maar zal dit in de regel liever niet doen omdat daarmee wellicht schade wordt veroorzaakt die zal moeten worden vergoed als blijkt dat het besluit in rechte geen stand houdt.

9.8 De beslagvrije voet en beslagverboden

Ter bescherming van de schuldenaar gelden in Nederland de zogenaamde beslagvrije voet en de beslagverboden. Deze hebben als doelstelling om te voorkomen dat een schuldenaar in armoede vervalt en niet meer in staat is om in zijn eigen levensonderhoud te voorzien. De wetgever licht de ratio daarvan toe in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vereenvoudiging van de beslagvrije voet:

> *"Mensen moeten aan hun financiële verplichtingen voldoen, maar niet ten koste van alles. Zij moete voldoende middelen overhouden om in de (basale) kosten van levensonderhoud te kunnen voorzien."*[794]

De beslagverboden zijn opgenomen in artikel 447 Rv (geen beslag op bed, beddengoed en kleding van de schuldenaar en zijn gezin, geen beslag op gereedschappen van ambachtslieden en werklieden en geen beslag op het eten en drinken nodig voor één maand) en in artikel 448 Rv (geen beslag op boeken nodig voor het beroep, noch op werktuigen en gereedschappen die 'dienen tot enig onderwijs of de beoefening van kunsten en wetenschappen – tot een bepaalde waarde). Dat lijkt ruim, maar Biemans en Castermans wijzen erop dat de rechtspraak de begrippen nauw interpreteert zodat melk weliswaar niet in beslag kan worden genomen, maar de "*koelkast waarin de melk wordt bewaard of het glas waaruit de melk wordt gedronken wel*".[795] Anderzijds wijst de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in zijn beantwoording van Kamervragen over het (uitblijven van het) Wetsvoorstel modernisering beslagverbod erop dat:

> *"In de praktijk blijft een beslag op roerende zaken bij particulieren vaak beperkt tot een beslag op voertuigen of luxe goederen. Bij een beslag op goederen uit een standaardinboedel komt het veelal niet tot een executoriale verkoop omdat de waarde van deze goederen in veel gevallen de kosten van de executoriale verkoop niet overstijgt."*[796]

794 Kamerstukken II 2016/17, 34628, nr. 3, p. 1.

795 J.W.A. Biemans en A.G. Castermans, Barmhartigheid in het burgerlijk recht, bespiegelingen over de grenzen aan kredietverlening en een bijdrage aan het behoud van bestaanszekerheid, Preadviezen 2017, Vereniging voor Burgerlijk Recht, p. 175, onder verwijzing voor het citaat naar: Kamerstukken II.

796 Brief Staatssecretaris Sociale Zaken en Werkgelegenheid mede namens de Minister voor Rechtsbescherming d.d. 4 december 2017, Kamerstukken II, 2017-2018, Aanhangsel n.604, p. 4.

Naast de beslagverboden geldt ook de beslagvrije voet ter bescherming van de schuldenaar. De zogenaamde beslagvrije voet is geregeld in artikel 475b tot en met 475g Rv. De beslagvrije voet heeft als doel om te verzekeren dat iedere schuldenaar voldoende middelen overhoudt om de huur te kunnen betalen en te kunnen eten. De beslagvrije voet is dus bedoeld om een bestaansminimum te verzekeren. Artikel 475c Rv bepaalt dat er een beslagvrije voet is gekoppeld aan – kort samengevat – loonbetalingen, uitkeringen en pensioenen. Daarnaast kan de kantonrechter op verzoek van de schuldenaar ook bepalen dat andere bronnen van inkomsten een beslagvrije voet wordt toegekend (artikel 475f Rv). Artikel 475d Rv bepaalt voor verschillende categorieën personen (afhankelijk van de leeftijd en gezinssamenstelling) de hoogte van de beslagvrije voet. De ondergrens daarbij is 90% van de voor het huishouden geldende bijstandsnorm (welke norm is vastgelegd in artikel 21 Pw). De deurwaarder moet, als diegene die het beslag uitvoert, de beslagvrije voet berekenen en in acht nemen. Op grond van artikel 475d, lid 7, Rv dient hij voorts onverwijld de beslagvrije voet aan te passen indien gewijzigde omstandigheden daartoe nopen. Onverwijld betekent dat de deurwaarder per ommegaand de beslagvrije voet dient aan te passen. De Kamer voor Gerechtsdeurwaarders neemt aan dat een periode van twee weken tussen het op de hoogte raken van die omstandigheden en het aanpassen van de beslagvrije voet te lang is.[797] Als een overheid dus een vordering met een uitkering of een toeslag aan de schuldenaar verrekent, dan zou dat – als de schuldenaar de deurwaarder daarvan verwittigt – ertoe moeten leiden dat de beslagvrije voet wordt aangepast zodat de schuldenaar zo mogelijk altijd 90% van de bijstandsnorm ter beschikking heeft. Wordt de beslagvrije voet niet gerespecteerd dan kan de beslagene zich wenden tot de kantonrechter in het kader van een executiegeschil op voet van artikel 438 Rv.

Theoretisch gezien beschermt de beslagvrije voet het bestaansminimum. Dat is ook de reden waarom (bijvoorbeeld) de CRvB – in het kader van de toetsing van dringende redenen voor het afzien van de terugvordering van een uitkering of een subsidie bij wijze van sanctie – standaard verwijst naar de mogelijkheid om de bescherming van de beslagvrije voet in te roepen als reden om een beroep op nijpende financiële omstandigheden af te wijzen.[798] De praktijk wijst echter uit dat de beslagvrije voet – hoewel theoretisch een goed instrument – lang niet altijd werkt zo als hij zou moeten werken.[799] Biemans en Castermans wijzen er bijvoorbeeld op dat in Arnhem in 2013 bij 75% van de schuldenaren de beslagvrije voet te laag werd

797 KvG 27 februari 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:YB0090 en KvG 20 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:YB0745.

798 CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie en Rb. Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1138.

799 Zie ook: N. Huls, Vergeef ons vaker onze schulden – Naar een schone lei 2.0, (Den Haag, 2016).

vastgesteld.[800] Dat blijkt ook uit andere onderzoeken. Zo concludeerde de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG) in een rapport uit maart 2012 ('Paritas Passé) dat:

> *"Wanneer gelijkberechtiging van crediteuren wordt beschouwd als een belangrijk beginsel en de beslagvrije voet wordt beschouwd als een noodzakelijke waarborg om bij schuldenaren huis, haard, brood en zorg veilig te stellen, dan zijn er aanpassingen nodig in bestaande wet- en regelgeving."*[801]

In het bijzonder werd daarbij gewezen op de verrekeningsmogelijkheden van de overheid:

> *"Door nieuwe bijzondere bevoegdheden van crediteuren zoals de Belastingdienst en de zorgverzekeraars beschikken debiteuren in de praktijk echter vaak niet over tenminste een beslagvrije voet maar moeten zij rondkomen van een aanmerkelijk lager bedrag."*[802]

Ook de Nationale Ombudsman concludeerde in het rapport van november 2013 ('Met voeten getreden: schendingen van de beslagvrije voet door deurwaarders'):

> *"Het blijkt lastig om in de dagelijkse schuldenpraktijk de beslagvrije voet veilig te stellen zodat mensen met schulden niet onnodig nog dieper in de financiële put raken. Als het saldo rood kleurt zijn er als vanzelf meerdere te betalen rekeningen die om voorrang vragen. Beslag op loon of uitkeringen kan de betaling van sommige schulden veilig stellen, maar tegelijk kan het besteedbare inkomen zo laag worden dat huur, gas, water en licht en zorgverzekeringen evenals het dagelijks eten niet meer betaald kunnen worden. Om dit te voorkomen moet bij beslag door een deurwaarder het bestaansminimum gewaarborgd worden door de beslagvrije voet te respecteren. Dat is op papier makkelijker gezegd dan gedaan. Te vaak negeren deurwaarders de beslagvrije voet en naar mijn oordeel zijn er te veel deurwaarders die het niet tot hun verantwoordelijkheid rekenen."*[803]

800 J.W.A. Biemans, A.G. Castermans, Barmhartigheid in het burgerlijk recht, bespiegelingen over de grenzen aan kredietverlening en een bijdrage aan het behoud van bestaanszekerheid, Preadviezen 2017, Vereniging voor Burgerlijk Recht, p. 178.

801 N. Jungmann, A.J. Moerman, H.D.L.M. Schruer en I. van den Berg, Paritas Passé: debiteuren en crediteuren in de knel door ongelijke incassobevoegdheden, Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders, maart 2012, p. 26-27.

802 Ibid, p. 57.

803 W.C.P. van den Berg, L. Booij en S. Beer, Met voeten getreden: Schendingen van de beslagvrije voet door gerechtsdeurwaarders, Nationale Ombudsman, november 2013, p. II.

En in een rapport van januari 2013 ('In het krijt bij de overheid') concludeerde de Nationale Ombudsman:

> *"Tijdens zijn onderzoek heeft de Nationale ombudsman geconstateerd dat de beslagvrije voet in veel gevallen te laag wordt vastgesteld. Veel burgers reageren hierop niet of veel te laat, omdat zij niet weten van het bestaan van de beslagvrije voet en al helemaal niet weten hoe hoog deze is in hun geval. Bovendien zijn zij over het algemeen huiverig om contact op te nemen met de schuldeiser en om nadere gegevens te verstrekken. Deze terughoudendheid heeft een averechts effect: als de deurwaarder of de uitkerende instantie de gevraagde gegevens niet ontvangt, is hij gedwongen om de beslagvrije voet te schatten. Die schatting valt bijna altijd te laag uit, zo leert de praktijk: een te lage basisnorm en geen bijtelling voor woonkosten en zorgpremie. In de praktijk komt het erop neer dat schuldeisers de beslagvrije voet pas op het juiste niveau vaststellen, nadat de burger de fout heeft ontdekt en om correctie gevraagd heeft ('piepsysteem')."*[804]

De Landelijke Organisatie van Sociale Raadslieden ('LOSR') concludeerden in hun rapport uit mei 2014 ('Beter ten hele gekeerd') dan ook:

> *"Het* [door de deurwaarder] *niet beschikken over de vereiste informatie heeft tot gevolg dat een te lage beslagvrije voet wordt vastgesteld met alle gevolgen van dien. Onder de huidige wetgeving neemt deze problematiek al ernstige vormen aan."*[805]

Biemans en Castermans wijzen er tot slot eveneens op dat de bijzondere verreken- en invorderingsbevoegdheden van de overheid (met name de fiscus – artikel 19 IW 1990 – en gemeenten bij de terugvordering van uitkeringen – artikel 60, lid 6, Pw) vaak voor problemen zorgen omdat zij geen acht hoeven te slaan op de beslagvrije voet.[806] Hoewel de Rijksoverheid een Rijksincassovisie heeft waarin wordt benadrukt dat de Rijksoverheid de beslagvrijevoet dient te respecteren,[807] en de 'Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden' heeft opgesteld waarin het

804 Y.M. van der Vlugt, W.C.P. van den Berg, en M.M. van Steenbergen, In het krijt bij de overheid, Nationale Ombudsman, januari 2013, p. 12.

805 A.J. Moerman en M. Bockting, Beter ten hele gekeerd, Sociale Raadslieden Netwerk, mei 2014, p. 19.

806 J.W.A. Biemans, A.G. Castermans, Barmhartigheid in het burgerlijk recht, bespiegelingen over de grenzen aan kredietverlening en een bijdrage aan het behoud van bestaanszekerheid, Preadviezen 2017, Vereniging voor Burgerlijk Recht, p. 182.

807 Kamerstukken II, 24 515, nr.382, p. 3.

probleem van de regelmatig te laag vastgestelde beslagvrije voet wordt erkend,[808] merken Biemans en Castermans op:

> *"De door de overheid getoonde barmhartigheid steekt mager af bij wat van andere schuldeisers wordt gevraagd."*[809]

Interessante vraag is nog in welke mate schuldenaars na de verrekening of invordering van een geldschuld die voortvloeit uit een bestuurlijke geldelijke sanctie alsnog een aanpassing voor de voor hen geldende beslagvrije voet afdwingen bij de deurwaarder (al dan niet via de kantonrechter). Helaas is gebleken dat die gegevens niet beschikbaar zijn omdat de aard van de schulden in de vonnissen van de kantonrechter vaak niet worden gespecificeerd. Het is dus niet mogelijk om te constateren of de conclusies van de Nationale Ombudsman, het LOSR en de KBvG in algemene zin ook in het bijzonder gelden voor de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties. Anderzijds meen ik dat niet valt in te zien is dat er voor bestuurlijke geldelijke sancties een andere conclusie zou kunnen worden verwacht, zodat ik er voor dit onderzoek er vanuit zal gaan dat de conclusies van de Nationale Ombudsman, het LOSR en de KBvG ook opgaan voor de behandeling van de beslagvrije voet bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties.

Kortom: de beslagvrije voet blijkt in de praktijk meestal niet te werken zoals die zou moeten werken. Dat is een knelpunt omdat het leidt tot onevenredige uitkomsten, zodat op dit punt niet wordt voldaan aan mijn toetsingscriterium 'evenredig' (zie onderdeel 1.2). Burgers die in een noodsituatie terechtkomen omdat hen niet de beslagvrije voet ter beschikking staat zijn bepaald geen uitzondering onder het huidige systeem. De Nationale Ombudsman, het LOSR en de KBvG hebben daarom allen gepleit voor de aanpassing van het huidige systeem. Die oproep lijkt mij gelet op de geschetste problematiek terecht en kan ik onderschrijven. De oproep heeft geleid tot de Wet vereenvoudiging beslagvrije voet.[810] Deze wet komt er kort gezegd op neer dat één deurwaarder per natuurlijk persoon verantwoordelijk wordt voor het administreren van de beslagvrije voet, dat deze deurwaarder inzage krijgt in de belastinggegevens om de beslagvrije voet te kunnen vaststellen en dat de berekening aanzienlijk wordt vereenvoudigd ten opzichte van het huidige systeem. Dat lijkt mij een grote stap voorwaarts.

808 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden, 2016, p. 94.

809 J.W.A. Biemans, A.G. Castermans, Barmhartigheid in het burgerlijk recht, bespiegelingen over de grenzen aan kredietverlening en een bijdrage aan het behoud van bestaanszekerheid, Preadviezen 2017, Vereniging voor Burgerlijk Recht, p. 182.

810 Zie: Wet vereenvoudiging beslagvrije voet, Stb. 2017, nr. 110 – Kamerstukken II 2016-2017, 34 628, nr. 1.

9.9 Moet het bestuursrecht de schuldenaar (meer) bescherming bieden?

Uit dit hoofdstuk blijkt dat de schuldenaar weinig bescherming wordt geboden door de civiele rechter als eenmaal tot feitelijke invordering via dwangbevel wordt overgegaan. Uit de eerdere hoofdstukken (2, 3, 4 en 5) van dit proefschrift blijkt dat de bestuursrechter slechts in zeer beperkte mate bescherming biedt in de fase waarin door het bestuursorgaan tot invordering wordt besloten. Tot slot blijkt uit het voorgaande onderdeel dat de laatste beschermingslinie voor de schuldenaar – de beslagvrije voet – disfunctioneert. De vraag die dit allemaal oproept, is of het bestuursrecht niet meer bescherming kan bieden voor schuldenaren die wel willen, maar niet kunnen betalen.

In de kern genomen is er weinig echt mis met het bestuursrechtelijk deel van het invorderingstraject. Weliswaar zijn er enkele knelpunten (zoals verwoord in dit proefschrift), maar die knelpunten zijn voor het merendeel goed te ondervangen en zijn naar mijn mening niet zodanig dat die de conclusie rechtvaardigen dat het bestuursrechtelijk kader tekort schiet. Blijkens het onderzoek zijn de gevallen waarin een in- of terugvorderingsbesluit ter toetsing wordt voorgelegd en waarbij de bestuursrechter concludeert dat de sanctie niet mag worden geëffectueerd ondanks dat hij wél verschuldigd is, verder op twee handen te tellen. Het beperkte aantal gevallen waarin de bestuursrechter ingrijpt zou op twee manieren kunnen worden verklaard. Ten eerste zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de bestuursrechter niet kritisch genoeg is naar de overheid toe. Ten tweede zou de conclusie kunnen zijn dat er gewoon doorgaans weinig valt aan te merken op het besluit van het bestuursorgaan om een geldschuld daadwerkelijk in te vorderen. Het geheel in ogenschouw nemend meen ik dat de tweede conclusie gerechtvaardigd is. Vanuit de rol van de bestuursrechter om het besluit te toetsen en de kaders waarin invorderingsbesluiten tot stand moeten komen, zijn invorderingsbesluiten vaak gewoon terecht. Sancties moeten worden uitgevoerd en als de schuldenaar de geldschuld is verschuldigd, kan het weinig verbazing wekken dat de bestuursrechter niet snel van de overheid zal verlangen dat zij om redenen van barmhartigheid in het geheel afziet van het opeisen van die sanctie. De belangrijkste rol van de bestuursrechter in het proces kan volgens mij dan ook het beste worden omschreven als het verifiëren dat de geldschuld terecht wordt opgeëist door de overheid. Die taak vervult hij volgens mij gewoon goed, blijkens de nauwgezette wijze waarop de bestuursrechter de aard en omvang van de in te vorderen geldschuld toetst.

Waar het volgens mij mis gaat, is in de feitelijke uitvoering. M. Scheltema omschrijft het treffend in zijn voorwoord voor de Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden:

> "[d]*e regels die de Algemene wet bestuursrecht bevat over invordering geven een juridisch kader dat blijkens een evaluatie in grote lijnen bevredigend is. Maar het komt vervolgens aan op de uitvoering. Bestaat die uit het routinematig (of bureaucratisch) volgen van de regels, dan kan het mis gaan"*[811]

Een sanctie kan terecht zijn opgelegd. Als die verschuldigd raakt kan de daaruit voortvloeiende geldschuld ook terecht worden opgeëist. Dat de geldschuld ook wordt opgeëist, zal denk ik op brede instemming kunnen rekenen. Maar op het moment dat de sanctie wordt geëffectueerd terwijl iemand simpelweg niet in staat is om te betalen, dient die effectuering geen enkel redelijk doel meer. Een dwangbevel is een fors middel dat in veel gevallen het gewenste effect kan hebben, maar bij de armoedige schuldenaar die niet kán betalen zorgt het dwangbevel er niet voor dat hij opeens wel voldoende middelen heeft om de geldschuld te voldoen. Sterker nog, het beperkt zijn mogelijkheden om de geldschuld in de toekomst te betalen omdat de kosten worden verhoogd. Er is dan ook veel te winnen in hoe de overheid in de praktijk omgaat met de schuldenaar. Telefonisch contact voordat een dwangbevel wordt uitgevaardigd wijst (blijkens de praktijk)[812] vaak uit of iemand onwillig of onvermogend is om de sanctie te voldoen. Met de Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden wordt volgens mij ook een grote stap in de goede richting gezet (als die ten minste ook daadwerkelijk in de praktijk wordt gebracht).

Het is niet ondenkbaar dat ook het bestuursrecht de burger meer te bieden kan hebben. Hoewel de civiele rechter het dwangbevel toetst, is het dwangbevel gewoon een besluit in de zin van de Awb. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn daar ook op van toepassing. Zoals M. Scheltema terecht opmerkt moet "[d]*e conclusie* [moet] *zijn dat steeds wanneer de overheid tot dwanginvordering overgaat, artikel 3:4, tweede lid* [het evenredigheidsbeginsel] *van toepassing is*".[813] Hoewel ik de redenering goed volg, meen ik dat die benadering miskent dat gelet op de formele rechtskracht van het sanctiebesluit en het in- of terugvorderingsbesluit, de civiele rechter over de band van de toetsing van het dwangbevel weinig meer te bieden zal hebben aan de rechtszoekende. Als de sanctie evenredig moet worden geacht en het opeisen daarvan bij de schuldenaar ook evenredig moet worden geacht, blijft alleen de toetsing van de evenredigheid van de keuze om het dwangbevel uit te vaardigen. Dat zal de civiele rechter denk ik niet snel willen beletten. Dat een schuldeiser er namelijk voor kiest om een executoriale titel te verkrijgen lijkt

811 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden, 2016, p. 3.

812 Ibid.

813 M. Scheltema, 'Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat: het regeerakkoord biedt perspectief', NTB 2017/28.

mij op zichzelf genomen niet kwalijk. Pas als hij dat zonder redelijke noodzaak doet, dan wel als de wijze van tenuitvoerlegging daarvan misbruik van recht behelst zal de civiele rechter ingrijpen lijkt mij. Ik denk dan ook niet dat de toetsing van het dwangbevel aan artikel 3:4 Awb door de civiele rechter het knelpunt gaat ondervangen.

Betoogd zou nog kunnen worden dat uit het oogpunt van zorgvuldigheid (artikel 3:2 Awb) het bestuursorgaan gehouden is om voordat een dwangbevel wordt uitgevaardigd eerst telefonisch contact op te nemen met de schuldenaar. Uit de praktijk blijkt namelijk dat dan heel snel duidelijk wordt of de schuldenaar niet kan, of niet wil betalen.[814] Als de burger niet kan betalen, dan heeft het geen zin om een dwangbevel uit te vaardigen en hoeft de burger niet nodeloos op kosten te worden gejaagd. En bovendien: hoeveel moeite is het om vooraf de burger te bellen voordat een dwangbevel wordt uitgevaardigd? Daarbij komt ook nog dat het 'piepsysteem', waarbij de burger verondersteld wordt te kennen te geven als hij niet in staat is om te betalen, niet goed werkt. Het is geënt op de zelfredzame burger, terwijl veel burgers op financieel vlak onvoldoende zelfredzaam zijn. Binnen de context van de invordering van belastingen merkt het LOSR in een rapport uit 2014 over de invordering door de Belastingdienst op:

> *"Maar bovenal legt dit systeem het initiatief volledig bij de burger, kennelijk in de veronderstelling dat de burger in staat is om adequaat te reageren. Helaas is dat vaak niet het geval. Nederland is voor veel mensen een ingewikkeld land. Juist de groep die het lastig vindt om ambtelijke taal te begrijpen, tijdig formulieren in te vullen en op te sturen, administratieve handelingen te verrichten en te plannen, is de groep die veel te maken heeft met toeslagen en dus met overheidscommunicatie en -administratie."*[815]

Ik onderschrijf de gedachte van M. Scheltema dat er iets mis is als de overheid blindelings dwangbevelen gaat uitvaardigen, zonder enig beeld te hebben over de vraag of de schuldenaar niet *wil* betalen of niet *kan* betalen. Daarom lijken mij initiatieven zoals de Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden van groot belang. Als overheden de wijze waarop titel 4.4 Awb wordt toegepast niet routinematig toepassen en oog voor de burger houden, zal al in een vroeg stadium duidelijk worden of de schuldenaar niet kan of niet wil betalen. De overheid kan dan zijn reactie en bij de inzet van dwangmiddelen daarop afstemmen. Dat zorgt voor veel minder nodeloze kosten voor de burger.

814 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden, 2016.

815 A.J. Moerman en H. Oberzaucher, 'Belastingdienst, een bron van armoede? Over de invordering van belasting- en toeslagschulden", LOSR/MOgroep, december 2014, p. 11.

Principieel gaat het mij echter te ver om een wettelijke verplichting aan te nemen (of die in artikel 3:2 Awb te lezen) om bijvoorbeeld de Handreiking toe te passen of om altijd eerst telefonisch contact op te nemen met de burger voordat een dwangbevel wordt uitgevaardigd. Daargelaten dat ik mij afvraag of het echt zinvol is om in de Awb de wijze waarop het contact tussen burgers en de overheid verloopt op een dergelijk detailniveau te gaan reguleren, wijs ik er ook op dat de wetgeving dan in feite wordt geschreven voor de burger die (om wat voor reden dan ook) niet in staat is om zelf contact op te nemen met de overheid als hij een sanctiebesluit, een besluit tot invordering of een aanmaning heeft ontvangen. Hoewel ik onderken dat het beeld van de burger als zijnde zelfredzaam (op basis waarvan de huidige Awb lijkt te zijn geschreven) lang niet in alle gevallen opgaat, wijs ik erop dat het schrijven van wetten vanuit de gedachte dat de burger juist *niet* zelfredzaam is ook leidt tot allerlei andere ongewenste effecten. Denk bijvoorbeeld aan de nodeloze kosten die de overheid dan moet gaan maken in die gevallen waarin de burger niet wil betalen omdat hij het simpelweg niet eens is met de geldschuld. Moet de civiele rechter dan het dwangbevel buiten effect gaan stellen als de overheid niet kan aantonen dat er voorafgaand aan de uitvaardiging van het dwangbevel telefonisch contact is geweest? Ook in die gevallen waarin het evident is dat de schuldenaar gewoon niet wil betalen? Ik zie hier geen heil in.

Vanuit bestuursrechtelijk perspectief valt wel nog een wereld te winnen op het vlak van de bijzondere wetgeving ten aanzien van specifieke geldschulden en sancties. Het valt weliswaar buiten de kaders van dit onderzoek, maar ik wijs erop dat een groot deel van de kwalijke rol die de overheid als schuldeiser lijkt te vervullen samenhangt met de bijzondere bevoegdheden die de overheid heeft ten aanzien van specifieke geldschulden. Zo stellen de Vereniging Nederlandse Gemeenten, Divosa, de Nederlandse Vereniging voor Schuldhulpverlening en Sociaal Bankieren en de Maatschappelijke Ontwikkeling groep in een gezamenlijk pamflet bijvoorbeeld de volgende voorstellen voor om de kwalijke rol die de overheid als schuldeiser kan vervullen aan te pakken:

> *"De overheid als schuldeiser*
> - *Opheffen preferenties en andere bijzondere incassobevoegdheden van overheden en andere publieke instellingen.*
> - *Correct toepassen en vereenvoudigen van de beslagvrije voet.*
> - *Afschaffen bronheffing en de mogelijkheid bieden voor een aanvullende ziektekostenverzekering tijdens minnelijk traject schuldhulpverlening.*
> - *Wegnemen wettelijke belemmeringen voor saneren van vorderingen, bijv. CJIB-boetes en fraudevorderingen bij uitkeringen."*[816]

816 VNG, Divosa, NVSB, Mogroep, 'Naar een betere aanpak van schulden en armoede', brief d.d. 6 april 2016.

Al deze aspecten zijn volgens mij ofwel een (civielrechtelijk) uitvoeringsprobleem (het correct toepassen van de beslagvrije voet), ofwel bevoegdheden die zijn opgenomen in de bijzondere wet ten aanzien van bepaalde geldschulden die veel verder strekken dan de middelen waarin de Awb zelf voorziet. Het pamflet noemt als boosdoeners de bronheffing (zie artikel 18d Zorgverzekeringswet), het wettelijke verbod op schuldsanering bij bepaalde boetes (zie artikel 358, lid 4, Faillissementswet) en tot slot de preferente positie van de overheid bij de terugvordering van uitkeringen (zie bijvoorbeeld artikel 60, lid 7, Participatiewet) en belastingen (zie artikel 21, lid 1, Invorderingswet 1990 – overeenkomstig van toepassing bij de gemeentelijke, waterschap en provinciale belastingen). Hoewel ik de opvatting deel dat de overheid nu wellicht wel een erg goed gevulde gereedschapskist heeft gekregen (en dat daar wellicht iets aan moet worden gedaan), wijs ik erop dat deze bezwaren in het geheel niet worden ondervangen door in de Awb het invorderingsbesluit of het dwangbevel verder (materieel) te normeren.

Hetzelfde geldt voor de stapeling van kosten bij schuldeisers die niet betalen. Ook daar gaat het volgens mij niet om titel 4.4 van de Awb, maar juist om de afwijkende bijzondere regelingen die het probleem vormen. De Awb voorziet namelijk in beperkte eenmalige kosten voor bepaalde handelingen. Ten eerste € 7 of € 15 euro voor de aanmaning (ex artikel 4:113, lid 1, Awb) en ten tweede de ambtskosten van de deurwaarder voor het betekenen van het dwangbevel: € 77,95 (in 2017: ex artikel 2, lid 1, onder a, sub 2, Besluit kosten ambtshandelingen deurwaarders). Daarnaast voorziet de Awb in wettelijke rente (artikel 4:98 Awb, waarbij de rente in de praktijk zelden wordt ingevorderd: zie onderdeel 8.5) en de mogelijkheid om buitengerechtelijke kosten in rekening te brengen bij het dwangbevel (zie artikel 4:120, lid 2, Awb: zie onderdeel 9.3). Die twee mogelijkheden wijken echter niet af van de mogelijkheden in het civiele recht. De invordering door middel van titel 4.4 Awb kent dus relatief beperkte kosten.

Het is juist de bijzondere wet die voorziet in hoge kosten voor de wanbetaler. Zo bepaalt de Kostenwet Invordering Rijksbelastingen in artikel 3 dat de kosten voor het dwangbevel kunnen oplopen tot € 12.197 (afhankelijk van de omvang van de vordering). Artikel 23, lid 3, Wet Mulder voorziet er verder in dat "[d]*e sanctie* […] *van rechtswege met vijftig procent* [wordt] *verhoogd indien het in de gestelde termijn of termijnen verschuldigde bedrag niet tijdig geheel wordt voldaan*". Artikel 18d, lid 1, Zorgverzekeringswet bepaalt dat de zorgverzekeringspremie wanbetaler een "*bestuursrechtelijke premie van ten minste 110% en ten hoogste 130% van de gemiddelde* [zorgverzekering]*premie"* moet gaan betalen. Tot slot is een doorn in het oog voor schuldhulpverleners artikel 60, lid 6, onder b, Participatiewet, waarin is bepaald dat een gemeente die een uitkering terugvordert bij bepaalde fraudeurs geen rekening hoeft te houden met de beslagvrije voet (alsof een fraudeur niet ook in zijn levensonderhoud moet kunnen voorzien).

De bezwaarlijke rol die de overheid als schuldeiser soms vervult, komt volgens mij dan ook niet door de Awb maar door de bevoegdheden toegekend door de wetgever aan de overheid ten aanzien van specifieke sancties en geldschulden in de bijzondere wet. Ik durf dan ook te stellen dat indien enkel titel 4.4 Awb zou worden gehanteerd door de overheid als schuldeiser (het liefst onder toepassing van de Handreiking voor de praktische invulling), daargelaten de vraag of dat wenselijk is vanuit het oogpunt van effectiviteit, een groot deel van de bezwaren gericht tegen de rol van de overheid als schuldeiser weg zouden vallen.

Ik acht het ook daarom niet zinvol om in de Awb de inzet van het dwangbevel nader te normeren. Het in de Awb bepalen dat voorafgaand aan het uitvaardigen van het dwangbevel de burger gebeld moet worden, staat immers niet in de weg aan de preferente positie van de Belastingdienst of de Gemeente bij het terugvorderen van een uitkering of toeslag. Ook staat een dergelijke bepaling niet in de weg aan het onder de beslagvrije voet verrekenen in bepaalde gevallen of aan de verhoging van een verkeersboete met 50% van rechtswege bij niet tijdige betaling. Het vormt, kort gezegd, niet een oplossing voor het daadwerkelijke probleem. Dit terwijl het zoals geschetst wel negatieve gevolgen kan hebben.

In zoverre zie ik ook niet direct een rol voor de bestuursrechter weggelegd in de (wijze van) toepassing van titel 4.4 Awb vanuit het perspectief van de tekortschietende bescherming van de schuldenaar in het huidige systeem. Wel onderschrijf ik de pleidooien van (onder meer) de Nationale Ombudsman, het LOSR en de KBvG om meer te doen aan de bescherming van de schuldenaar. Dat valt buiten het bestek van dit onderzoek, maar ik hecht er belang aan om op te merken dat wetgever mijns inziens twee stappen zou moeten overwegen. Ten eerste het waarborgen dat de schuldenaar daadwerkelijk de bescherming van de beslagvrije voet toekomt door middel van een eenvoudiger en overzichtelijker systeem dan het huidige (waarbij de aangenomen Wet vereenvoudiging beslagvrije voet – Stb. 2017, nr. 110 – al een stap in de goede richting is). Ten tweede door kritisch te kijken naar de bijzondere bevoegdheden die zijn toegekend aan diverse bestuursorganen. Daarbij zou mijns inziens de vraag moeten worden gesteld of met die bevoegdheid wel het doel wordt bereikt dat de wetgever voor ogen heeft gehad en of het middel nog evenredig te achten is gelet op de gesignaleerde negatieve neveneffecten. De vraag of sommige bijzondere bevoegdheden aan herziening toe zijn lijkt mij overigens wel een vraag die moet worden beantwoord binnen de context van de desbetreffende wet. De rechtvaardiging voor de automatische verhoging van een Wet Mulder boete zal immers anders zijn dan de rechtvaardiging voor de hoger dan gemiddelde bestuursrechtelijke zorgpremie. Ten derde zou ik pleiten voor het door bestuursorganen investeren in een zorgvuldige feitelijke uitvoering van de invordering door bestuursorganen. Ik onderschrijf in dat verband de Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden die

door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is opgesteld,[817] alsook de aanbevelingen van de Nationale Ombudsman in zijn rapport "*In het krijt bij de overheid*".[818] Het bellen van de burger alvorens een dwangbevel uit te vaardigen, teneinde vast te stellen of er sprake is van niet *kunnen* of niet *willen* betalen is aanbevelenswaardig. Zoals gezegd gaat het mij echter te ver om dat wettelijk te verankeren.

9.10 Tussenconclusie

De rol van de civiele rechter bij de invordering van bestuurlijke geldelijke herstelsancties is met de invoering van de vierde tranche van de Awb teruggebracht tot een bescheiden omvang. De civiele rechter oordeelt thans slechts nog over het 'klassieke' executiegeschil. In dat executiegeschil kunnen gebreken in het dwangbevel of hindernissen bij de feitelijke executie (zoals een noodtoestand aan de zijde van de geëxecuteerde) aan de orde komen. De rechtmatigheid van het bestuursrechtelijke besluit (de titel) kan in het executiegeschil in beginsel echter niet meer aan de orde komen – dat is immers aan de bestuursrechter. Uit het jurisprudentie onderzoek dat aan dit deel van dit proefschrift ten grondslag ligt blijkt echter dat hoewel de civiele rechter deze bevoegdheidsverdeling bij onherroepelijke besluiten respecteert, hij zich bij de executie van niet-onherroepelijke besluiten toch vaak geroepen acht om een inhoudelijke toetsing van de bestuursrechtelijke besluiten te verrichten. Dat doet hij in het kader van de toetsing of executie hangende de onherroepelijkheid van het besluit niet onredelijk is (gelet op de kans dat het besluit in beroep alsnog onderuit gaat), dan wel in het kader van de wens om te voorkomen dat hij de bestuursrechter 'voor de voeten loopt'. De intensiteit van deze toetsingen varieert, maar lijkt indringender te zijn naar mate het besluit zich in een vroegere fase van de bestuursrechtelijke procedure bevindt. Heeft de bestuursrechter zich nog niet uitgelaten over het besluit dan kan deze toetsing dus vrij intensief zijn.

De civiele rechter is dus nog niet volledig vertrokken uit zijn vroegere territorium. Gelet op de redenen voor de civiele rechter om zich onder omstandigheden ook onder de vierde tranche van de Awb toch te mengen in de bestuursrechtelijke besluiten kan ik dat alleen maar toejuichen. Bij niet-onherroepelijke besluiten die worden geëxecuteerd bestaat namelijk altijd een kans dat het besluit uiteindelijk geen stand zal houden bij de bestuursrechter. Als daarbij onomkeerbare gevolgen kunnen ontstaan voor de burger dan moet de burger in sommige gevallen gevrijwaard worden van executie hangende de onherroepelijkheid van de titel. Dat is met name het geval als het besluit naar waarschijnlijkheid niet in stand zal kunnen blijven bij de

817 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden, 2016.

818 Y.M. van der Vlugt, W.C.P. van den Berg, en M.M. van Steenbergen, In het krijt bij de overheid, Nationale Ombudsman, januari 2013.

bestuursrechter. Om dat te kunnen bepalen moet de civiele rechter het bestuursrechtelijke besluit inhoudelijk toetsen. Dat lijkt mij nuttig en noodzakelijk en daarmee ook wenselijk.

In dit deel van het proefschrift heb ik een tweetal knelpunten geconstateerd. Ten eerste lijkt de civiele rechter niet in alle gevallen voldoende geëquipeerd te zijn met kennis van het bestuursrecht (met name ten aanzien van de afwijkende verjaringsregeling in het bestuursrecht) en ten tweede functioneert de beslagvrije voet (en daarmee de bescherming van de schuldenaar) niet altijd naar behoren. Ik constateer echter dat beide knelpunten niet samenhangen met de regeling van de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties in de Awb, maar zien op de opleiding van rechters enerzijds en de regeling voor de beslagvrije voet anderzijds. De vraag of de Awb gelet op deze knelpunten meer bescherming zou moeten bieden door (bijvoorbeeld) te voorzien in de materiële normering van de inzet van een dwangbevel beantwoord ik echter ontkennend. Niet omdat ik niet vind dat de schuldenaar meer bescherming moet toekomen (integendeel – het falen van de beslagvrije voet acht ik een ernstig probleem) maar omdat ik vind dat titel 4.4 Awb en het gebrek aan materiële normering van het invorderingsbesluit of het dwangbevel niet het probleem is. Volgens mij is de tekortschietende bescherming van de schuldenaar en de bijtijds kwalijke rol van de overheid als schuldeiser terug te brengen tot (i) een beslagvrije voet die te complex is en die niet goed wordt toegepast, (ii) bevoegdheden en kosten in de bijzondere wet die veel verder strekken dan waarin titel 4.4 Awb voorziet en (iii) een uitvoeringsprobleem ten aanzien van de wijze waarop de overheid contact zoekt met de burger. Voor wat betreft (i) en (ii) zie ik een taak voor de wetgever. Ten aanzien van (iii) zie ik een taak voor de overheid om de invorderingsprocessen meer in te richten conform de Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden die door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is opgesteld,[819] alsook de aanbevelingen van de Nationale Ombudsman in zijn rapport "*In het krijt bij de overheid*".[820]

819 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden, 2016.

820 Y.M. van der Vlugt, W.C.P. van den Berg, en M.M. van Steenbergen, In het krijt bij de overheid, Nationale Ombudsman, januari 2013.

10

10. VERJARING EN VERVAL

10.1 Inleiding

Afhankelijk van welke bestuurlijke geldelijke sanctie wordt geëffectueerd geldt een andere verjarings- of vervaltermijn. Voor het kostenverhaal bij bestuursdwang en de terugvordering van uitkeringen geldt de algemene termijn van vijf jaar van artikel 4:104 Awb voordat de rechtsvordering verjaart. Voor de invordering van dwangsommen geldt op grond van artikel 5:35 Awb een bijzondere verjaringstermijn van één jaar voor de "*bevoegdheid tot invordering*" bij dwangsommen. Voor de terugvordering van subsidies geldt op grond van artikel 4:57, lid 4, Awb een vervaltermijn van vijf jaar na het bekend worden met de overtreding. Tot slot geldt op grond van artikel 5:45 Awb een vervaltermijn van drie jaar (respectievelijk vijf jaar, afhankelijk van het boetebedrag) gerekend vanaf het begaan van de overtreding voor het besluit om een bestuurlijke boete op te leggen.

Hierna ga ik eerst in algemene zin in op de figuren van verjaring en verval. Daarna ga ik in op de reguliere verjaring ex artikel 4:104 Awb en de bijzondere verjarings- en vervaltermijnen van artikel 5:35 Awb, artikel 4:57, lid 4, Awb en artikel 5:45 Awb. Vervolgens bespreek ik hoe de verjaring kan worden voorkomen door het bestuursorgaan. Tot slot trek ik een tussenconclusie.

10.2 Verjaring en verval

In dit deel zal ik kort stilstaan bij de figuren en werking van verjaring en verval, omwille van een beter begrip van de werking van de verjaring ten aanzien van de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties. Daarbij zal ik het civiele recht als uitgangspunt benutten. De figuren van verjaring en verval in het bestuursrecht komen immers uit het civiele recht. Bij de invoering van de vierde tranche heeft de wetgever voorts overwogen dat "*nodeloze verschillen tussen het bestuursrecht en het privaatrecht* [vermeden] *moeten worden*",[821] zodat het in de rede ligt om voor de interpretatie en uitleg van deze figuren zo veel mogelijk aan te sluiten bij het civiele recht. Tegelijkertijd wijs ik er wel op dat het leerstuk van de verjaring zoals men in het civiele recht kent niet één op één toepasbaar is in het bestuursrecht. Dit gelet op de verschillen tussen het karakter (en de werking) van het bestuursrecht en het civiele recht. Zo mag de civiele rechter niet ambtshalve toetsen of er sprake is van de verjaring van een rechtsvordering: een partij moet zich er op beroepen. De bestuursrechter zal daarentegen ambtshalve de verjaring van de bevoegdheid tot invordering toetsen in het kader van de toetsing van het procesbelang van een

821 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p 14 en p. 53

appellant.[822] Het civiele recht dient dus als een aanknopingspunt, maar is zeker niet de enige bron voor de interpretatie van de werking van de verjarings- en vervalbepalingen in de Awb.

Onder de (bevrijdende)[823] verjaring wordt in het civiele recht verstaan "*het verlopen van een door de wet bepaalde tijdsduur, gedurende welke zich geen door de wet als relevant beschouwde feiten voordoen waaruit blijkt dat de crediteur aanspraak maakt op zijn recht of de debiteur het bestaan van zijn schuld erkent, na welke tijdsverloop de debiteur, zo hij zich daarop beroept, niet meer tot nakoming van zijn verbintenis kan worden aangesproken*."[824] De reden voor het bestaan van de verjaring is om de schuldenaar ervoor te beschermen dat hij tot in de lengte van dagen voorbereid moet zijn op een rechtsvordering. Daarnaast is er ook het algemene belang van de rechtszekerheid, het bewaren van de vrede, het feit dat aan rechtsgedingen eens een eind moet komen, het ontlasten van de rechterlijke macht en het voortgaan van de economie. Door verjaring gaat het recht om in te vorderen verloren. De bevrijdende verjaring heeft dus een zogenaamde 'zwakke werking'. Dit houdt in dat niet de verbintenis (de schuld) zélf tenietgaat, maar de rechtsvordering tot nakoming van die verbintenis. Gevolg daarvan is dat er na de verjaring een natuurlijke verbintenis blijft voortbestaan waardoor als de schuld na de verjaring alsnog zou worden voldaan, deze niet onverschuldigd is betaald. De verjaring kan in het civiele recht niet ambtshalve getoetst worden door de rechter. De schuldenaar moet dus zelf een beroep doen op verjaring om de werking daarvan te bewerkstelligen.[825]

Naast verjaring bestaat ook de figuur van 'verval'. Verval is het tenietgaan van een recht door tijdsverloop. Volgens Hartkamp en Sieburgh is het enige essentiële verschil (in de zin dat dit verschil zich zonder uitzondering voordoet) tussen 'verjaring' en 'verval' dat verjaring alleen de rechtsvordering teniet doet gaan, terwijl verval de bevoegdheid (verbintenis) zelf te niet doet gaan. Alle andere verschillen tussen verval en verjaring komen vaak voor, maar kennen meerdere uitzonderingen op de regel, waardoor niet gesproken kan worden van essentiële verschillen. De verschillen die volgens Hartkamp en Sieburgh vaak voorkomen, maar niet-essentieel zijn, zijn de volgende. Ten eerste kunnen vervaltermijnen in de regel niet gestuit of verlengd

822 ABRvS 10 april 2013, ELCI:NL:RVS:2013:BZ7670, ABRvS 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ6802 en ABRvS 24 december 2013, AB 2014/57, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2014/24, m.nt. C.J. IJdema. Overigens merk ik op dat een meervoudige kamer van de rechtbank Gelderland (25 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1145) tot een principieel ander oordeel is gekomen dan de ABRvS, ondanks kennisneming van de eerder genoemde uitspraken van de ABRvS.

823 De 'extinctieve' ofwel de 'bevrijdende' verjaring moet onderscheiden worden van de 'acquisitieve' ofwel de 'verkrijgende' verjaring – S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Asser 6-II De verbintenis in het algemeen, 2013, nr. 359.

824 S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Asser 6-II De verbintenis in het algemeen, 2013, nr. 377.

825 S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Asser 6-II De verbintenis in het algemeen, 2013, nr. 377 t/m 388.

worden, terwijl dit bij verjaringstermijnen wel kan. Ten tweede treedt verval van rechtswege in (en wordt het – indien het een vervaltermijn van openbare orde betreft – ambtshalve getoetst door de rechter), terwijl verjaring ingeroepen moet worden door de schuldenaar (en niet ambtshalve wordt getoetst door de rechter). Ten derde zijn vervaltermijnen in de regel korter dan verjaringstermijnen.[826]

10.3 De reguliere verjaring ex artikel 4:104 Awb

In artikel 4:104, lid 1, Awb is een verjaringstermijn van vijf jaar opgenomen voor de rechtsvordering tot betaling van bestuursrechtelijke geldschulden. Daaraan is in lid 2 gekoppeld het verval van de bevoegdheden van het bestuursorgaan om beschikkingen te nemen verband houdende met de verjaarde rechtsvordering. Deze verjarings- en vervaltermijnen vangen aan op het moment dat de betalingsverplichting ontstaat. Bij een betalingsbeschikking op grond van artikel 4:86, lid 1, Awb ontstaat de betalingsverplichting pas op het moment dat de beschikking tot stand komt en niet (zoals vaak wordt gedacht) op het moment dat het bestuursorgaan (bijvoorbeeld) de kosten voor bestuursdwang maakt of het moment waarop de toegekende subsidie wordt herzien. Met andere woorden: zo lang het bestuursorgaan geen betalingsbeschikking neemt, zal er op grond van artikel 4:104 Awb geen verjarings- en vervaltermijn gaan lopen. Zo bezien heeft het bestuursorgaan tot het einde der tijden om een betalingsbeschikking te nemen.

Scheltema wijst erop dat ook een aanvraag kan worden gedaan om een betalingsbeschikking te nemen, waarna binnen een redelijke termijn een besluit op de aanvraag dient te worden genomen.[827] In zoverre kan de overtreder dus verzoeken dat er een betalingsbeschikking wordt genomen, ten einde de verjaringstermijn te doen aanvangen. De mogelijkheid dat verjaring of verval intreedt door stilzitten van het bestuurs- orgaan zonder dat er reeds een betalingsbeschikking is genomen, is er echter niet. Bovendien, als er eenmaal een betalingsbeschikking tot stand is gekomen dan zal het bestuursorgaan in de regel ook doorzetten met het kostenverhaal en de feitelijke invordering. Nu het bestuursorgaan bovendien vijf jaren heeft om (bijvoorbeeld) het kostenverhaal daadwerkelijk af te dwingen is het geen wonder dat er nog geen enkel (geslaagd) beroep op de verjaring bij een betalingsbeschikking te bespeuren is in de jurisprudentie.

De vraag kan gesteld worden of het wenselijk is dat het bestuursorgaan net zo lang kan wachten met het verhalen van de kosten van bestuursdwang (voor alle overige sancties bestaan bijzondere vervaltermijnen – zie hierna) als het zelf wil. Neem als voorbeeld het kostenverhaal bij bestuursdwang. Een kostenverhaalsbeschikking is in

826 S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Asser 6-II De verbintenis in het algemeen, 2013, nr. 431 t/m 437.

827 M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 106.

vrijwel alle gevallen een bezwarend besluit voor de overtreder.[828] Het past daarbij niet dat het mogelijk is dat deze tot het einde der tijden boven het hoofd van de overtreder blijft hangen. Weliswaar kan de overtreder de kostenverhaalsbeschikking indien gewenst zelf af gaan dwingen, maar dit strookt volgens mij niet met de gedachte dat verjaring en verval het gevolg is van het stilzitten van diegene die de rechtsvordering kan afdwingen. In feite verjaart of vervalt er dan niets, *tenzij* de overtreder zelf handelt om de verjaringstermijn te doen aanvangen. Het ontbreken van een vervaltermijn voor het nemen van een kostenverhaalsbeschikking is in de praktijk veelal geen punt van discussie. Bij gebreke aan een dergelijke termijn in de wet heeft de overtreder immers geen mogelijkheid om die discussie te voeren. Bovendien is het vooral in het belang van het bestuursorgaan zelf om spoedig tot kostenverhaal over te gaan, nu het bestuursorgaan immers de bestuursdwangkosten 'voorschiet'. Het komt dan ook niet vaak voor dat een bestuursorgaan onredelijk lang wacht met het nemen van een kostenverhaalsbeschikking. Mij zijn echter wel voorbeelden bekend in de praktijk waarvan men zich kan afvragen of kostenverhaal na een dergelijk tijdsverloop nog redelijk te achten is. Het betreft dan in de regel gevallen waarbij in eerste instantie door het bestuursorgaan is afgezien van kostenverhaal om de relatie niet (verder) te verstoren, maar dat er enkele jaren later alsnog wordt ingevorderd als de relatie niet meer te redden blijkt of overeenkomsten tussen de overheid en het bedrijf niet worden nagekomen. In een uitspraak van 14 december 2016 oordeelde de rechtbank Den Haag dat het ontbreken van een wettelijke vervaltermijn betekende dat er geen vervaltermijn gold en dat het bestuursorgaan nog steeds bevoegd was om een kostenverhaalsbeschikking te nemen, ook al waren er meer dan vijf jaren verstreken sinds het maken van de kosten.[829] Ik kan mij overigens niet vinden in die uitspraak, zoals ik hierna zal toelichten.

De wetgever heeft in de toelichting op de vierde tranche zelf al geconstateerd dat er geen vervaltermijn is, maar zag dit klaarblijkelijk niet als een bezwaar onder verwijzing naar artikel 3:309 BW.[830] Die verwijzing is enigszins verrassend, omdat deze opmerking vooraf wordt gegaan door de vermelding dat "*Afdeling 4.4.3 een volledige regeling* […] *beoogt te geven*. *Derhalve heeft de schakelbepaling van artikel* [3:326 BW] *voor de in deze titel geregelde materie in beginsel geen betekenis meer.*"[831] Zonder meer bevredigend is de toepassing van artikel 3:309 BW op de vraag of nog een kostenverhaalsbeschikking kan worden vastgesteld volgens mij ook niet. Artikel 3:309 BW ziet immers op de *rechtsvordering*, terwijl de rechtsvordering bij kostenverhaal pas ontstaat na het nemen van een kostenverhaalsbeschikking.

828 Het is niet geheel ondenkbaar dat de schade die een bestuursorgaan veroorzaakt door de wijze van uitvoering van de bestuursdwang zodanig is dat deze de kosten van bestuursdwang te boven gaan zodat de kostenverhaalsbeschikking positief is voor de overtreder, maar dit zal niet snel het geval zijn.

829 Rb. Den Haag 14 december 2016, SGR 16/6082, (niet-gepubliceerd).

830 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 54

831 Ibid, p. 53.

In de literatuur wordt het probleem ook door anderen aangekaart.[832] In de evaluatie van de geldschuldenregeling wordt zelfs opgemerkt dat "[d]*e tamelijk uitgebreide literatuur en jurisprudentie op dit punt laat zien dat het geen theoretisch probleem betreft*",[833] hoewel daarbij in het bijzonder lijkt te worden bedoeld de jurisprudentie over de terugvordering van uitkeringen– niet het kostenverhaal. Scheltema constateert het probleem ook.[834] Geen van allen biedt echter een oplossing. Weliswaar wordt verwezen naar het bestaan van vervaltermijnen van vijf jaren voor subsidies (artikel 4:57, lid 4, Awb) en boetes (artikel 5:45, lid 1, Awb), maar er wordt geen suggestie gedaan voor een algemene vervaltermijn. Vermoedelijk zien de andere auteurs dus toch geen groot probleem in het ontbreken van een vervaltermijn. Ik zie echter niet in waarom er geen vervaltermijn zou moeten worden opgenomen. Ik meen dat het niet aanvaardbaar zou moeten zijn dat het bestuursorgaan feitelijk tot het einde der tijden een vordering op een overtreder kan hebben. Dat is niet evenredig (evenwichtig), omdat de overtreder dan tot in de lengte der dagen beducht moet zijn op het kostenverhaal (en ook voorbereid om verweer te voeren). Dit punt voldoet niet aan mijn toetsingscriterium 'evenredig' (zie onderdeel 1.2), zodat sprake is van een knelpunt. Dit knelpunt kan worden ondervangen door een algemene vervaltermijn in artikel 4:104 Awb op te nemen voor het nemen van een betalingsbeschikking. In dat verband acht ik het raadzaam om aan te sluiten bij artikel 17.17 Wm (onderdeel van de Nederlandse implementatie van de Europese milieuschadeaansprakelijkheidsrichtlijn) waarin een bijzondere vervaltermijn van vijf jaren is opgenomen voor het kostenverhaal bij (ernstige) milieuschade. Zo zou in artikel 4:104 Awb een derde lid kunnen worden toegevoegd luidend: "*3. De bevoegdheid om de verplichting tot betaling van een geldsom vast te stellen vervalt indien vijf jaren zijn verstreken sinds de dag waarop de bevoegdheid is komen te ontstaan of na de dag waarop de schuldenaar bekend is geworden, indien deze dag later valt*." Bij kostenverhaal zou dit eenvoudig werken. Op het moment dat bestuursdwang wordt toegepast, is het bestuursorgaan bevoegd om de daarmee gemoeide kosten bij beschikking vast te stellen en te verhalen. Vanaf dat moment heeft het bestuursorgaan vijf jaar de tijd om een beschikking te nemen. Als de overtreder onbekend is, dan begint de vervaltermijn nog niet te lopen, maar pas op het moment dat de overtreder bekend is geworden. Gaat het bestuursorgaan niet tijdig over tot kostenverhaal of terugvordering, dan vervalt de bevoegdheid tot het vaststellen van die beschikking. Ook vanuit het bredere perspectief van titel 4.4 Awb zie ik niet in waarom deze bepaling niet

832 Zie bijvoorbeeld J.M.H.F. Teunissen, 'Verjaring bij publiekrechtelijke betalingsaanspraken uit onverschuldigde betaling', Gst. 2003, 7189 en ABRvS 5 december 2012, AB 2013/54, m.nt. T.N. Sanders.

833 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 85.

834 M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 106.

opgenomen zou moeten worden. Sterker nog, ik begrijp niet goed waarom de wetgever ervoor heeft gekozen om een dergelijke bepalingen niet al bij de invoering van titel 4.4 Awb op te nemen.

10.4 De verjaring ex artikel 5:35 Awb bij dwangsommen[835]

De 'bevoegdheid' van het bestuursorgaan om een bestuursrechtelijke dwangsom in te vorderen kan verjaren. Dit is geregeld in artikel 5:35 Awb. Ondanks de ogenschijnlijke eenvoud van deze wettelijke bepaling is niet duidelijk wat er nu precies verjaart: wat is 'de bevoegdheid tot invordering' eigenlijk? Is dat alleen de bevoegdheid om een invorderingsbeschikking te nemen? Zijn dat alle publiekrechtelijke bevoegdheden tot invordering? Of zijn dat alle bevoegdheden tot invordering – dus zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk? Dit is belangrijk omdat, afhankelijk van de gekozen interpretatie, men tot hele andere uitkomsten kan komen bij de toepassing van artikel 5:35 Awb. Indien bijvoorbeeld alleen de *publiekrechtelijke* bevoegdheid tot invordering verjaart en niet de *privaatrechtelijke* bevoegdheid van het bestuursorgaan, dan kan het bestuursorgaan via de civiele rechter alsnog betaling van de dwangsom afdwingen. Dan heeft het bestuursorgaan dus niet één jaar de tijd om in te vorderen, maar vijf jaar – conform artikel 3:307 BW. Daarnaast blijkt in de praktijk dat de verjaringsregeling niet geheel duidelijk is. Zo heerst er enige verwarring over hoe de verjaring kan worden voorkomen door het bestuursorgaan en of een derde-belanghebbende ook een rol kan spelen in het voorkomen van de verjaring.

10.4.1 De 'bevoegdheid tot invordering'

Artikel 5:35 Awb luidt als volgt: "[i]*n afwijking van artikel 4:104 verjaart de bevoegdheid tot invordering van een verbeurde dwangsom door verloop van een jaar na de dag waarop zij is verbeurd*". Dat lijkt helder. In plaats van de algemene verjaringstermijn van artikel 4:104 Awb: ("[d]*e rechtsvordering tot betaling van een geldsom verjaart vijf jaren nadat de voorgeschreven betalingstermijn is verstreken* […]"), geldt voor de invordering van bestuursrechtelijke dwangsommen een bijzondere verjaringstermijn van één jaar. Maar artikel 5:35 Awb roept vragen op. Wat verjaart er nu eigenlijk en wanneer verjaart het? En hoe voorkomt het bestuursorgaan of de derde-belanghebbende de verjaring?

10.4.2 Wat verjaart er eigenlijk: een voorstel tot verduidelijking van artikel 5:35 Awb

Volgens de tekst van artikel 5:35 Awb verjaart de *'bevoegdheid tot invordering'*. Er zijn een drietal mogelijke interpretaties van wat er onder de '*bevoegdheid tot invordering*' kan worden verstaan.

835 Dit deel van het proefschrift verscheen eerder in artikelvorm als T.N. Sanders, 'De verjaring van de bevoegdheid om een bestuursrechtelijke dwangsom in te vorderen', JBplus 2014, pp. 133-148.

De eerste mogelijke uitleg van artikel 5:35 Awb is dat de mogelijkheid voor het bestuursorgaan om de bestuursrechtelijke dwangsom in te vorderen, in welke vorm dan ook, verjaart. In deze interpretatie van artikel 5:35 Awb zou dus met de verjaring van de '*bevoegdheid tot invordering*' worden bedoeld het verjaren van *'het recht van het bestuursorgaan om een bestuursrechtelijke dwangsom op te eisen'* – zowel de publiekrechtelijke als privaatrechtelijke bevoegdheden daartoe. In deze interpretatie van artikel 5:35 Awb verjaart dan één jaar na verbeurte de mogelijkheid van het bestuursorgaan om (i) een invorderingsbeschikking te nemen (artikel 5:37 Awb), (ii) een aanmaning te sturen (artikel 4:112 Awb) (iii) een dwangbevel uit te vaardigen (artikel 4:115 Awb) en (iv) om de privaatrechtelijke bevoegdheden van een schuldeiser uit te oefenen (artikel 4:124 Awb).

Een tweede mogelijke uitleg van artikel 5:35 Awb is dat de term de 'bevoegdheid tot invordering' alleen ziet op de *publiekrechtelijke* bevoegdheid tot invordering – dus dat de privaatrechtelijke bevoegdheden die het bestuursorgaan bezit op grond van artikel 4:124 Awb niet 'mee verjaren' op grond van artikel 5:35 Awb. In deze lezing zou dus met de verjaring van *'de bevoegdheid tot invordering'* worden bedoeld *'het recht van het bestuursorgaan om middels publiekrechtelijke bevoegdheden een bestuursrechtelijke dwangsom op te eisen'*. Op grond van deze interpretatie van artikel 5:35 Awb verjaart dan één jaar na verbeurte de mogelijkheid van het bestuursorgaan om (i) een invorderingsbeschikking te nemen (artikel 5:37 Awb), (ii) een aanmaning te sturen (artikel 4:112 Awb) en (iii) een dwangbevel uit te vaardigen (artikel 4:115 Awb), maar *niet* de mogelijkheid voor het bestuursorgaan om de privaatrechtelijke bevoegdheden van een schuldeiser uit te oefenen (artikel 4:124 Awb).

Een derde mogelijke lezing van artikel 5:35 Awb is dat met de *'bevoegdheid tot invordering'* gedoeld wordt op de bevoegdheid tot het nemen van een invorderingsbeschikking. In deze lezing wordt dus met de verjaring van *'de bevoegdheid tot invordering'* bedoeld *'de bevoegdheid tot het nemen van een invorderingsbeschikking'*. Op grond van deze interpretatie van artikel 5:35 Awb verjaart dan één jaar na verbeurte de mogelijkheid van het bestuursorgaan om een invorderingsbeschikking te nemen (artikel 5:37 Awb). In deze interpretatie werkt artikel 5:35 Awb aanvullend op artikel 4:104 Awb. In haar uitspraak van 25 februari 2014 lijkt de rechtbank Gelderland deze interpretatie te volgen.[836] Ik acht deze lezing echter uitgesloten. De interpretatie dat men artikel 5:35 Awb zo moet lezen dat ook de rechtsvordering verjaart komt mij gekunsteld voor: het staat er namelijk niet. Het onderwerp van de

836 Rb. Gelderland 25 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1145, '*1.1.* […]*De rechtbank leest artikel 5:35 van de Awb immers aldus dat deze bepaling, door de verwijzing naar artikel 4:104 van de Awb, betrekking heeft op de verjaring van de rechtsvordering tot betaling van een verbeurde dwangsom doch ook op de bevoegdheid van een bestuursorgaan een besluit omtrent invordering te nemen.*'

verjaring in artikel 5:35 Awb is voorts een volstrekt andere dan in artikel 4:104 Awb en artikel 5:35 Awb geldt *in afwijking van* artikel 4:104 Awb, niet *in aanvulling op*. Artikel 5:35 Awb bepaalt naar mijn mening dan ook volledig zelfstandig de verjaring bij de invordering van dwangsommen en wordt niet aangevuld door artikel 4:104 Awb. De interpretatie dat artikel 5:35 Awb alleen ziet op de verjaring van de bevoegdheid om een invorderingsbeschikking te nemen lijkt mij verder onjuist omdat artikel 4:106 Awb dan zinledig zou zijn. Artikel 4:106 Awb regelt (deels) de stuiting van de verjaring (waarover later meer). Relevant is dat de in dat artikel genoemde stuitingshandelingen (de aanmaning, de beschikking tot verrekening[837] en het dwangbevel), zich allemaal later in het invorderingsproces bevinden dan de invorderingsbeschikking. Als de derde interpretatie dus juist zou zijn, dan zou de bevoegdheid tot invordering per definitie al benut zijn op het moment dat voor het eerst een stuitingshandeling zou kunnen worden verricht. Dit zou een stuitingshandeling bij de invordering (en daarmee ook artikel 4:106 Awb) overbodig maken.

De derde interpretatie sluit ik daarom uit. Er zijn naar mijn mening dus twee mogelijke interpretaties van artikel 5:35 Awb: (i) dat zowel de publiekrechtelijke als de privaatrechtelijke bevoegdheden verjaren en (ii) dat alleen de publiekrechtelijke bevoegdheden verjaren.

Ik acht beide interpretaties goed mogelijk. Immers, de wetgever meldt in de wetsgeschiedenis eerst dat gekozen is voor een open systeem van invordering bij de invoering van de vierde tranche en vermeldt vervolgens dat "[m]*et betrekking tot de verhouding tussen de bestuursrechtelijke en de privaatrechtelijke bevoegdheden zij opgemerkt dat in een open systeem de bevoegdheden naast elkaar kunnen worden aangewend. Het is dus niet zo dat het gebruik van de bestuursrechtelijke bevoegdheden het gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden uitsluit. Dit is slechts anders indien zulks uitdrukkelijk is geregeld*."[838] De wetgever heeft dus bedoeld dat de privaatrechtelijke bevoegdheden van het bestuursorgaan los zouden bestaan van de bestuursrechtelijke bevoegdheden. In dat verband is relevant dat niet uitdrukkelijk is geregeld in de Awb dat het gebruik van de publiekrechtelijke bevoegdheid tot invordering in de weg staat aan privaatrechtelijke invordering. De publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke bevoegdheden bestaan los van elkaar en zouden dus ook los van elkaar kunnen verjaren.

837 Ik merk volledigheidshalve op dat naar mijn mening de beschikking tot verrekening niet tot de 'bevoegdheid tot invordering' kan worden gerekend. De bevoegdheid tot verrekening is een aparte bevoegdheid die bij wet moet worden toegekend (zie artikel 4:93, lid 1, Awb). Deze bevoegdheid verjaart dus niet op grond van artikel 5:35 Awb. Ik merk overigens op dat ingevolge artikel 4:108 Awb het recht op verrekening bij reguliere bestuurlijke geldschulden ook niet verjaart bij verjaring van de rechtsvordering.

838 Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, nr.7, p. 68-69.

Een verdere analyse van artikel 5:35 Awb is dus noodzakelijk. Daartoe zal ik aan de hand van een grammaticale uitleg van artikel 5:35 Awb, een analyse van de wetsgeschiedenis en een wetsystematische uitleg trachten om helderheid te geven omtrent wat er nu verjaart.

Een grammaticale uitleg van artikel 5:35 Awb steunt de eerste interpretatie. De 'bevoegdheid tot invordering' ziet op de *bevoegdheid* tot het invorderen van verbeurde bestuursrechtelijke dwangsommen. De term 'bevoegdheid' wordt in de Awb weliswaar niet gedefinieerd, maar in de Van Dale wel: als het *'recht tot het uitoefenen van bepaalde handelingen'*.[839] Het *recht* om tot invordering over te gaan verjaart dus. Voor '*invorderen*' geeft de Awb eveneens geen definitie. De Van Dale biedt wel een definitie: het *'betaling eisen van*'. Op grond van een grammaticale interpretatie van artikel 5:35 Awb verjaart dus een jaar na de dag waarop een dwangsom is verbeurd het recht van het bestuursorgaan om hiervan betaling te eisen. Dit lijkt erop te wijzen dat het object van de verjaring van artikel 5:35 Awb breed moet worden geïnterpreteerd als zijnde alle mogelijkheden die het bestuursorgaan heeft om betaling van de dwangsom te eisen: zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk. In dat verband wijs ik erop dat de term 'bevoegdheid' in de Awb een bredere betekenis lijkt te hebben dan alleen de 'publiekrechtelijke bevoegdheid'. Dit leidt ik af uit het feit dat er bijvoorbeeld in artikel 4:126 Awb gesproken wordt van de '*publiekrechtelijke* bevoegdheid' en in artikel 4:124 Awb juist van de '*bevoegdheden* [...] *op grond van het privaat recht*'. Indien de wetgever dus een reden heeft om een onderscheid te maken tussen de bevoegdheden op grond van het publiek recht en de bevoegdheden op grond van het privaat recht, dan lijkt de wetgever dit te specificeren in de bepaling. Het feit dat in artikel 5:35 Awb dus niet wordt gesproken van *'de publiekrechtelijke bevoegdheid*', kan er dus op duiden dat de wetgever heeft bedoeld *'alle bevoegdheden tot invordering'*, dus zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijk.

Ook de wetsgeschiedenis steunt naar mijn inzicht de eerste interpretatie. De uitwerking van de eerste interpretatie is dat er een korte verjaringstermijn is voor alle mogelijkheden die er zijn voor het invorderen van bestuursrechtelijke dwangsommen. Dit lijkt de bedoeling van de wetgever te zijn geweest. Bij de toelichting op de keuze voor de korte verjaringstermijn van één jaar in artikel 5:35 Awb vermeldt de wetgever immers dat "[v]*erdere verlenging* [van de termijn dan 1 jaar – TS] *zou te zeer afbreuk doen aan de rechtszekerheid van de (vermeende) overtreder en zou ook niet passen bij de aard van de last onder dwangsom. Een last onder dwangsom strekt er toe de overtreder te dwingen om de wet (alsnog) na te leven. Dit doel wordt slechts bereikt als het bestuursorgaan bij niet-naleving van de last de dwangsom*

839 Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse Taal, 2015.

daadwerkelijk en spoedig effectueert […]".[840] Ik wijs er daarnaast op dat de wetsgeschiedenis geen steun lijkt te bieden voor de tweede interpretatie. Immers, als de privaatrechtelijke bevoegdheden van artikel 4:124 Awb niet 'mee verjaren' dan zal er geen sprake zijn van een snelle daadwerkelijke invordering. Het bestuursorgaan heeft dan ingevolge artikel 3:307 BW immers vijf jaar de tijd om betaling bij de civiele rechter af te dwingen. Dat lijkt mij niet het door de wetgever gewenste eindresultaat.

De werking van de verjaring bij andere bestuursrechtelijke geldschulden (artikel 4:104 Awb) biedt ook steun voor de eerste interpretatie. De werking van artikel 5:35 Awb zou bij de eerste interpretatie in lijn zijn met de werking van artikel 4:104 Awb. Nu in artikel 4:104 Awb de *rechtsvordering* verjaart, lijkt mij geen discussie mogelijk over de vraag of het bestuursorgaan na verjaring nog de privaatrechtelijke bevoegdheden van artikel 4:124 Awb zou kunnen inzetten.[841] Ik zie niet in waarom de wetgever iets anders zou hebben beoogd met artikel 5:35 Awb.

Ik merk wel nog op dat een tegenargument voor de eerste interpretatie zou kunnen zijn dat de keuze van de wetgever voor het verjaren van 'de bevoegdheid', in plaats van 'de rechtsvordering', in artikel 5:35 Awb erop zou kunnen duiden dat de wetgever juist een *nauwere* reikwijdte beoogde ten opzichte van artikel 4:104 Awb. Voor de hand had immers gelegen om in artikel 5:35 Awb de *'rechtsvordering tot betaling van een verbeurde dwangsom'* te laten verjaren – in aansluiting op artikel 4:104, lid 1, Awb – met daaraan gekoppeld het verval van de bestuursrechtelijke bevoegdheden (zoals het geval is in artikel 4:104, lid 2, Awb).[842] Uit de wetsgeschiedenis is mij niet gebleken waarom de wetgever niet is aangesloten bij artikel 4:104 Awb.[843]

840 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 8, p. 46-47.

841 Zie hierover ook: J.J. Vetter, A.J. Tekstra en P.J. Wattel, Invordering van belastingen, (Deventer, 2012), p. 333.

842 Zie ook M.W. Scheltema en M. Scheltema, Gemeenschappelijk recht, (Deventer, 2013), p. 184.

843 De wetgever besteedt in de toelichting op de vierde tranche met betrekking tot het artikel alleen aandacht aan de wijziging van de lengte van de verjaringstermijn in artikel 5:35 Awb (Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, nr.3, p. 114). In de memorie van toelichting bij de derde tranche (Kamerstukken II 1993/1994, 23 780, nr.3), bij de invoering van het oude artikel 5:35 Awb, wordt opgemerkt: "de artikelen 138 Gemeentewet, 135 Provinciewet en 72, derde en vierde lid, Waterschapswet hebben model gestaan voor deze bepaling". De wetgever motiveert echter geenszins de keuze om de 'bevoegdheid tot invordering' te laten verjaren. De oude artikelen 138b Gemeentewet, 135b Provinciewet en 72, derde lid Waterschapswet luidde "[e]en dwangsom verjaart na verloop van een zes maanden na de dag waarop zij is verbeurd" (Kamerstukken II 1985/1986, 19 403, nr.2). In de toelichting hierop merkt de wetgever op dat dit artikel is overgenomen uit (het thans nog steeds) gelijkluidende artikel 611g Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Kamerstukken II 1985/1986, 19 403, nr.3, p. 128) die op zijn beurt weer afkomstig is uit artikel 7 van de bijlage van de Benelux-overeenkomst houdende Eenvormige wet betreffende de dwangsom. Kortom, de oorsprong van de term 'de bevoegdheid tot invordering' is onduidelijk. Met de invoering van de derde tranche is gekozen om de 'bevoegdheid tot invordering' in plaats van 'de dwangsom' te laten verjaren, maar deze keuze is destijds niet gemotiveerd – welbewust lijkt deze keuze dus niet.

Bij gebrek aan een expliciete keuze van de wetgever dienaangaande lijkt het mij dat de wetgever de oude bepalingen uit de Gemeentewet en de Provinciewet heeft hergebruikt, zonder oog te hebben voor het opgetreden verschil met artikel 4:104 Awb en de daaraan gekoppelde onduidelijkheden. Ik acht het dus niet waarschijnlijk dat de wetgever heeft beoogd de reikwijdte van artikel 5:35 Awb te vernauwen ten opzichte van artikel 4:104 Awb.

Naar mijn mening (gelijk Van Buuren, Jurgens en Michiels[844]) is de eerste interpretatie van artikel 5:35 Awb dus de juiste: zowel de publiekrechtelijke als de privaatrechtelijke bevoegdheden tot invordering van het bestuursorgaan verjaren.

De ABRvS lijkt deze mening eveneens toegedaan. In een uitspraak van 5 augustus 2015 overweegt de ABRvS:

> *"3.4. De rechtbank heeft bij beantwoording van de vraag of* [appellante sub 2] *ten tijde van de behandeling van het beroep nog procesbelang had bij beoordeling van het invorderingsbesluit terecht niet alleen betrokken of het invorderingsbesluit voor het einde van de termijn als genoemd in artikel 5:35 is genomen, maar ook of het college binnen één jaar na de laatste constatering van 18 mei 2013 feitelijk tot invordering is overgegaan. Onder 'bevoegdheid tot invordering' als bedoeld in artikel 5:35 van de Awb moet immers niet alleen de bevoegdheid tot het nemen van het invorderingsbesluit, zoals neergelegd in artikel 5:37 van de Awb, worden verstaan, maar ook de bevoegdheden tot aanmaning en verrekening en het uitvaardigen en tenuitvoerleggen van een dwangbevel als bedoeld in artikel 4:104, tweede lid van de Awb. Indien het bestuursorgaan niet tijdig tot stuiting of verlenging van de verjaringstermijn is overgegaan, is het na verjaring van de bevoegdheid tot invordering niet langer bevoegd een invorderingsbesluit te nemen alsmede dwangmiddelen in te zetten teneinde tot inning van de geldschuld over te gaan."*[845]

De terminologie van artikel 5:35 Awb is echter niet gelukkig gekozen. Door de gekozen terminologie sluit artikel 5:35 Awb namelijk slecht aan op de rest van de vierde tranche van de Awb en ontstaat er verwarring. In de rest van de vierde tranche van de Awb wordt immers gebruik gemaakt van de *rechtsvordering* als onderwerp van de verjaring. Dat acht ik een knelpunt omdat het af doet aan de eenvoudigheid en de duidelijkheid van de regeling (zodat het niet voldoet aan mijn toetsingscriterium 'praktisch' – zie onderdeel 1.2). Daarom doe ik graag een suggestie om artikel 5:35 Awb aan te passen.

844 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, 'Bestuursdwang en dwangsom', (Deventer, 2014), p. 219-220.

845 ABRvS 5 augustus 2015, AB 2015/382, m.nt. T.N. Sanders, zie ook: ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:653.

Tegelijkertijd merk ik op dat bij het volgen van de eerste interpretatie van artikel 5:35 Awb in de praktijk geen bloed zal vloeien uit de gekozen terminologie, mede gelet op de uitspraken van de ABRvS op dit vlak. De aanpassing heeft dus weinig spoed.

Het huidige artikel 5:35 Awb ziet op de verjaring van de *bevoegdheid tot invordering*. In artikel 4:104 Awb *verjaart de rechtsvordering tot betaling van een bestuursrechtelijke geldschuld*. Het verschil tussen de twee artikelen veroorzaakt nodeloze verwarring. Hoewel het effect van de bepalingen hetzelfde is (de geldschuld kan in beide gevallen niet meer worden opgeëist) zijn de regelingen toch anders en kan artikel 5:35 Awb zo worden geïnterpreteerd dat deze een beperktere reikwijdte heeft dan artikel 4:104 Awb. In dat kader kan men zich afvragen waarom niet is gekozen voor verjaring van de rechtsvordering in artikel 5:35 Awb? Ook zou men zich kunnen afvragen waarom, als dan toch de *bevoegdheid tot invordering* het onderwerp moet zijn in artikel 5:35 Awb, niet gekozen is voor een vervaltermijn? Anders gezegd: is het niet logischer om in artikel 5:35 Awb ofwel de *bevoegdheid* te laten *vervallen*, ofwel de *rechtsvordering* te laten *verjaren*[846] – in plaats van de twee te mengen door de *bevoegdheid* te laten *verjaren* zoals nu het geval is?

Van de twee alternatieven heeft de mogelijkheid om in artikel 5:35 Awb de rechtsvordering te laten verjaren mijn voorkeur. Ten eerste lijkt mij wenselijk dat artikel 5:35 Awb een zwakke werking heeft. Indien een verbeurde dwangsom namelijk na de intreding van de verjaring alsnog wordt betaald, dan lijkt het mij redelijk dat de dwangsom dan niet onverschuldigd is betaald.[847] Ten tweede sluit de verjaring van de rechtsvordering tot betaling van een dwangsom beter aan op de rest van de vierde tranche[848] en in het bijzonder op artikel 4:104 Awb. Het lijkt mij onwenselijk om een afwijkende regeling in artikel 5:35 Awb te hebben zonder aantoonbare noodzaak.[849] Ten derde is een verjaringstermijn mijns inziens wenselijker om de praktische reden dat deze aanpassing wetgeving-technisch minder ingrijpend is dan het invoeren

846 Zoals in het civiele recht de regel is, zie: S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Asser 6-II De verbintenis in het algemeen, 2013, nr. 432 en M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2010), p. 99.

847 Zie ABRvS 13 maart 2013, AB 2013/153, m.nt. T.N. Sanders ter illustratie – het per ongeluk betalen van een dwangsom komt voor.

848 Zoals artikel 4:105, lid 2, Awb waarin is geregeld dat erkenning de verjaring van de rechtsvordering stuit. Een letterlijke interpretatie van de wet leidt tot de conclusie dat erkenning geen stuitingsmogelijkheid is bij de invordering van bestuursrechtelijke dwangsommen. Een redelijke wetsinterpretatie leidt er evenwel naar mijn oordeel toe dat stuiting door erkenning ook bij de invordering van bestuursrechtelijke dwangsommen mogelijk is. Het herschrijven van artikel 5:35 Awb zou dit euvel kunnen verhelpen.

849 Vergelijk artikel 47 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving: 'In gevallen waarin soortgelijke onderwerpen worden geregeld, wordt zoveel mogelijk gestreefd naar harmonisatie van regelgeving.'

van een vervaltermijn in artikel 5:35 Awb.[850] Bij het invoeren van een vervaltermijn zou namelijk ook nog apart een expliciete mogelijkheid tot stuiting moeten worden opgenomen, nu vervaltermijnen slechts gestuit kunnen worden indien dit expliciet in de wet is geregeld.[851]

Ik zou dus willen voorstellen om artikel 5:35 Awb als volgt te laten luiden: "*in afwijking van artikel 4:104 Awb verjaart de rechtsvordering tot betaling van een dwangsom door verloop van een jaar na de dag waarop de dwangsom is verbeurd*". Met deze aanpassing sluit het artikel volgens mij beter aan bij de rest van vierde tranche en is de onduidelijkheid in de regeling weggenomen. Daarnaast zou ik een lid 2 voor artikel 5:35 Awb willen voorstellen waarin artikel 4:104, lid 2, Awb van overeenkomstige toepassing wordt verklaard ("*Na voltooiing van de verjaring kan het bestuursorgaan zijn bevoegdheden tot aanmaning en verrekening en tot uitvaardiging en tenuitvoerlegging van een dwangbevel niet meer uitoefenen*"). Hiermee vervallen de relevante bevoegdheden van het bestuursorgaan indien de verjaring intreedt (dit ter voorkoming van onbevoegd gebruik van de dwangbevel bevoegdheid), zoals ook het geval is bij andere bestuursrechtelijke geldschulden.[852]

10.5 De termijn ex artikel 4:57, lid 4, Awb bij subsidies

In artikel 4:57, lid 4, Awb is een bijzondere regeling opgenomen voor de verjaring van de mogelijkheid om subsidies terug te vorderen. In dit artikel is bepaald dat terugvordering niet langer mogelijk is als vijf jaren zijn verstreken sinds (i) het moment van vaststelling of – indien dit later is – (ii) het moment waarop een subsidievoorwaarde of verplichting is overtreden.

Dit artikel ondervangt bij subsidies het eerder geconstateerde gebrek in de geldschuldenregeling dat er geen termijn is voor het nemen van een betalingsbeschikking. Anders dan bij (bijvoorbeeld) het kostenverhaal bij bestuursdwang, kan het bestuursorgaan dus niet eindeloos wachten om een subsidie daadwerkelijk terug te vorderen. De vraag kan nog gesteld worden of het hier een vervaltermijn betreft (en dus in beginsel niet gestuit kan worden), of een verjaringstermijn. Het artikel bepaalt namelijk enkel dat 'terugvordering' niet meer kan plaatsvinden na vijf jaren.

850 Vergelijk artikel 14 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving: 'Bij de keuze voor een bepaalde regeling wordt eveneens gestreefd naar zo beperkt mogelijke lasten voor de overheid.'

851 M.W. Scheltema en M. Scheltema, Gemeenschappelijk recht, (Deventer, 2013), p. 184.

852 Ik verwijs naar de toelichting van de wetgever ten aanzien van artikel 4:104, tweede lid, Awb. Zie over het nut en noodzaak van een dergelijk vervaltermijn voorts: M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 100.

Onder 'terugvordering' versta ik het daadwerkelijk opeisen van onverschuldigd betaalde gelden. Daarbij zie ik een duidelijk parallel tussen artikel 4:57, lid 4, Awb en artikel 5:35 Awb. De wetgever spreekt in de toelichting op artikel 4:57, lid 4, Awb namelijk ook van de "*bevoegdheid tot terugvordering*" waarvoor in artikel 4:57 Awb een "*verjaringstermijn*" is opgenomen.[853] In beide gevallen verjaart er dus een vorderingsbevoegdheid. Kortheidshalve verwijs ik daarom naar mijn beschouwingen over hetgeen onder 'de bevoegdheid tot invordering' zou moeten worden verstaan. In het verlengde daarvan zou ik menen dat aannemelijk is dat het een verjaringstermijn betreft waarbij het recht om de geldschuld op te eisen verjaart, waarbij de termijn van artikel 4:57 Awb overeenkomstig artikel 4:105 en 4:106 Awb gewoon gestuit kan worden. Ik merk overigens op dat hier geen jurisprudentie over bestaat. In de praktijk komt het klaarblijkelijk zelden voor dat bij geconstateerde onregelmatigheden langer dan vijf jaren na die constatering wordt gewacht met de terugvordering. Zie voor een uitzondering de uitspraak van het CBb van 13 oktober 2016, waarbij het bestuursorgaan wel tijdig was gaan terugvorderen, maar zich eerst had gericht tot de verkeerde rechtspersoon.[854] In zoverre is de discussie over wat er precies verjaart bij de termijn van artikel 4:57, lid 4, Awb van beperkter belang dan de discussie over wat er precies verjaart bij de termijn van artikel 5:35 Awb.

10.6 De termijn van artikel 5:45 Awb bij bestuurlijke boetes

In artikel 5:45 Awb is een bijzondere vervaltermijn opgenomen voor de bevoegdheid om een bestuurlijke boete in te vorderen. Deze bedraagt vijf jaar bij overtredingen waar een boete van meer dan € 340,- opgelegd kan worden en drie jaar voor overtredingen waar een kleiner boetebedrag voor staat. Omdat het een vervaltermijn is, is stuiting mijns inziens niet mogelijk. Voorts is de tekst van de bepaling duidelijk dat het gaat om de *bevoegdheid tot het opleggen* – het gaat dus om een vervaltermijn voor het nemen van een boetebeschikking. Is de boetebeschikking tot stand gekomen, dan is deze termijn dus niet langer relevant. Ietwat bevreemdend is daarom dat de wetgever in artikel 5:45, lid 3, Awb heeft bepaald dat de vervaltermijn van rechtswege wordt opgeschort als er bezwaar is gemaakt of beroep wordt ingesteld tegen het boetebesluit. Deze bepaling laat zich echter verklaren door het feit dat bij de beslissing op bezwaar een andere boete zou kunnen worden opgelegd, dan wel dat de bestuursrechter een bestuurlijke lus toepast.[855] Om te voorkomen dat er discussie ontstaat of het besluit dan niet meer kan worden gewijzigd omdat de bevoegdheid daartoe zou zijn komen te vervallen, is artikel 5:45, lid 3, Awb

853 Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr.3, p. 85.

854 CBb 13 oktober 2016, AB 2016/460, m.nt. J.E. van den Brink.

855 Overigens kan daarbij kritiek worden geleverd op de vraag of het terecht is dat de bestuursrechter – in weerwil van de wens van de wetgever – de bestuurlijke lus aanvaardbaar acht bij de bestuurlijke boete. Zie: T.N. Sanders, 'Het CBb als wetgever: de bestuurlijke lus toegepast bij de bestuurlijke boete', MenM 2012/3.

opgenomen.[856] Er is naar mijn weten (buiten het belastingrecht[857]) geen relevante jurisprudentie over deze bepaling, hetgeen gelet op de lange vervaltermijn en het gebrek aan stuitingsmogelijkheden niet geheel verwonderlijk is.

10.7 Het voorkomen van de verjaring door het bestuursorgaan

In dit deel ga ik in op de vraag hoe het bestuursorgaan de verjaring van de bevoegdheid tot invordering dan wel de rechtsvordering kan voorkomen. Voor zowel de verjaring op grond van artikel 4:104 Awb als de bijzondere verjaring op grond van artikelen 5:35 en 5:47, lid 4, Awb zijn deze mogelijkheden identiek. Ten eerste kan men de verjaring voorkomen door hetgeen verjaart tijdig te benutten. Ten tweede kan men de verjaring stuiten. Ten derde kan men de verjaring verlengen.[858]

10.7.1 Het tijdig benutten van hetgeen verjaart

Het tijdig benutten van hetgeen verjaart is een voor de hand liggende manier om verjaring te voorkomen. Om de *'bevoegdheid tot invordering*', dan wel de '*rechtsvordering*' volledig te hebben benut, moet de bestuurlijke geldelijke sanctie aan het bestuursorgaan zijn voldaan. In dat verband wijs ik er op dat de wetgever aan een daad van tenuitvoerlegging van het dwangbevel ook stuitende werking heeft toegekend (artikel 4:106 Awb). De verjaring kan dus zelfs na het uitvaardigen van het dwangbevel (dus tot aan het moment van daadwerkelijke betaling) aan invordering in de weg staan, nu ook na het uitvaardigen van het dwangbevel (een stuitingshandeling) een nieuwe verjaringstermijn gelijk aan de oorspronkelijke gaat lopen.[859]

10.7.2 Het stuiten van de verjaring

Volgens Hartkamp en Sieburgh kan men in het civiele recht onder 'het stuiten van de verjaring' verstaan: "[w]*anneer een verjaringstermijn een aanvang heeft genomen, doch de door de wet voor de verjaring bepaalde tijd nog niet is verstreken, kunnen zich feiten voordoen die verhinderen dat de verjaring wordt voltooid. Het afbreken van een lopende verjaring wordt de stuiting van de verjaring genoemd*."[860] Om de verjaring te stuiten moet er dus sprake zijn van het 'zich voordoen van feiten die verhinderen dat de verjaring wordt voltooid'. Welke feiten zijn dit dan precies? Het antwoord daarop is te vinden in de definitie van verjaring van Hartkamp en Sieburgh.

856 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 139-140.

857 HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7637 en HR 29 april 2011, AB 2011/306, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen: de bestuursrechter dient ambtshalve te onderzoeken of de boetebevoegdheid is komen te vervallen.

858 Voor de invoering van de vierde tranche bestond ook de figuur van de schorsing van de verjaring. Met de invoering van de vierde tranche is deze mogelijkheid komen te vervallen. Wat voorheen schorsing van de verjaring was (het entameren van een executiegeschil) is thans grond voor de verlenging van de verjaring (zie artikel 4:111, lid 2, onder d, Awb).

859 ABRvS 27 juli 2016, JG 2016/57, m.nt. T. Barkhuysen en A. Span, JM 2016/135, m.nt. E.J.H. Plambeck, Gst. 2016/131, m.nt. M. van de Loo en J.J.R. Lautenbach.

860 S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Asser 6-II De verbintenis in het algemeen, 2013, nr. 423.

Dat is: "*het verlopen van een door de wet bepaalde tijdsduur, gedurende welke zich geen door de wet als relevant beschouwde feiten voordoen waaruit blijkt dat de crediteur aanspraak maakt op zijn recht of de debiteur het bestaan van zijn schuld erkent,* […]." [861] Kortom, van stuiting van de verjaring is sprake als zich door de wet als relevant beschouwde feiten voordoen waaruit blijkt dat het bestuursorgaan aanspraak maakt op betaling van de dwangsom. De Awb beschouwt als relevante feiten de in artikel 4:105 en 4:106 Awb genoemde feiten. Deze feiten zijn (voor het bestuursorgaan) volgens de wetgever limitatief opgesomd.[862]

Artikel 4:105 Awb bepaalt dat gestuit kan worden middels een "*daad van rechtsvervolging overeenkomstig artikel 316, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek*". Volgens de wetgever moet hieronder worden begrepen "*het instellen van een vordering bij de civiele rechter (dagvaarding, eis in reconventie, vermeerdering van eis), maar ook het leggen van conservatoir beslag of het indienen van een vordering ter verificatie van het faillissement*."[863] Naar mijn mening volgt uit de toelichting van artikel 4:106 eveneens dat de 'daad van rechtsvervolging' alleen ziet op het instellen van een eis bij de civiele rechter ("*in het belang van de rechtszekerheid bepaalt dit artikel dat het bestuursorgaan de verjaring, behoudens door het instellen van een eis voor de burgerlijke rechter* ([artikel 4:105 Awb]) *alleen kan stuiten door een aanmaning als bedoeld in* [artikel 4:112]*, een beschikking tot verrekening of door (betekening of tenuitvoerlegging) van een dwangbevel*".[864] Kortom: artikel 4:105, lid 1, Awb ziet alleen op het instellen van een eis bij de civiele rechter – en is dus feitelijk alleen van toepassing indien het bestuursorgaan de bestuurlijke geldelijke sanctie invordert langs privaatrechtelijke weg (middels de bevoegdheden van artikel 4:124 Awb). Krachtens artikel 4:105, lid 2, Awb is het tevens mogelijk dat de verjaring wordt gestuit door erkenning door de schuldenaar van het recht op betaling. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft geoordeeld dat hiervan geen sprake is als de invorderingsbeschikking is betwist, zelfs als de overtreder de overtreding (en dus de verbeurte van de dwangsom en het bestaan van de geldschuld) niet betwist.[865] Dit oordeel is bevestigd door de Hoge Raad.[866]

Naast artikel 4:105 Awb bestaat de mogelijkheid om te stuiten door het gebruik van bepaalde bestuursrechtelijke middelen. Artikel 4:106 Awb houdt in dat "[h]*et*

861 S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Asser 6-II De verbintenis in het algemeen, 2013, nr. 377.
862 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 53. Ik merk op dat de burger ook nog de mogelijkheid heeft om te stuiten middels een brief waarin hij ondubbelzinnig aanspraak maakt op betaling van de schuld (zie artikel 4:107 Awb) – maar dat is in het kader van de invordering van sancties niet relevant.
863 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 55.
864 Idem, p. 56.
865 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 13 november 2013, AB 2014/56, m.nt. T.N. Sanders.
866 HR 3 april 2015, AB 2015/213, m.nt. T.N. Sanders, JBPR 2015/35, m.nt. C.N.J. Kortmann.

bestuursorgaan de verjaring ook kan stuiten door een aanmaning als bedoeld in artikel 4:112 Awb, een beschikking tot verrekening of een dwangbevel dan wel door een daad van tenuitvoerlegging van een dwangbevel." Zoals eerder toegelicht acht de wetgever dit een limitatieve opsomming,[867] het zijn dus de enige mogelijkheden van het bestuursorgaan om de verjaring te stuiten. Hieruit volgt overigens naar mijn oordeel dat de effectueringsbeschikkingen op grond van de wet, alsmede de wetsgeschiedenis, dus niet zijn aan te merken als een stuitingshandelingen. De rechtbank Gelderland,[868] de rechtbank Overijssel[869] en het Gerechtshof 's-Hertogenbosch[870] hebben eerder deze conclusie ook getrokken. De ABRvS leek eerder eveneens tot deze conclusie te zijn gekomen – zij het dat haar oordeel impliciet was.[871] De Hoge Raad oordeelde bij arrest van 3 april 2015 in gelijke zin en overwoog:

> *"Blijkens de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.5 geciteerde passages uit de memorie van toelichting op afdeling 4.4.3 is de in die afdeling vervatte regeling van de stuitingshandelingen, omwille van de rechtszekerheid, als uitputtend bedoeld. Stuiting van de verjaring (ook) van dwangsommen kan derhalve slechts plaatsvinden op de in art. 4:105 en 4:106 Awb voorziene wijzen."*[872]

De ABRvS heeft op 27 juli 2016 echter aangenomen dat er buiten deze limitatieve opsomming toch nog een buitenwettelijke stuitingsmogelijkheid bestaat.[873] In dat geval had het bestuursorgaan – nadat er executoriaal beslag was gelegd – gestuit door middel van deurwaardersexploten. De ABRvS stelde vast dat er geen stuitingshandeling als bedoeld in artikel 4:105 of 4:106 Awb was verricht. Gelet op het limitatieve karakter van de regeling had het in de rede gelegen dat de ABRvS vervolgens had geoordeeld dat de verjaring derhalve niet rechtsgeldig was gestuit. De ABRvS oordeelde echter als volgt:

> *"De Afdeling ziet echter aanleiding om de aanzegging in dit geval gelijk te stellen met een stuitingshandeling als bedoeld in de artikelen 4:105, eerste lid, en 4:106 van de Awb. Aan MIM zijn op de eerder vermelde data aanmaningen verzonden, waarin zij is gewaarschuwd dat de dwangsommen bij dwangbevel worden ingevorderd en dat de kosten daarvan op haar worden verhaald indien*

867 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 56.
868 Rb. Gelderland 11 juli 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:1567.
869 Rb. Overijssel 16 december 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3255.
870 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 november 2013, AB 2014/56 m.nt. T.N. Sanders.
871 ABRvS 24 december 2013, AB 2014/57, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2014/24, m.nt. C.J. IJdema en ABRvS 5 maart 2014, AB 2014/246, m.nt. T.N. Sanders.
872 HR 3 april 2015, AB 2015/213, m.nt. T.N. Sanders, JBPR 2015/35, m.nt. C.N.J. Kortmann.
873 ABRvS 27 juli 2016, JG 2016/57, m.nt. T. Barkhuysen en A. Span, JM 2016/135, m.nt. E.J.H. Plambeck, Gst. 2016/131, m.nt. M. van de Loo en J.J.R. Lautenbach.

zij niet alsnog binnen twee weken de dwangsommen betaalt. Voorts zijn op de eerder vermelde data dwangbevelen betekend waarbij MIM tevens is gewezen op de tenuitvoerlegging van die dwangbevelen. Verder is op de eerder vermelde data beslag gelegd op het pand Schoolstraat 40a. Verder acht de Afdeling van belang dat uit de aanzegging onmiskenbaar blijkt dat het college niet berust in het niet betalen van de schuld. Het ontbreken van een termijn om te betalen en een waarschuwing over het treffen van invorderingsmaatregelen in de aanzegging leidt in dit geval evenmin tot strijd met de rechtszekerheid. MIM heeft immers eerder de gelegenheid gekregen om de dwangsommen alsnog te betalen en heeft hiervan geen gebruik gemaakt. Ook was zij al eerder gewaarschuwd dat invorderingsmaatregelen getroffen zouden worden en de kosten daarvan zouden worden verhaald. Van het college mocht onder de hiervoor vermelde omstandigheden niet worden gevergd opnieuw een aanmaning overeenkomstig artikel 4:112 van de Awb te versturen.

Gelet op het voorgaande zijn de exploten van 1 oktober 2014 en 18 september 2015 gelijk te stellen met een stuitingshandeling als bedoeld in de artikelen 4:105, eerste lid, en 4:106 van de Awb. Dit betekent dat op deze data een nieuwe verjaringstermijn van één jaar is ingegaan. Ten tijde van de zitting van de Afdeling was de bevoegdheid tot invordering derhalve nog niet verjaard."

Dit oordeel roept vraagtekens op omtrent het limitatieve karakter van de stuitingshandelingen genoemd in de Awb. Vooralsnog zou ik echter menen dat bovenstaand oordeel een 'witte raaf' betreft waarbij de ABRvS het kennelijk zodanig onredelijk vond dat een beroep op verjaring zou slagen dat zij bij wijze van billijkheidscorrectie moest ingrijpen.

10.7.3 De verlenging van de verjaring

Bij de verlenging van de verjaring wordt de verjaringstermijn niet afgebroken zoals het geval is bij stuiting (na stuiting loopt immers een nieuwe verjaringstermijn gelijk aan de oorspronkelijke – zie artikel 4:110 Awb) maar wordt de lopende verjaring verlengd.[874] In artikel 4:111, lid 1, Awb is bepaald: "[d]*e verjaringstermijn van de rechtsvordering tot betaling aan een bestuursorgaan wordt verlengd met de tijd gedurende welke de schuldenaar na de aanvang van die termijn uitstel van betaling heeft.*" In artikel 4:94 Awb is het verlenen van uitstel van betaling geregeld. Hoewel artikel 4:111 Awb ziet op de verjaringstermijn van de *rechtsvordering* en niet op de *bevoegdheid tot invordering* heeft de ABRvS in haar uitspraak van 19 juni 2013 bevestigd dat in het geval dat er aan de overtreder uitstel van betaling op grond van artikel 4:94 Awb is verleend, er sprake is van de verlenging van de verjarings-

874 S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, Asser 6-II De verbintenis in het algemeen, 2013, nr. 428.

termijn van artikel 5:35 Awb op grond van artikel 4:111 Awb.[875] Tevens oordeelde de ABRvS in die uitspraak dat het uitstellen van het nemen van een invorderingsbeschikking door het bestuursorgaan *geen* verlengingshandeling is (en ook geen stuitingshandeling) nu het geen uitstel van betaling in de zin van artikel 4:94 Awb behelst. In artikel 4:111, tweede lid, Awb wordt bepaald dat de verjaringstermijn ook wordt verlengd indien de schuldenaar in surseance van betaling verkeert (onder a), in staat van faillissement verkeert (onder b), in de schuldsaneringsregeling is opgenomen (onder c) of indien de tenuitvoerlegging van een dwangbevel is geschorst in het kader van een executiegeschil (onder d).

10.8 Tussenconclusie

De regeling van verjaring en verval bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties lijkt in grote lijnen goed te werken. Naar ik meen zijn er echter twee knelpunten.

Ten eerste haakt de verjaringstermijn van artikel 4:104 Awb aan bij het moment waarop de betalingsbeschikking wordt genomen. Bij subsidies, uitkeringen en de bestuurlijke boete is dat op zich geen probleem omdat daar bijzondere vervaltermijnen voor de intrekkings-/herzienings-/sanctioneringsbevoegdheden gelden. Het kostenverhaal bij bestuursdwang kent echter niet een dergelijke termijn. Dat acht ik een knelpunt omdat het betekent dat een bestuursorgaan tot in de lengte der dagen kan wachten met het kostenverhaal, hetgeen volgens mij geen evenredige uitkomst is zodat dit punt niet voldoet aan mijn toetsingscriterium 'evenredig' (zie onderdeel 1.2). Om dit knelpunt te ondervangen heb ik voorgesteld om een lid 3 aan artikel 4:104 Awb toe te voegen, afgeleid van artikel 17.17 Wm. Dit lid 3 zou als volgt kunnen luiden:

> *"3. De bevoegdheid om de verplichting tot betaling van een geldsom vast te stellen vervalt indien vijf jaren zijn verstreken sinds de dag waarop de bevoegdheid is komen te ontstaan of na de dag waarop de schuldenaar bekend is geworden, indien deze dag later valt."*

Het tweede knelpunt is dat de regeling van artikel 5:35 Awb niet geheel duidelijk is. Daardoor is de regeling niet eenvoudig en duidelijk zodat dit punt niet voldoet aan mijn toetsingscriterium 'praktisch' (zie onderdeel 1.2). De gekozen terminologie in het artikel leidt tot een aantal verschillende mogelijke interpretaties. Op grond van een analyse van deze interpretaties acht ik de interpretatie waarbij artikel 5:35 Awb zo moet worden gelezen dat een jaar nadat een dwangsom verbeurd *'het recht van het bestuursorgaan om een bestuursrechtelijke dwangsom op te eisen*' verjaart de meest voor de hand liggende. In deze interpretatie verjaren zowel de publiek-

875 ABRvS 19 juni 2013, AB 2013/285, m.nt. T.N. Sanders.

rechtelijke als de privaatrechtelijke mogelijkheden voor het bestuursorgaan om de dwangsom op te eisen, gelijk de werking van de verjaring bij artikel 4:104 Awb. Gelet op de verwarring die kan ontstaan in de praktijk doordat artikel 5:35 Awb terminologisch afwijkt van de rest van de vierde tranche stel ik voor om bij een volgende wetswijziging artikel 5:35 Awb aan te passen zodat deze beter aansluit bij artikel 4:104 Awb en zodat de werking van artikel 5:35 Awb beter tot uitdrukking komt. Artikel 5:35, lid 1, Awb zou dan als volgt kunnen luiden: "*in afwijking van artikel 4:104 Awb verjaart de rechtsvordering tot betaling van een dwangsom door verloop van een jaar na de dag waarop de dwangsom is verbeurd*". Een lid 2 voor artikel 5:35 Awb waarin artikel 4:104, lid 2, Awb van overeenkomstige toepassing wordt verklaard lijkt mij eveneens wenselijk.

11

11. DE POSITIE VAN DE DERDE-BELANGHEBBENDE[876]

11.1 Inleiding

Bij de overtreding van een wettelijk voorschrift zijn er vaak derden die hinder (kunnen) ondervinden van die overtreding. Deze derden zijn dan meestal belanghebbend bij de bestuursrechtelijke handhavingsprocedure die door het bevoegd gezag kan worden geïnitieerd. Daarnaast kunnen deze derden zelf het bestuursorgaan om handhaving verzoeken. Treedt het bestuursorgaan dan (ten onrechte) niet handhavend op, dan kan de derde dit via de bestuursrechter alsnog afdwingen. Een sanctie die wel wordt afgedwongen bij de bestuursrechter, maar vervolgens niet feitelijk wordt geëffectueerd, is alsnog zinloos vanuit het oogpunt van de derde-belanghebbende. Daarom is het van belang voor de derde-belanghebbende om ook invloed te kunnen hebben op het besluit tot effectuering van de bestuurlijke geldelijke sanctie.

In dit hoofdstuk van het proefschrift onderzoek ik de positie van de derde bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties. Daarbij ga ik eerst in op de vraag wie er belanghebbende is bij de effectuering. Vervolgens bestudeer ik de mogelijkheden voor de derde om het in- of terugvorderingsbesluit af te dwingen, om feitelijke invordering af te dwingen en om de verjaring van de rechtsvordering of de bevoegdheid tot in- of terugvordering te voorkomen. Tot slot stel ik een technische aanpassing voor om de positie van de derde-belanghebbende te verbeteren.

11.2 Wie is er belanghebbend bij in- of terugvordering?

Het in- of terugvorderingsbesluit is de beslissing van het bestuursorgaan omtrent het opeisen van een bestuurlijke geldelijke sanctie. Het is dus in de kern het besluit van het bestuursorgaan om een geldschuld op te eisen. In beginsel is dan ook verdedigbaar dat alleen de debiteur (de overtreder) een rechtstreeks belang heeft bij dat besluit. Het besluit om een sanctie in te vorderen wordt door de wetgever echter gezien als het sluitstuk van de handhaving.[877] Hierdoor is de kring van belanghebbenden groter dan bij een 'normale' bestuursrechtelijke geldschuld. Immers, het is voorshands verdedigbaar dat diegene die belang heeft bij handhaving ook belang heeft bij de daadwerkelijke effectuering van die handhaving. Deze hypothese zal ik hierna toetsen.

876 Dit deel van het proefschrift verscheen eerder (deels) in artikelvorm als T.N. Sanders, 'De derdebelanghebbende bij de invordering van een dwangsom: op zoek naar een nieuwe balans', NTB 2015/8.

877 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr.3, p. 116.

De rol en positie van de derde-belanghebbende is bij de invoering van de vierde tranche expliciet aan de orde gekomen bij de invoering van het verzoek tot invordering van dwangsommen op grond van artikel 5:37, lid 2, Awb. Een derde-belanghebbende kan zich tot het bestuursorgaan richten met het verzoek om een besluit te nemen strekkende tot de invordering van een (vermeendelijk) door de overtreder verbeurde dwangsom. Daarmee heeft de derde een expliciete positie verkregen bij het besluit om een dwangsom in te vorderen. Omdat er – zeker in vergelijking met de andere bij dit onderzoek betrokken sancties – veel jurisprudentie beschikbaar is over de positie van de derde-belanghebbende bij de invordering van dwangsommen, neem ik de invordering van dwangsommen tot uitgangspunt, waarna ik mijn bevindingen omtrent wie er derde-belanghebbende kan zijn toets bij de overige sancties.

Voor de goede orde merk ik op dat waar ik spreek van de derde-belanghebbende in dit hoofdstuk, gedoeld wordt op de derde-belanghebbende met een aan de overtreder *tegengesteld* belang. Derde-belanghebbenden met een *parallel* belang (denk aan de aandeelhouder of het familielid van de overtreder) laat ik in dit hoofdstuk verder buiten beschouwing nu zij geen belang hebben bij het kunnen afdwingen van effectuering en alleen een belang hebben hij het voorkomen van de effectuering.

11.2.1 Bij de invordering van dwangsommen

De wetgever noemt als belanghebbend bij een invorderingsbeschikking "*de derde* […] *die in een eerder stadium om handhaving heeft verzocht of een andere derde-belanghebbende* […]".[878] De wetgever merkt op dat het belang bij het invorderingsverzoek door een wijziging in de feitelijke situatie kan wegvallen en noemt als voorbeeld dat de omwonende die overlast ondervond van de overtreding inmiddels is verhuisd.[879] De derde ervaart in dat geval immers geen hinder meer en verliest daarmee zijn belang.[880] In dat verband merk ik op dat het (proces)belang[881] bij handhaving[882] (als ook invordering[883]) door de bestuursrechter ex nunc wordt getoetst. Het lijkt dan ook dat de vraag wie er belanghebbend is bij een verzoek tot invordering gekoppeld wordt aan de vraag wie belang heeft bij handhavend optreden tegen de overtreding. Dat is "*degene die* […] *werkelijk hinder of schade van die activiteit*

878 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr.3, p. 116.

879 Ibid, p. 103.

880 Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 november 2012, JM 2013/16, m.nt. T.N. Sanders.

881 Te onderscheiden zijn het procesbelang en de vraag of de procespartij belanghebbende is. Bij invorderingsbeschikkingen hangen de vragen – en de antwoorden daarop – of de derde belanghebbende is en of de derde procesbelang heeft met elkaar samen. Heeft een derde geen procesbelang meer bij invordering, dan zal deze bij invordering noodzakelijkerwijs geen belanghebbende meer zijn.

882 ABRvS 28 november 2012, JM 2013/16, m.nt. T.N. Sanders.

883 ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1264.

[ondervindt]".[884] Dat kan ook een concurrent van de overtreder zijn.[885] De ABRvS lijkt in een uitspraak van 25 september 2013 te bevestigen dat het belang bij invordering het belang bij handhaving volgt. In deze uitspraak oordeelde de ABRvS dat indien een derde belang heeft bij handhavend optreden tegen de overtreding, hij daarmee tevens belanghebbend is bij de invorderingsbeschikking. Daaraan voegt de ABRvS toe dat het voor de vraag of de derde belang heeft niet relevant is of het bestuursorgaan ambtshalve of op verzoek van de derde invordert.[886]

Bestaat er een belang bij handhavend optreden, dan lijkt er dus een belang bij de invordering van een verbeurde dwangsom te bestaan. Maar daarmee is nog niet gezegd dat er geen zelfstandig belang bij invordering kan bestaan. Is het mogelijk dat een derde nog belang heeft bij invordering als er geen belang meer bestaat bij handhaving? De wetsgeschiedenis van de vierde tranche van de Awb geven geen antwoord op deze vraag. Hierna zal ik daarom aan de hand van een aantal situaties toetsen of er een zelfstandig belang bij invordering kan bestaan. Daartoe onderscheid ik een drietal situaties. Ten eerste het geval waarin een voortdurende overtreding van een last (bijvoorbeeld tot verwijdering van een illegaal bouwwerk) wordt beëindigd voor het toetsingsmoment. Ten tweede het geval waarbij er sprake is van een reeks incidentele zelfstandig herhaalbare overtredingen van een last (bijvoorbeeld het conformeren aan de geluidsvoorschriften) waarbij op het toetsingsmoment echter geen sprake is van een actuele overtreding. Ten derde de situatie dat de dwangsombeschikking is volgelopen (dat wil zeggen, het maximale bedrag aan dwangsommen is verbeurd).

a. Voortdurende overtreding

In de eerste situatie is er op het toetsingsmoment geen overtreding meer. De appellant heeft dan geen (proces)belang meer bij handhavend optreden. Kan hij dan nog wel belang bij invordering hebben? De rechtbank Den Haag beantwoorde deze vraag ontkennend: de derde heeft dan geen (proces)belang meer bij invordering.[887] De reden daarvoor is – aldus de rechtbank – dat het afdwingen van invordering alleen is bedoeld als middel om een einde aan de overtreding te maken, niet om de derde een middel te geven om de overtreder te 'bestraffen'. Is er dus geen

884 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 151.

885 ABRvS 10 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2648: "Zoals de rechtbank heeft overwogen is volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling degene wiens concurrentiebelang rechtstreeks is betrokken bij een besluit, belanghebbende. In deze zaak betekent dat dat Pottendijk belanghebbende is indien zij in hetzelfde verzorgingsgebied en marktsegment werkzaam is als de stichting."

886 ABRvS 25 september 2013, AB 2013/418, m.nt. T.N. Sanders.

887 Rb. Den Haag 3 april 2013, Gst. 2013/68, m.nt. T.N. Sanders.

belang meer bij handhaving, dan heeft de derde zijn belang bij invordering verloren – hij ervaart immers geen hinder meer van de overtreding. In een andere uitspraak is de rechtbank Den Haag tot een soortgelijke conclusie gekomen. In dat geval was de overtreding na oplegging van de last en beëindiging van de begunstigingstermijn alsnog gelegaliseerd en werd de last ingetrokken. Het besluit tot legalisering en de intrekking van de last waren echter nog niet onherroepelijk. Gelet daarop was de rechtbank van oordeel dat de derde in dat geval wel nog belang had bij zijn beroep tegen de weigering om dwangsommen in te vorderen – het stond immers nog niet in rechte vast dat de overtreding beëindigd (gelegaliseerd) was.[888] In een uitspraak van 28 oktober 2015 bevestigde de ABRvS deze lezing naar aanleiding van een hoger beroep tegen een (niet-gepubliceerde) uitspraak van de rechtbank Overijssel die goed vergelijkbaar is met de voornoemde uitspraak van de rechtbank Den Haag. De Afdeling oordeelde:

> *"Het belang dat de derde, in dit geval* [appellant]*, heeft bij het nemen van de invorderingsbeschikking is afgeleid van het belang dat hij heeft bij het voorkomen of beëindigen van de overtreding waarvoor de last is opgelegd. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat artikel 5:37, tweede lid, van de Awb de verzoeker om handhaving een rechtsmiddel geeft teneinde ongedaanmaking van de overtreding te waarborgen. In dit geval is, nu de overtreding vóór het nemen van het besluit van 26 augustus 2014 geheel en definitief is beëindigd en er geen reële kans op herhaling van de overtreding bestaat, het met de last onder dwangsom beoogde doel bereikt en kan een voortzetting van de procedure voor* [appellant] *niet tot verdergaande resultaten leiden. Dat pas aan de last is voldaan na ommekomst van de begunstigingstermijn doet daar niet aan af. Dat* [appellant] *het college vóór de beëindiging van de overtreding heeft verzocht om tot invordering over te gaan maakt het voorgaande niet anders, nu het processuele belang wordt beoordeeld naar de stand van zaken op het moment van de uitspraak."*[889]

Het belang van de derde bij invordering is na beëindiging van de voortdurende overtreding slechts nog gelegen in het 'bestraffen' van de overtreder en het bewaken van de effectiviteit van de sanctie. Dat is echter niet meer zijn belang, maar het algemene belang. Reden waarom naar mijn mening de derde geen (proces)belang bij invordering meer heeft. Nu het belang bij handhaving in dit scenario ook eindigt op het moment dat de overtreding wordt beëindigd, verschilt het belang bij invordering in dit geval dus niet van het belang bij handhaving.

888 Rb. Den Haag 26 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8039.
889 ABRvS 28 oktober 2015, AB 2016/32 m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2015/137, m.nt. P.H.J. de Jonge.

b. Zelfstandig herhaalbare overtreding

In de tweede situatie is er eveneens geen overtreding op het toetsingsmoment – het betreft immers een zelfstandig herhaalbare overtreding die kort na het plegen ervan is beëindigd. Gelet op het oordeel van de rechtbank Den Haag en de ABRvS ten aanzien van de eerste situatie is bepleitbaar dat indien de incidentele overtreding is beëindigd de derde geen belang meer heeft bij invordering. Hij zal immers (hoogstwaarschijnlijk) op het moment van de ex nunc toetsing geen hinder meer ondervinden. Dat lijkt mij echter onjuist. Als bij zelfstandig herhaalbare overtreding overtredingen de zelfstandige overtreding zou moeten voortbestaan tot en met het (ex nunc) toetsingsmoment om als derde invordering af te kunnen dwingen, dan zal er vrijwel nooit een belang bij invordering kunnen bestaan en verliest het invorderingsverzoek zijn nut. Denk bijvoorbeeld aan het zelfstandig overtreden van (de last om zich te houden aan) geluidsvoorschriften door een horeca inrichting. Op de avond dat de geluidsvoorschriften worden overtreden is er sprake van een overtreding, maar de dag daarop zal de geluidsoverlast – en dus de overtreding – er niet meer zijn. Het lijkt mij echter niet verdedigbaar dat in een scenario als dit de derde de volgende dag geen belang meer heeft bij de invordering van de dwangsom die de vorige avond is verbeurd. Het belang bij invordering blijft in dit geval, omdat het voldoende aannemelijk is dat de derde nogmaals geconfronteerd zou kunnen worden met dezelfde overtreding op grond van dezelfde last. Het is dus aannemelijk dat hij nog hinder zou kunnen ondervinden, reden waarom hij nog een belang bij invordering heeft. Bij handhaving wordt dezelfde maatstaf gehanteerd bij incidentele overtredingen. Indien de derde-belanghebbende nog *hinder zou kunnen ondervinden,* dan heeft hij belang bij handhaving.[890] Nu dezelfde toetsingsmaatstaf moet worden gehanteerd voor de vraag of er (nog) belang is bij invordering, als voor de vraag of er (nog) belang is bij handhaving, concludeer ik dat in het scenario van een zelfstandig herhaalbare overtreding van dezelfde last de derde slechts belang bij invordering kan hebben indien hij nog belang heeft bij handhaving.

Hoewel elke derde-belanghebbende (ook de buurman van een illegaal bouwwerk) de kans op herhaling aanwezig zal achten en het dus aannemelijk zal vinden dat dezelfde last opnieuw zal worden overtreden (en dus dat ook zijn belang bij de invordering van de dwangsom nog bestaat om 'te voorkomen dat de buurman het nog een keer doet'), lijkt het mij dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de verschillende gevallen op basis van hoe aannemelijk het is dat een overtreding wordt herhaald. Denk bijvoorbeeld aan het verschil tussen het opnieuw bouwen van een verwijderd illegaal bouwwerk in strijd met een last die ook strekt tot het verwijderd houden van dat bouwwerk (een voortdurende overtreding) en het opnieuw overtreden van geluidsvoorschriften door een horeca inrichting (een zelfstandig herhaalbare overtreding). Beide overtredingen zijn wellicht (theoretisch)

890 Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 maart 2005, AB 2005/170, m.nt. A.B. Blomberg.

herhaalbaar, maar in het tweede geval is het vele malen aannemelijker dat de overtreding zal worden herhaald en dus dat de derde hinder *zou kunnen ondervinden*. Reden waarom de derde naar mijn mening wel belang heeft bij de invordering van de dwangsom nadat de individuele overtreding is beëindigd in het tweede geval (de incidentele overtreding) en niet in het eerste geval (de voortdurende overtreding). Steun voor deze lezing zie ik in de uitspraak van de ABRvS van 28 oktober 2015 nu er in dat geval, belang werd gehecht aan het feit dat er "*geen reële kans op herhaling*" bestond.[891] Die overweging impliceert dat indien er nog wel een reële kans op herhaling zou zijn, er nog wel belang bij handhaving en daarmee ook belang bij invordering zou zijn.

c. Een volgelopen dwangsombeschikking

Het derde scenario betreft een volgelopen dwangsombeschikking (lees: alle dwangsommen zijn reeds verbeurd). Heeft de derde-belanghebbende in een dergelijk geval nog belang bij invordering van de verbeurde dwangsommen? Denkbaar is namelijk dat omdat er geen dwangsommen meer kunnen worden verbeurd, de derde niet door invordering af te dwingen kan bewerkstelligen dat de overtreding wordt beëindigd. Er kunnen immers geen dwangsommen meer worden verbeurd. Ik meen echter dat de derde bij een volgelopen dwangsom net zoals bij incidentele overtredingen belang blijft houden bij invordering, zolang hij hinder van de overtreding kan blijven ondervinden. Ook indien de dwangsombeschikking reeds is volgelopen. Dat is anders indien na het vollopen van de dwangsombeschikking redelijkerwijs geen overtredingen van het voorschrift meer plaats kunnen vinden. Denk aan een (eenmalig) evenement waarbij de geluidsvoorschriften niet worden nageleefd. Het maximale dwangsombedrag wordt verbeurd, maar daarna eindigt het evenement. In dat geval lijkt het mij dat de derde na het einde van het evenement geen belang meer heeft bij de invordering van de reeds verbeurde dwangsom: hij kan immers geen hinder meer ondervinden. Dat is ook het geval voor wat betreft zijn belang bij handhaving. Deze situatie moet overigens worden onderscheiden van een jaarlijks terugkerend evenement. In dat geval is het immers voldoende aannemelijk dat de derde weer hinder zou kunnen gaan ondervinden en dat hij dus belang heeft bij invordering van de dwangsommen.

d. Tussenconclusie – het belang bij invordering

Op basis van het voorgaande concludeer ik dat een derde-belanghebbende belang heeft bij invordering indien voldoende aannemelijk is dat deze nog *hinder zou kunnen ondervinden* van eenzelfde overtreding. Dat is dezelfde toets die de ABRvS toepast bij de vraag of er (nog) een belang bij handhaving bestaat.[892] Daarom concludeer ik dat er slechts belang bij invordering kan bestaan indien er nog belang bij hand-

891 ABRvS 28 oktober 2015, AB 2016/32, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2015/137, m.nt. P.H.J. de Jonge.
892 Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 maart 2005, AB 2005/170, m.nt. A.B. Blomberg.

having bestaat. Dat lijkt mij ook een rechtvaardige uitkomst. De derde heeft belang bij handhaving en bij het beëindigen van de overtreding. Daar is ook het invorderingsverzoek voor in het leven geroepen door de wetgever. Maar nadat de overtreding is beëindigd heeft hij naar mijn mening onvoldoende belang bij het daadwerkelijk betalen van de dwangsom door de overtreder aan de overheid om te rechtvaardigen dat hij een rechtsmiddel zou moeten kunnen aanwenden. In het bijzonder wijs ik erop dat het belang van de derde (het waarborgen van de effectiviteit van het handhavingsmiddel / het afstraffen van een overtreder) zich na beëindiging van de overtreding niet onderscheidt van het belang van een willekeurige andere derde.

Dit heeft wel tot gevolg dat de norm dat verbeurde dwangsommen moeten worden ingevorderd (de zogenaamde 'beginselplicht tot invordering') in gevallen waarbij de overtreding alsnog wordt beëindigd vóór het toetsingsmoment (lees: het moment van het besluit of de uitspraak) slechts beperkt afdwingbaar is bij de bestuursrechter. Als de derde namelijk geen belang meer heeft dan is invordering niet langer door hem afdwingbaar. Het bestuursorgaan kan er dan voor kiezen om toch niet in te vorderen. Aangezien de overtreder de invordering zelf niet zal gaan afdwingen, wordt daarmee de invordering effectief belet. Hoewel het mij niet onredelijk lijkt dat het bestuursorgaan enige ruimte heeft om af te zien van invordering indien de overtreding alsnog is beëindigd, staat dit feit wel op gespannen voet met de beginselplicht tot invordering en het belang van het borgen van de effectiviteit van de handhaving. Er bestaat dan ook het gevaar dat (met de medewerking van het bestuursorgaan) de overtreding wordt voortgezet tot op het allerlaatste moment – net voor de zitting bij de hoger beroepsrechter – waarna de overtreding wordt beëindigd. Ter zitting blijkt dan dat er geen overtreding meer is en dat de derde-belanghebbende dus geen procesbelang meer heeft. Uiteindelijk heeft dit tot gevolg dat er geen dwangsom wordt ingevorderd. Hoewel dit door de derde-belanghebbende als frustrerend en onrechtvaardig kan worden ervaren, doet dit niet af aan het feit dat zijn te respecteren doel (en daarmee zijn belang) bij de procedure – het beëindigen van de overtreding waar hij hinder van ondervindt – is bereikt.

11.2.2 Bij het kostenverhaal

Anders dan bij de invordering van dwangsommen, is het kostenverhaal bij bestuursdwang niet de enige effectuering van het sanctiebesluit. Bij bestuursdwang is de daadwerkelijke uitvoering van de bestuursdwang de primaire effectuering en is het kostenverhaal een secundaire effectuering met als doel het verhalen van de gemaakte kosten op de overtreder. Het kostenverhaal dient aldus niet om de overtreding op te heffen, maar om de overtreder voor de kosten te laten opdraaien. Dit betekent echter niet dat de hoofdregel voor de vraag of iemand derde-belanghebbende is bij de invordering van dwangsommen ('alleen belang bij invordering als er nog belang is bij handhaving') niet toepasbaar is bij het kostenverhaal bij bestuursdwang. In tegendeel, ik meen dat die hoofdregel ook bij kostenverhaal van toepassing is. Het resultaat van die toets zal

naar mijn mening altijd moeten zijn dat er geen belang bij handhaving meer bestaat, zodat er geen belang bij kostenverhaal kan bestaan. Dit licht ik nader toe. Kostenverhaal volgt op de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang. Slechts de noodzakelijke, redelijke, daadwerkelijk gemaakte kosten van de toepassing van bestuursdwang kunnen worden verhaald op de overtreder (zie hoofdstuk 3). Voor kostenverhaal is dus vereist dat de bestuursdwang is geëffectueerd. De bestuursdwang zal – als het goed is – de daadwerkelijke overtreding waar de last onder bestuursdwang op ziet opheffen. Dit betekent dat tegen de tijd dat er kosten worden verhaald de overtreding reeds zal zijn beëindigd. Toepassing van de eerder genoemde hoofdregel ('het belang bij effectuering volgt het belang bij handhaven') zal daarom mijns inziens altijd moeten leiden tot de conclusie dat er bij kostenverhaal geen derde-belanghebbende (met een aan de overtreder tegengesteld belang) kan zijn omdat er geen derden zijn die nog een belang kunnen hebben bij handhaving.

Het voorgaande verklaart ook de keuze van de wetgever om wel te voorzien in de mogelijkheid voor de derde om een zogenaamde 'toepassingsbeschikking' te vragen op grond van artikel 5:31a, lid 1, Awb (strekkende tot het daadwerkelijk toepassen van bestuursdwang),[893] maar om niet expliciet te voorzien in de mogelijkheid voor de derde om een kostenverhaalsbeschikking te vragen. Het is immers niet voorstelbaar dat een derde (let wel: met een tegengesteld belang tot de overtreder) daadwerkelijk belang heeft bij een kostenverhaalsbeschikking. Overigens stellen Michiels, Blomberg en Jurgens dat de derde-belanghebbende "*ook de kostenverhaalsbeschikking* [kan] *aanvechten, maar dat is voor* [hem] *niet van belang*".[894] Deze stelling onderschrijf ik niet. Het feit dat de derde geen belang kan hebben bij de kostenverhaalsbeschikking leidt tot de conclusie dat de derde geen belanghebbende is en aldus niet-ontvankelijk is in een eventueel bezwaar en/of beroep tegen die beschikking. Hij zal die beschikking dus niet aan kunnen vechten.

Gelet op het voorgaande is het ook niet verwonderlijk dat het in de praktijk niet voorkomt dat een derde-belanghebbende zich roert in het kader van het kostenverhaal bij bestuursdwang: die zijn er immers niet. Voorbeelden in de jurisprudentie of anderszins waarin een derde met een tot de overtreder tegengesteld belang zich meldt in het kader van kostenverhaal zijn mij verder ook niet bekend.

11.2.3 Bij het terugvorderen van subsidies

Bij het intrekken en terugvorderen van subsidies komt het voor dat er derde-belanghebbenden zijn met een tot de overtreder tegengesteld belang die verzoeken

893 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 103.

894 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 326 (voetnoot 71).

om intrekking en terugvordering van een subsidie.[895] Dat valt te verklaren op basis van het feit dat dergelijke belanghebbenden vaak concurrenten zijn van de overtreder en een economisch belang hebben bij het daadwerkelijk terugvorderen door de overheid van de ten onrechte aan de overtreder betaalde subsidies. De mij bekende voorbeelden van dit soort gevallen in de gepubliceerde jurisprudentie zijn echter op één hand te tellen: zo vaak komt het dus niet voor. Relatief gezien komt het (veel) vaker voor dat de concurrent derde-belanghebbende tracht om de oorspronkelijke subsidieverlening te voorkomen, maar ook deze beroepen zijn als zeldzaam te kwalificeren volgens Den Ouden, Jacobs en Verheij.[896]

De derde-belanghebbenden in het subsidierecht kunnen in twee categorieën worden verdeeld. Ten eerste de derde-belanghebbenden die geen concurrent zijn van de subsidieontvanger, maar belang menen te hebben bij intrekking van de subsidie zodat zij zelf in aanmerking kunnen komen voor subsidiëring uit dezelfde pot. Ten tweede de derde-belanghebbenden die concurrent van de subsidieontvanger zijn en menen dat zij door de subsidieverstrekking aan de concurrent worden benadeeld vanuit het perspectief van (vermeende) concurrentie vervalsing.

De eerste categorie derde-belanghebbenden (de 'Holland Opera'[897] derde-belanghebbenden) zal ik hier verder buiten beschouwing laten. De reden daarvoor is dat deze derde-belanghebbenden bij handhaving en terugvordering geen belang kunnen hebben. Dit komt ten eerste omdat het belang van dit soort derde-belanghebbende de strekking heeft dat hij belang heeft bij intrekking van de subsidie omdat hij zonder die intrekking niet uit dezelfde subsidiepot kan worden gefinancierd. Sinds de Holland Opera uitspraak van de Afdeling, is duidelijk dat deze derde-belanghebbende niet hoeft te bewerkstelligen dat de andere subsidieverleningen worden ingetrokken, omdat een redelijke wetsuitleg van artikel 4:25, lid 3, Awb volgens de Afdeling met zich mee brengt dat een subsidieplafond de Holland Opera derde-belanghebbende niet kan worden tegengeworpen. Ten tweede omdat bij de intrekking als sanctie (handhaving) er een subsidievoorwaarde niet wordt nageleefd. Een derde die geen concurrent is heeft geen belang bij handhavend optreden omdat hij geen hinder van de overtreding ondervindt. De Holland Opera derde-belanghebbende opereert immers niet in dezelfde markt als de ontvanger van de subsidie zodat hij niet wordt geraakt in zijn concurrentiebelang.[898]

895 Zie voor de twee mij bekende gevallen: ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2054 en ABRvS 4 mei 2011, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden.

896 W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, Subsidierecht, (Deventer, 2011), p. 203.

897 ABRvS 15 juli 2015, m.nt. W. Den Ouden.

898 Zie voor een uitgebreide beschouwing van de positie van de Holland Opera derde-belanghebbende en kritiek op de lijn van de Afdeling: E.M.J. Hardy, 'De kunst van het subsidiëren', JBplus 2016/1.

De tweede categorie derde-belanghebbenden is de concurrent-belanghebbende. Ten aanzien van deze groep derde-belanghebbenden gelden de algemene bestuursrechtelijke regels voor concurrent-belanghebbendheid. De Afdeling overweegt daaromtrent dat een derde belang kan hebben bij een besluit tot intrekking en terugvordering van subsidie:

> *"2.3.3. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 28 november 2007 in zaak nr. 200704307/1 wordt overwogen dat een derde op grond van zijn concurrentiepositie kan worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit als hier aan de orde is, indien de subsidie waarvan de terugvordering wordt verzocht strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is."*[899]

De kanttekening die hierbij kan worden geplaatst is dat indien de subsidie een ondergeschikt deel is van het te subsidiëren project, geen belang aanwezig wordt geacht.[900] Derden die nog niet actief zijn in dezelfde markt als de subsidieontvanger, maar wel concrete plannen daarvoor hebben, kunnen wel als belanghebbenden worden aangemerkt. Vereist daarvoor is dat zij "*concrete plannen hebben en zijn begonnen met de uitvoering daarvan*" om actief te worden op dezelfde markt.[901] De ABRvS toetst de mate van invloed van de subsidieverlening op de relevante markt zeer marginaal. Hardy concludeert dan ook: "[r]*ichten concurrenten zich op dezelfde afzetmarkt, dan staat* [voor de ABRvS] *vast dat die markt wordt beïnvloed door subsidieverlening aan een van hen.*"[902] De begrenzing van de afzetmarkt lijkt eveneens vrij grof te worden getoetst door de Afdeling, aldus Wieland, die concludeert dat "*in de jurisprudentie vaak in algemene termen wordt beoordeeld of sprake is van hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied*", in tegenstelling tot het mededingingsrecht waar de marktafbakening vrij nauwgezet wordt beoordeeld.[903] Dat verschil laat zich volgens Wieland verklaren "*door de context waarbinnen de markt wordt afgebakend*".[904] Bij het algemene bestuursrecht is dat een formele context waarbij de toegang tot de rechter aan de orde is, terwijl het bij het mededingingsrecht een materiële context is waarbij de mogelijke effecten van een fusie (of kartel) op een bepaalde markt in kaart moeten worden gebracht.[905] Het gaat te ver om in het kader van dit proefschrift de toetsing van de afzetmarkt en de mate van

899 ABRvS 4 mei 2011, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden.
900 ABRvS 28 november 2007, AB 2008/73, m.nt K.F. Bolt.
901 ABRvS 13 april 2011, AB 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf.
902 E.M.J. Hardy, 'De kunst van het subsidiëren', JBplus 2016/1, onder 3.2.
903 J. Wieland, 'De concurrent in het bestuursrecht, de relevante markt ruim afgebakend', NTB 2013/17, onder 2.4.
904 Ibid, onder 4.
905 Ibidem.

invloed op de markt door de subsidiëring te beoordelen. Ik volsta hier daarom met de constatering dat de ABRvS geen hoge drempel lijkt op te werpen: is het enigszins aannemelijk dat iemand concurrent is of zal worden op ongeveer dezelfde afzetmarkt, dan wordt belanghebbendheid vrij snel aangenomen.
Hoewel daarvoor geen expliciete wettelijke grondslag bestaat (in tegenstelling tot bij de invordering van dwangsommen), kunnen derde-belanghebbenden met een tegengesteld belang het bestuursorgaan verzoeken om intrekking en terugvordering van een subsidie.[906] De hoofdregel voor derde-belanghebbendheid bij invordering van dwangsommen (en bij kostenverhaal) – dat er geen belang bij in- of terugvordering bestaat zonder belang bij handhaving – gaat naar mijn mening ook op bij de terugvordering van subsidies. Naar de aard van de zaak heeft een derde-belanghebbende naar mijn mening belang bij het terugvorderingsbesluit tot aan het moment waarop de overtreder het gehele ten onrechte betaalde subsidiebedrag aan het bestuursorgaan heeft terugbetaald. Pas als het bedrag is terugbetaald is de overtreding hersteld en vervalt dus het belang bij handhaving. Anders dan bij dwangsommen is in de jurisprudentie en de literatuur geen discussie omtrent de vraag of het (proces) belang van de derde-belanghebbende op enig moment vervalt. Dat valt volgens mij te verklaren op grond van het feit dat zo lang de subsidie nog niet is teruggevorderd, de overtreding voortduurt zodat er nog belang bij handhaving bestaat.

Interessant om nog te signaleren is dat de effectuering van de terugvordering als sanctie een blinde vlek lijkt te zijn voor veel derde-belanghebbenden. In de gepubliceerde jurisprudentie zijn er aanzienlijk meer zaken waarbij de concurrent derde-belanghebbende opkomt tegen de vaststellingsbeschikking, dan waarbij de derde-belanghebbende vraagt om een intrekkings- en terugvorderingsbesluit.[907]
In die zaken zullen doorgaans voorschotten zijn betaald aan de subsidieontvanger. Bij gebrek aan gepubliceerde jurisprudentie waarbij de derde-belanghebbende na een succesvol appel tegen de verlenings- of vaststellingsbeschikking ook verzoekt om terugvordering, zijn er twee mogelijk conclusies. Ten eerste dat het bestuursorgaan altijd de ten onrechte verleende voorschotten terugvordert. Ten tweede dat derde-belanghebbenden geen oog hebben voor de effectuering. Ik vermoed dat de tweede conclusie de juiste is. De reden daarvoor is dat (zoals ook uit hoofdstuk 4 van dit proefschrift blijkt) er geen terugvorderingsverplichting is. Het bestuursorgaan kan er dus voor kiezen om ondanks de vernietiging van de verlenings- of vaststellingsbeschikking, de betaalde voorschotten toch niet terug te vorderen (behoudens staatsteunrechtelijke bezwaren). Het bestuursorgaan (blijkens de bereidheid om de subsidie te verlenen en over die verlening te procederen) acht de subsidiëring voorts wenselijk. De combinatie van een bestuursorgaan dat genegen is om de subsidie-

906 ABRvS 4 mei 2011, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden.
907 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 17 mei 2001, AB 2002/58, m.nt. N. Verheij, ABRvS 14 februari 2007, AB 2008/76, m.nt. N. Verheij en ABRvS 17 augustus 2011, AB 2011/316, m.nt. W. den Ouden.

ontvanger in het bezit te laten van de ten onrechte verstrekte subsidiegelden alsmede het ontbreken van een terugvorderingsverplichting, maken dat ik het niet waarschijnlijk acht dat bestuursorganen in alle gevallen altijd daadwerkelijk terugvorderen, zodat ik tot de tweede conclusie kom.
Ik wijs er in dat kader nog op dat hoewel het ontbreken van een terugvorderingsverplichting in algemene zin in het subsidierecht verdedigbaar is,[908] er gelet op het voorgaande veel valt te zeggen voor het aannemen van een terugvorderingsverplichting indien de terugvordering geschiedt in het kader van de handhaving. Niet valt immers in te zien dat de terugvordering van een (deel van een) subsidie niet zou moeten worden geëffectueerd, al is het maar omdat (in de woorden van de Afdeling over de beginselplicht tot invordering bij dwangsommen): "[e]*en andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een* [sanctie] *besluit*".[909] Dit ondersteunt mijn voorstel in hoofdstuk 7 om tot een algemene effectueringsplicht te komen.

11.2.4 Bij het terugvorderen van uitkeringen

Bij het bij wijze van sanctie terugvorderen van uitkeringen is het mijns inziens niet mogelijk dat er een derde-belanghebbende is met een tegengesteld belang tot de overtreder (die dus belang heeft bij de effectuering van de sanctie). De toetsingsmaatstaf voor de vraag of iemand belang heeft bij handhaving is immers of "*degene* [...] *werkelijk hinder of schade van die activiteit* [ondervindt]".[910] Hoewel het voorstelbaar is dat er in Nederland derden zullen zijn die zich zodanig storen aan uitkeringsfraude dat zij zich erg betrokken voelen bij de terugvordering, is het niet goed voorstelbaar dat er een derde-belanghebbende is die werkelijk hinder of schade ondervindt van het door de overheid ten onrechte betalen van een uitkering. Bij gebrek aan derde-belanghebbenden blijft de terugvordering van uitkeringen in dit hoofdstuk daarom ook verder buiten beschouwing.

11.2.5 Bij het invorderen van een bestuurlijke boete

Het is niet ongebruikelijk dat er bij de oplegging van een bestuurlijke boete derde-belanghebbenden zijn met een aan de overtreder tegengesteld belang. Er zijn ook daadwerkelijk gevallen bekend waarbij derden hebben verzocht om handhaving in de vorm van het opleggen van een bestuurlijke boete.[911] Gevallen waarbij echter ook

908 Zie daarvoor F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 144 en W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, Subsidierecht, (Deventer, 2011), p. 102.

909 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2186.

910 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 151.

911 ABRvS 6 oktober 2016, AB 2017/22, m.nt. R. Stijnen en ABRvS 6 oktober 2016, AB 2017/23, m.nt. R. Stijnen, betreffende respectievelijk een werknemer en een vakbond die om handhavend optreden jegens een bedrijf in de Rotterdamse haven verzochten.

om daadwerkelijke effectuering van een bestuurlijke boete is verzocht zijn mij echter niet bekend in de rechtspraak of literatuur. Ik verwijs in dit kader naar hoofdstuk 6 van dit proefschrift, waarin ik concludeer dat de bestuurlijke boete vanwege het geïntegreerde karakter van de oplegging en de invordering zodanig verschilt dat geschillen omtrent de effectuering zich vermoedelijk nooit voor doen. Het gevolg daarvan is dat de bestuurlijke boete niet goed vergelijkbaar is met de overige bestuurlijke geldelijke sancties. Om dezelfde reden blijft de vraag wie er derde-belanghebbend is bij de daadwerkelijke invordering van een bestuurlijke boete hier verder buiten beschouwing.

11.3 Het afdwingen van een in- of terugvorderingsbesluit[912]

Eenmaal gekwalificeerd als derde-belanghebbende en nadat de oplegging van een bestuurlijke geldelijke sanctie door het bestuursorgaan is afgedwongen, zal een derde zich (nogmaals) tot het bestuursorgaan moeten wenden met het verzoek om een besluit te nemen ertoe strekkende de sanctie daadwerkelijk te effectueren. Gelet op hetgeen ik heb toegelicht in het vorige onderdeel zal slechts het besluit tot invordering van dwangsommen en het besluit tot het bij wijze van sanctie terugvorderen van een subsidie aan de orde komen.

11.3.1 Het afdwingen van een invorderingsbeschikking

Voor het besluit tot invordering van een dwangsom heeft de derde-belanghebbende sinds de invoering van de vierde tranche van de Awb de mogelijkheid om het bestuursorgaan te verzoeken om te beslissen om tot invordering over te gaan op grond van artikel 5:37, lid 2, Awb.[913] Voor de invoering van de vierde tranche was er weliswaar een (beginsel)plicht voor het bestuursorgaan om verbeurde dwangsommen in te vorderen, maar was deze plicht niet (bestuursrechtelijk) afdwingbaar.[914] Besloot het bestuursorgaan dus om de dwangsom niet in te vorderen, dan stond de derde met lege handen. Met de invoering van het verzoek tot invordering en daarmee het door de derde expliciet afdwingbaar maken van de invorderingsbeschikking, hoopte de wetgever dat de derde "*het bestuur* [...] *tot daadwerkelijk optreden* [zou kunnen] *bewegen*."[915] Op grond van artikel 5:37, lid 2, Awb geeft een bestuursorgaan een beschikking omtrent de invordering van de dwangsom indien een belanghebbende daarom verzoekt. Het bestuursorgaan moet ingevolge lid 3 binnen vier weken beslissen op het verzoek. Tegen het niet (tijdig) beslissen op dit verzoek staat beroep open bij de rechtbank en is het middel van de dwangsom bij niet tijdig

912 Dit deel van het proefschrift verscheen eerder (deels) in artikelvorm als T.N. Sanders, 'De derdebelanghebbende bij de invordering van een dwangsom: op zoek naar een nieuwe balans', NTB 2015/8.

913 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr.3, p. 101.

914 ABRvS 10 januari 1995 AB 1995/516 m.nt. F.C.M.A. Michiels, Vzr. ABRvS 25 april 1996 nr. F03.96.0289 en Gerechtshof Leeuwarden 27 februari 2002 JB 2002/136.

915 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr.3, p. 116.

beslissen beschikbaar. Het afdwingen van een invorderingsbeschikking waarin wordt besloten om over te gaan tot invordering is dus – mits de dwangsom daadwerkelijk is verbeurd en dit goed aan te tonen is – zeer goed afdwingbaar door de derde-belanghebbende.

Dat de overtreder de dwangsom heeft verbeurd door de last te overtreden moet uiteraard wel bewezen worden. Dat is bij uitstek een taak voor het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan levert het bewijs dat de last is overtreden vaak in een zogenaamde feitenvaststelling, waarin een toezichthouder op ambtseed verklaart bepaalde zaken te hebben waargenomen waaruit blijkt dat de last is overtreden. Een dergelijke feitenvaststelling dient aan door de ABRvS geformuleerde voorwaarden te voldoen (zie hoofdstuk 2.5).[916] In beginsel staat de overtreding vast indien de feitenvaststelling aan deze voorwaarden voldoet en uit de feitenvaststelling volgt dat de last is overtreden. Het kan echter gebeuren dat een bestuursorgaan geen controles uitvoert of geen feitenvaststelling opstelt. Dat kan moedwillig gebeuren, of het kan gewoon aan de aandacht van het bestuursorgaan ontsnappen. Dat heeft de consequentie dat in beginsel niet vaststaat dat de last is overtreden. Wat kan de derde-belanghebbende in dat geval ondernemen om aan te tonen dat er sprake is van een overtreding van de last?

De derde-belanghebbende kan ten eerste feitelijke controles door het bestuursorgaan bestuursrechtelijk afdwingen ondanks dat er geen apart bestuursrechtelijk middel bestaat daartoe. In de procedure waarbij de derde-belanghebbende opkomt tegen de afwijzing van het verzoek tot invordering zal de bestuursrechter uiteraard kritisch zijn indien het bestuursorgaan het verzoek heeft afgewezen zonder enige feitelijke controle te hebben uitgevoerd of de last al dan niet is overtreden. Het afwijzen van het verzoek zonder enig onderzoek lijkt mij ook in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel – reeds op deze wijze zou het mogelijk moeten zijn om de controle af te dwingen. Ten tweede lijkt het mij dat het theoretisch mogelijk is om de civiele rechter te adiëren om feitelijke controles af te dwingen. Dat lijkt mij echter een dure en omslachtige oplossing. Een derde mogelijkheid is dat de derde zelf bewijs kan leveren. De uitdaging voor de derde-belanghebbende in dat verband is echter dat een verklaring van hemzelf omtrent zijn eigen waarnemingen in beginsel geen bijzondere bewijskracht toekomt. Dat is anders bij een feitenvaststelling. Dat is immers een op ambtseed opgesteld stuk. Daarvan mag men in beginsel van de juistheid uitgaan.[917] Het gebrek aan bewijskracht van de verklaring van de derde kan

916 Zie ABRvS 13 juni 2012, JM 2012/103, m.nt. T.N. Sanders.

917 Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1836, "[...] *het college* [mag] *in beginsel uitgaan van de juistheid van een op ambtseed dan wel ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal. Dat geldt evenzeer voor de rechter, tenzij de wederpartij tegenbewijs heeft geleverd dat noopt tot afwijking van dit uitgangspunt*."

ertoe leiden dat de derde, die (bijvoorbeeld) poogt tezamen met andere buurtbewoners aan te tonen dat een inrichting ook buiten de vergunde tijden in werking is (en daarmee de opgelegde last overtreedt), met zijn eigen verklaring en e-mails van andere buurtbewoners dat zij hetzelfde hebben geconstateerd niet ver komt.[918] Bewijs van de derde lijkt dan ook stuk te lopen op het feit dat de ontkenning van de overtreder (dan wel het bestuursorgaan) evenveel kracht heeft als bewijsmiddel,[919] behalve als het bewijs van de derde eveneens een op ambtseed opgemaakt stuk betreft (bijvoorbeeld een proces-verbaal van een politieambtenaar[920] of een deurwaarder[921]). Een andere mogelijkheid is om een deskundige in te schakelen die een rapport opstelt omtrent waarom er sprake is van een overtreding.[922] Uiteraard brengt het inschakelen van een deskundige of een deurwaarder kosten met zich mee, dus zal niet iedere derde-belanghebbende daartoe in staat zijn. Van belang is echter dat hoewel het voor de derde-belanghebbende niet ideaal is als het bestuursorgaan zelf niet controleert – hij wel in staat is om zelf bewijs te leveren dat de last is overtreden. In bepaalde gevallen zal een feitenvaststelling door het bestuursorgaan echter de enige mogelijkheid zijn voor de derde-belanghebbende om een overtreding vast te stellen. Dat is het geval indien de last zo is geformuleerd dat er pas sprake is van een overtreding als er *tijdens een controle door het bestuursorgaan* blijkt dat aan bepaalde voorschriften of eisen niet wordt voldaan.[923] Een op deze wijze geformuleerd last moet een derde-belanghebbende dan ook proberen te voorkomen door reeds bij de oplegging van de last onder dwangsom hiertegen te ageren. Uit het voorgaande concludeer ik echter dat indien het bestuursorgaan niet – of onvoldoende – inspanningen verricht om vast te stellen dat de last wordt (dan wel is) overtreden, de derde voldoende mogelijkheden heeft om zelf het bewijs van de overtreding te leveren.

11.3.2 Het afdwingen van een terugvorderingsbesluit bij subsidies

In tegenstelling tot bij de invordering van dwangsommen heeft de derde-belanghebbende bij subsidies geen expliciete wettelijke mogelijkheid om het bestuursorgaan om terugvordering te verzoeken. Dat heeft de derde-belanghebbende tot dusver echter niet belet om het toch te doen. Blijkens de jurisprudentie acht de bestuursrechter het ook gewoon mogelijk. Als derde-belanghebbende bij terugvordering heeft de derde immers een belang bij het besluit tot terugvordering op grond van artikel

918 ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:115.

919 Ibidem.

920 Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7936.

921 Als bedoeld in artikel 20, lid 3, onder e, Gerechtsdeurwaarderswet – "het opmaken van een schriftelijke verklaring betreffende door de gerechtsdeurwaarder persoonlijk waargenomen feiten van stoffelijke aard;"

922 Zie voor een – overigens onsuccesvol – voorbeeld: Vzr. Rb. Breda 6 december 2012, ECLI:NLRBBRE:2012:BY5330.

923 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 26 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8309.

4:57, lid 1, Awb, dan wel artikel 4:95 Awb. Het verzoek om een dergelijk besluit te nemen is dan ook een aanvraag als bedoeld in artikel 1:3, lid 3, Awb. Gelet hierop heeft de derde-belanghebbende bij subsidies een aan artikel 5:37, lid 2, Awb gelijkwaardige mogelijkheid om het bestuursorgaan te vragen om te besluiten tot terugvordering (en bij weigering is er ook een rechtsingang bij de bestuursrechter). Terzijde merk ik op dat dit bij mij de vraag oproept of artikel 5:37, lid 2, Awb wel bestaansrecht heeft – immers, via dezelfde redenering als de bestuursrechter toepast bij artikel 4:57, lid 1, Awb en 4:95 Awb besluiten is een derde-belanghebbende ook als aanvrager van een besluit tot invordering ex artikel 5:37, lid 1, Awb te kwalificeren. De enige meerwaarde van artikel 5:37, lid 2, Awb is volgens mij dan ook gelegen in het feit dat met die bepaling de mogelijkheid van de (derde-)belanghebbende om het bestuursorgaan te vragen om een invorderingsbeschikking te nemen volledig buiten twijfel wordt gesteld.

11.4 Het afdwingen van daadwerkelijke invordering

Is het besluit tot in- of terugvordering eenmaal onherroepelijk dan zal het bestuursorgaan over moeten gaan tot daadwerkelijke invordering via een dwangbevel of een dagvaarding. Het is echter mogelijk dat het bestuursorgaan een positief in- of terugvorderingsbesluit neemt (waarin het bestuursorgaan besluit om de sanctie te effectueren), maar vervolgens niet daadwerkelijk over gaat tot invordering. Ook al heeft het bestuursorgaan in dat geval de gewenste beschikking gegeven, toch staat de derde-belanghebbende dan met lege handen. Er is mij geen jurisprudentie van een dergelijke casus bekend. Het probleem heeft dus wellicht een theoretisch karakter. Anderzijds is het zo dat het uitvaardigen van een dwangbevel en de daadwerkelijke invordering door het bestuursorgaan zich volledig onttrekt aan het zicht van de derde-belanghebbende. Het is dus goed denkbaar dat bestuursorganen niet daadwerkelijk invorderen maar dat de derde daar niet van op de hoogte is en dus geen stappen onderneemt. Dat is onderdeel van een breder probleem, namelijk dat (zoals ook uit de evaluatie van de geldschuldenregeling blijkt) daadwerkelijke invordering nog steeds door bestuursorganen wordt gepercipieerd als iets 'tussen het bestuursorgaan en de overtreder' waar de derde-belanghebbende weinig mee te maken heeft (en er dus ook niet over hoeft te worden geïnformeerd).[924] Er echter van uitgaande dat de derde-belanghebbende wel op de hoogte is van het niet daadwerkelijk invorderen (bijvoorbeeld via informatieverzoeken): hoe kan de derde dan daadwerkelijke invordering afdwingen?

Er lijken twee oplossingen te zijn. De eerste bestuursrechtelijk, de tweede civielrechtelijk. De eerste oplossing is voorgesteld door Blomberg, die reeds voor de invoering

924 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 115.

van de vierde tranche het gebrek aan een (goede) mogelijkheid om daadwerkelijke effectuering af te dwingen signaleerde. Zij merkt op: "[v]*oor derden rest in zo'n geval geen andere optie dan bezwaar of beroep in te stellen tegen de impliciete of fictieve intrekking van de effectueringsbeschikking.*"[925] De redenering hierachter lijkt te zijn dat indien een bestuursorgaan weigert uitvoering te geven aan een rechtens onaantastbaar besluit (tot invordering), daarmee het besluit feitelijk wordt ingetrokken. In een dergelijk geval kan dan uitgegaan worden van de fictie dat het besluit wordt ingetrokken. Daarmee staat een bestuursrechtelijke rechtsingang open. Vooropgesteld is dit een enigszins verwrongen oplossing. Er is namelijk geen besluit, dus moet er door middel van een fictie toch een soort besluit worden gecreëerd, anders is er immers geen rechtsbescherming bij de bestuursrechter mogelijk (een 'strategisch besluit' dus). Het strategisch besluit wringt, maar omdat in het huidig bestuursrecht de vraag of er sprake is van een besluit nu eenmaal bepalend is voor de vraag of het geschil aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd, dient een dergelijke verwrongen redenering te worden gebruikt om toch toegang tot de bestuursrechter te krijgen.[926] Mij is overigens geen voorbeeld bekend in de jurisprudentie van deze handelwijze met betrekking tot de invorderingsbeschikking. Bij handhavingsbeschikkingen in bredere zin bestaat echter wel jurisprudentie waarin de bestuursrechter de weigering om daadwerkelijk handhavend op te treden (na wel het besluit te hebben genomen om bestuursdwang toe te passen) aanmerkt als de intrekking van de eerdere handhavingsbeschikking.[927] Deze opvatting is ook door Jurgens in haar proefschrift verdedigd[928] en door Van Buuren in zijn noot bij de uitspraak van de ABRvS van 5 februari 1996.[929] Daartegenover staat een uitspraak van de voorzitter van de ABRvS die juist een andere richting op wijst, waarbij de schriftelijke weigering om aangezegde bestuursdwang te effectueren juist geen besluit was.[930] Rustig bezit is dit onderwerp dus niet. Gelet op het uitgangspunt dat een bestuursorgaan uitvoering moet geven aan zijn besluiten lijkt het mij echter in ieder geval niet uitgesloten dat

925 A.B. Blomberg, 'De gevolgen van de Vierde tranche Awb voor de handhavingspraktijk', BR 2005/845.

926 Van Ommeren, Huisman, Van de Veen en De Graaf waren het in hun preadviezen voor de VAR-vergadering van 2013 (F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, Het besluit voorbij, VAR pre-adviezen 2013, Den Haag 2013) niet voor niets met elkaar eens dat het besluitbegrip niet langer als enige rechtsingang zou moeten dienen. Het besluitbegrip is te beperkt. De preadviseurs bieden diverse oplossingen aan. Ik kan mij in het bijzonder vinden in het preadvies van De Graaf, inhoudende dat er een soort 'allgemeine Leistungsklage' (een actie naar Duits recht waarbij het bestuur kan worden verplicht tot een andere prestatie dan het nemen van een besluit) zou moeten worden geïntroduceerd (p.300 van het preadvies). Dat zou het verwrongen karakter van de fictieve intrekking onnodig maken. Zo ver zijn wij echter helaas nog niet.

927 Zie: ABRvS 5 februari 1996, AB 1996/311, m.nt. P.J.J. van Buuren, ARRvS 22 mei 1984, AB 1985/153.

928 G.T.J.M. Jurgens, Bestuurlijk gedogen, (diss.), (Zwolle, 1996), p. 99–100.

929 ABRvS 5 februari 1996, AB 1996/311, m.nt. P.J.J. van Buuren.

930 Vzr. ABRvS 23 jan. 1995, KG 1995, nr. 164.

de bestuursrechter de 'fictieve intrekking' toepast. Vanuit de wens van de wetgever om (bij dwangsommen – maar vermoedelijk ook bij subsidies) geschillen omtrent de in- of terugvordering zo veel mogelijk bij de bestuursrechter te houden lijkt het mij voorts ook wenselijk dat de bestuursrechter dit daadwerkelijk doet.

De tweede mogelijke oplossing is dat de derde-belanghebbende zich tot de civiele rechter wendt. Als er immers geen appellabel besluit is, is de civiele rechter als restrechter bevoegd. Onder het oude recht heeft de ABRvS ook geoordeeld dat indien de derde-belanghebbende van mening was dat het niet daadwerkelijk invorderen (het niet uitvaardigen van een dwangbevel) onrechtmatig was jegens hem, hij zich tot de civiele rechter kon wenden.[931] Michiels, Blomberg en Jurgens lijken te betogen dat dit het enige alternatief is, nu het (niet) uitvoeren van het in- of terugvorderingsbesluit een feitelijke handeling (een nalaten) is. Daarbij tekenen ze aan dat "[o]*rganen zullen in het algemeen een door een derde bij de rechter afgedwongen invorderingsbeschikking wel ten uitvoer leggen, om de rechter niet te bruskeren, maar wellicht ook omdat ze bij invordering een eigen financieel belang hebben*."[932]

Hoe dan ook, er lijken dus twee (alternatieve) rechtsmiddelen te bestaan voor het geval dat het bestuursorgaan geen uitvoering geeft aan het besluit om in- of terug te vorderen. Mede gelet op het gesignaleerde mogelijk theoretische karakter van het probleem acht ik dat voldoende om de feitelijke effectuering zo nodig af te kunnen dwingen.

11.5 De verjaring en de derde-belanghebbende

Tijdens de in- of terugvordering lopen de verjaringstermijnen gewoon door. Dit betekent dat de derde-belanghebbende ook oog moet hebben voor de verjaring en dat hij – zo nodig – moet ingrijpen. Dit blijkt een knelpunt te zijn omdat de derde-belanghebbende daartoe geen middel heeft gekregen van de wetgever. De derde-belanghebbende kan de verjaring ogenschijnlijk niet voorkomen en dat acht ik geen evenredige uitkomst. Dit punt voldoet dus niet aan mijn toetsingscriterium 'evenredig' (zie onderdeel 1.2). Het probleem doet zich in de praktijk voornamelijk voor bij de invordering van dwangsommen (gelet op de korte verjaringstermijn van één jaar ex artikel 5:35 Awb), maar kan zich blijkens de jurisprudentie ook voordoen bij de terugvordering van subsidies. Hierna ga ik eerst in op de verjaring en de derde-belanghebbende bij de invordering van dwangsommen en vervolgens ga ik in op de verjaring en de derdebelanghebbende bij de terugvordering van subsidies.

931 Vzr. ABRvS 10 januari 1995, AB 1995/516, m.nt. F.C.M.A. Michiels, Vzr. AGvB 7 februari 1992, AB 1992/267, m.nt. F.C.M.A. Michiels en Vzr. ABRvS 25 april 1996, nr. F03.96.0289.

932 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht, (Deventer, 2016), p. 325.

11.5.1 De verjaring en de derde-belanghebbende bij dwangsommen

Wordt een last onder dwangsom overtreden, dan heeft de overtreder de dwangsom verbeurd en is hij de dwangsom verschuldigd (artikel 5:33 Awb). Op dat moment begint de verjaring van de invorderingsbevoegdheid van rechtswege te lopen en na een jaar is deze voltooid (artikel 5:35 Awb). Net zoals in het civiele recht kan de verjaring (tijdelijk) worden voorkomen door de crediteur (het bestuursorgaan). Er zijn daartoe twee mogelijkheden. Het verlengen van de verjaring en het stuiten van de verjaring. Kortheidshalve verwijs ik hiervoor naar hoofdstuk 10.

De derde-belanghebbende heeft bij de verjaring van de invordering ingevolge de Awb eigenlijk geen rol. Dat is in beginsel ook niet nodig, omdat het bestuursorgaan middelen heeft om de verjaring te voorkomen en dat in de regel zelf ook zal willen doen. Maar wat als het bestuursorgaan de verjaring niet wil voorkomen? Bij het nemen van een (afwijzende) invorderingsbeschikking naar aanleiding van een verzoek tot invordering van de derde-belanghebbende zal de verjaring van de invorderingsbevoegdheid gedurende het bezwaar en beroep gewoon door blijven lopen. Goed denkbaar is dat een derde-belanghebbende hier niets tegen onderneemt en dat het bestuursorgaan de invordering laat verjaren tijdens de bezwaar- dan wel beroepsprocedure. In deze gevallen zal de derde-belanghebbende zich dus dienen te roeren om de verjaring van de bevoegdheid tot invordering te voorkomen. Maar de derde-belanghebbende kan zelf geen stuitingshandelingen (of verlengingshandelingen) verrichten, die zijn immers voorbehouden aan het bestuursorgaan. Op de één of andere manier zal de derde-belanghebbende dus het bestuursorgaan moeten bewegen om over te gaan tot het stuiten of verlengen van de verjaring.

Wat kan de derde-belanghebbende hiertegen ondernemen? De stuiting van de verjaring of het verlenen van uitstel van betaling lijkt mij een rechtshandeling,[933] maar hoe kan de derde-belanghebbende deze rechtshandeling afdwingen en bij welke rechter? De ABRvS instrueert in een uitspraak van 24 december 2013 de derde-belanghebbende wat te doen indien het bestuursorgaan de verjaring van de dwangsom niet tijdig stuit of verlengt.[934] De ABRvS overweegt dat **"***degene die in bezwaar en beroep opkomt tegen de weigering om tot invordering over te gaan* [kan het bestuursorgaan] *in verband hiermee* [...] *verzoeken de verjaringstermijn te stuiten of de verjaringstermijn te verlengen door uitstel van betaling te verlenen, en* [kan] *bij afwijzing van dit verzoek de bevoegde rechter* [...] *verzoeken om een voorlopige voorziening te treffen tot verlenging van de verjaringstermijn of om het college op te dragen de verjaringstermijn te stuiten*." Bij mijn annotatie bij deze uitspraak was ik kritisch ten aanzien van de door de ABRvS gekozen bewoordingen. Zo was mijns

933 Zie artikel 3:317 BW en M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 109, voetnoot 86.

934 ABRvS 24 december 2013, AB 2014/57, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2014/24, m.nt. C.J. IJdema.

inziens niet duidelijk of de ABRvS *zelf* uitstel van betaling zou verlenen, of met 'de bevoegde rechter' de bestuursrechter werd bedoeld. Later bleek dat de ABRvS (en andere bestuursrechters) inderdaad bedoelde dat de voorzieningenrechter zelf uitstel van betaling zou verlenen en dat de bestuursrechter de bevoegde rechter was.[935] De keuze om de voorzieningenrechter zelf uitstel van betaling te laten verlenen is weliswaar praktisch, maar mijn inziens een nodeloze afwijking van het stelsel in het civiele recht (de schuldeiser moet de handeling verrichten) en het bestuursrecht (de bestuursrechter draagt het bestuursorgaan op om een bepaald besluit te nemen). Daarnaast is voor het oordeel dat de bestuursrechter zelf uitstel van betaling kan verlenen geen wettelijke grondslag.[936] Hoe dan ook, thans kan de derde-belanghebbende een verzoek indienen bij het bestuursorgaan om de verjaringstermijn te stuiten of te verlegen. Bij gebreke aan een tijdige of positieve beslissing op het verzoek door het bestuursorgaan (of als de verjaring aanstaande is[937]) kan de derde-belanghebbende de voorzieningenrechter verzoeken om uitstel van betaling te verlenen aan de overtreder. Hoewel omslachtig, lijkt de derde-belanghebbende – bij voldoende kennis van zaken – hiermee een middel in handen te hebben om de verjaring van de invorderingsbevoegdheid te voorkomen.

Wel signaleer ik dat er een aantal bezwaren bestaan tegen deze oplossing. Ten eerste: deze oplossing lijkt niet in het systeem van de geldschuldenregeling te passen. Immers, de aanmaning (de voornaamste stuitingshandeling) is juist expliciet van bezwaar en beroep uitgesloten door de wetgever om te voorkomen dat daar over geprocedeerd kon worden.[938] Nu merkt de ABRvS (onder meer) de beslissing van het bestuursorgaan op een verzoek om te stuiten (lees: op een verzoek om een aanmaning te sturen) als wél voor bezwaar- en beroep vatbaar. De keuze van de ABRvS om dit toch mogelijk te maken is een toepassing van de praktijk van het 'strategisch besluit' – waarbij het doel (rechtsbescherming bij de bestuursrechter) het middel (iets wat in beginsel geen appellabel besluit is toch aanmerken als zodanig) heiligt. Maar wenselijk lijkt mij dit niet. Ten tweede: de Awb bevat deze mogelijkheid niet. Een buitenwettelijke oplossing zoals deze heeft niet mijn voorkeur omdat slechts de derde-belanghebbende die een gemachtigde heeft die goed op de hoogte is van de jurisprudentie op dit vlak bekend zal zijn met deze mogelijkheid. Dat lijkt mij eveneens onwenselijk. Ten derde ligt van de twee opties de verlenging van de verjaring door het verlenen van uitstel van betaling het meest voor de hand (bij stuiting moet de derde-belanghebbende immers één keer per jaar stuiting af gaan dwingen, terwijl de invorderingsprocedure wel eens langer zou kunnen duren dan één jaar). Maar de

935 Vzr. ABRvS 29 januari 2016, AB 2016/224 m.nt. T.N. Sanders, zie ook: Rb. Limburg 13 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9287 en Rb. Gelderland 25 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6056.

936 Zie in dat verband ook de annotatie van C.J. IJdema bij deze uitspraak in Gst. 2014/24.

937 Rb. Limburg 13 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9287.

938 Artikel 8:4, lid 1, onder b, Awb.

figuur van uitstel van betaling is bedacht om de overtreder tegemoet te kunnen komen – niet om 'tegen' hem te gebruiken. Nu blijkt het mogelijk om uitstel van betaling te verlenen zonder dat de overtreder daar zelf om verzoekt. Dat heeft iets oneigenlijks.

Kortom, de ABRvS heeft een oplossing bedacht om het probleem van het gebrek aan mogelijkheden voor de derde-belanghebbende om de verjaring te voorkomen te ondervangen. Wel bestaan er enkele bezwaren tegen deze oplossing. Hoewel deze bezwaren deels theoretisch van aard zijn, meen ik dat het tweede bezwaar (dat de mogelijkheid niet aanstonds kenbaar is) een wezenlijk probleem vormt. Derde-belanghebbenden en/of hun gemachtigden zullen hier veelal niet van op de hoogte zijn omdat het niet in de Awb staat. Nu de oplossing bovendien niet in het systeem past (en dus niet zonder meer logisch is), kan slechts een gemachtigde die op de hoogte is van deze specifieke jurisprudentie de mogelijkheid benutten. Er dient naar mijn mening daarom een oplossing te worden gezocht die deze bezwaren niet kent. Hier ga ik later in dit proefschrift (onderdeel 11.6) nader op in.

11.5.2 De verjaring en de derde-belanghebbende bij subsidies

Bij de terugvordering van subsidies geldt een langere verjaringstermijn (vijf jaar ex artikel 4:57, lid 4, Awb). Dit betekent echter niet dat de verjaring (en het gebrek aan mogelijkheden om die te beletten) voor derde-belanghebbenden een louter theoretisch probleem is. In de jurisprudentie is ook daadwerkelijk een voorbeeld te vinden waarbij er een serieuze kans bestond dat de verjaring de terugvordering in de weg stond. Hoewel die casus niet ziet op de terugvordering in het kader van handhaving, meen ik dat dit niet afdoet aan de relevantie daarvan voor dit onderdeel van het proefschrift. Het betreft de zogenaamde Mosselzaad-uitspraken, een langslepende kwestie over ten onrechte verstrekte subsidies om mosselzaad banken op te zetten.

De Minister van Economische Zaken had in 2004 aan Prins & Dingemanse een subsidie verstrekt voor het realiseren van mosselzaad banken. Daartegen was een concurrent – met succes – opgekomen. Eerst tegen het oordeel dat hij geen derde-belanghebbende was[939] en vervolgens tegen de daadwerkelijke subsidieverlening. De ABRvS oordeelde op 8 juli 2009 uiteindelijk dat de Minister de subsidieaanvraag had moeten afwijzen en voorzag zelf in de zaak door de aanvraag alsnog te weigeren.[940] De subsidie was dus ten onrechte betaald. De Minister ging vervolgens over tot terugvordering en richtte dat besluit (d.d. 8 juli 2008) aan Prins & Dingemanse. Daarbij ging de Minister echter voorbij aan het feit dat Prins & Dingemanse het project tussentijds had overgedragen aan Mosselzaad Bedrijf. Daar had de Minister

939 ABRvS 14 februari 2007, AB 2008/76, m.nt. N. Verheij.
940 ABRvS 8 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1893.

bij besluit van 30 maart 2007 ook mee ingestemd. Het gevolg van deze overdracht was, aldus de ABRvS dat de Minister het subsidiebedrag (€ 508.821,-) niet bij Prins & Dingemanse kon terugvorderen, maar dat bij het Mosselzaad Bedrijf had moeten doen. Het terugvorderingsbesluit werd daarom door de ABRvS bij uitspraak van 16 oktober 2013 vernietigd.[941] In haar annotatie van de uitspraak merkt Den Ouden op dat de verjaringstermijn ex artikel 4:57, lid 4, Awb in dit geval was aangevangen op 8 juli 2008 en dat, *"rekent u zelf maar uit…"*[942] de verjaring ten tijde van de eind-uitspraak van de ABRvS vermoedelijk al was ingetreden, zodat het voor de Minister niet meer mogelijk was om alsnog bij Mosselzaad Bedrijf de subsidie terug te vorderen. Bij uitspraak van 13 oktober 2016 oordeelde het CBb echter dat de uitspraak van de Afdeling als Unierechtelijke stuitingshandeling moest worden aangemerkt, zodat de verjaring toch niet was ingetreden. Daaruit volgt echter ook dat als het een zuiver nationaalrechtelijk geschil was geweest, de verjaring wel zou zijn ingetreden.[943]

De concurrent zal het een en ander knarsetandend hebben moeten aanzien, totdat hij eindelijk ruim 12 jaar later alsnog aan het langste eind trok. Ook ten aanzien van de verjaring op voet van artikel 4:57, lid 4, Awb is er immers geen expliciete wettelijke grondslag voor een ingrijpen door de derde-belanghebbende. Ik acht het echter aannemelijk dat de bestuursrechter de uitspraak van de ABRvS van 24 december 2013[944] mutatis mutandis ook zal toepassen in andere gevallen waarbij een derde-belanghebbende dreigt te worden benadeeld door het intreden van de verjaring. Ik zie geen reden waarom de werking van die uitspraak zou moeten worden beperkt tot de invordering van dwangsommen.

Hoe dan ook: de mosselzaad casus toont mijns inziens aan dat het probleem dat de derde-belanghebbende geen middelen heeft om de verjaring te voorkomen zich ook buiten de invordering van dwangsommen (en in bredere zin: de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties) kan voordoen. Zodoende ligt het voor de hand om – als er een wettelijke regeling wordt getroffen om dit probleem op te lossen – deze niet alleen te laten zien op de invordering van dwangsommen, maar ook op andere bestuursrechtelijke geldschulden

11.6 Op weg naar een betere (rechts)positie voor de derde?

Uit het voorgaande is gebleken dat één knelpunt met betrekking tot de positie van de derde-belanghebbende bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties nadere regeling behoeft. Het betreft de mogelijkheden (of eerder het gebrek daaraan) van de derde-belanghebbende om de verjaring te voorkomen.

941 ABRvS 16 oktober 2013, AB 2013/394, m.nt. W. Den Ouden.
942 Ibidem.
943 CBb 13 oktober 2016, AB 2016/460, m.nt. J.E. van den Brink.
944 ABRvS 24 december 2013, AB 2014/57, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2014/24, m.nt. C.J. IJdema.

Het gebrek aan een mogelijkheid voor de derde-belanghebbende om de verjaring te voorkomen is onbevredigend. Het betreft een niet door de wetgever voorziene situatie die – hoewel het aantal zaken in de jurisprudentie niet duidt op een omvangrijk probleem – toch ingrijpen aan de zijde van de wetgever noodzaakt. De positie van de derde is nu namelijk, in de woorden van Kortmann en Den Ouden: "[schrijnend] *omdat* [de derde]*, ook als hij de verjaring wel ziet aankomen, geen reële middelen heeft om deze te voorkomen*."[945] Zoals geschetst (onderdeel 11.5.1.) voldoet de oplossing van de ABRvS mijns inziens niet, zowel vanuit theoretisch als vanuit praktisch oogpunt. Het is dus wenselijk dat de wetgever ingrijpt.

Bij het kiezen van (de vorm van) de ingreep zijn er een aantal belangen die tegen elkaar moeten worden afgewogen. Ten eerste is er de wens van de wetgever dat er enige spoed achter het invorderingsproces zit (bij dwangsommen).[946] Ten tweede is er de functie van de figuur van de verjaring – dat de overtreder niet tot in de lengte van dagen voorbereid moet zijn op het betwisten van de invordering en dat hij wordt beschermd tegen de opstapeling van rente.[947] Ten derde is er het belang van de derde in zoverre dat de verjaring er niet toe moet kunnen leiden dat zijn recht op daadwerkelijk handhavend optreden wordt gefrustreerd. De huidige stand van zaken doet recht aan de eerste twee belangen. Deze belangen heeft de wetgever tegen elkaar afgewogen bij het bepalen van hoe de verjaring in de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling functioneert. De wetgever heeft het belang van de derde echter destijds niet voor ogen gehad waardoor dat niet is meegewogen. Een eventuele aanpassing zou mijn inziens dus recht moeten doen aan het belang van de derde, zonder daarmee de afweging van de wetgever met betrekking tot de andere belangen te wijzigen. Er zijn een aantal mogelijke oplossingen.

De eerste oplossing zou beperkt zijn tot de invordering van dwangsommen. Deze oplossing zou behelzen dat de bijzondere verjaringstermijn in artikel 5:35 Awb wordt geschrapt. Dit zou als gevolg hebben dat de algemene verjaringstermijn van vijf jaar in artikel 4:104 Awb ook voor de invordering van dwangsommen zou gelden, zoals bepleit door de VNG bij de parlementaire behandeling van de vierde tranche. Deze oplossing zou het grootste probleem in de praktijk wegnemen (namelijk, dat de

945 C.N.J. Kortmann & W. Den Ouden, 'Titel 4.4 Awb geëvalueerd: wat minder ambitie voor meer resultaat', JBplus 2014/2.

946 Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, nr. 8, p. 46-47: "[v]*erdere verlenging* [van de verjaringstermijn van 6 maanden naar 1 jaar – TS] *zou te zeer afbreuk doen aan de rechtszekerheid van de (vermeende) overtreder en zou ook niet passen bij de aard van de last onder dwangsom. Een last onder dwangsom strekt er toe de overtreder te dwingen om de wet (alsnog) na te leven. Dit doel wordt slechts bereikt als het bestuursorgaan bij niet-naleving van de last de dwangsom daadwerkelijk en spoedig effectueert* […]".

947 Zie hiervoor A.S. Hartkamp en S.Sieburgh, 6-II, nr. 408 en de ratio achter de korte verjaringstermijn van vijf jaar met betrekking tot geldschulden in artikel 3:308 BW. Zij overigens opgemerkt dat de rente op een dwangsom automatisch begint te lopen.

invorderingsbevoegdheid bij dwangsommen zeer snel verjaart zodat derde-belanghebbenden snel moeten ingrijpen), maar zou zeer beperkt zijn in zoverre dat het geen oplossing is voor andere bestuurlijke geldelijke sancties. Deze oplossing lijkt mij reeds daarom niet wenselijk. Daarenboven wijs ik erop dat de dwangsom bedoeld is als prikkel om een overtreding te beëindigen. Als de dwangsom niet meer kan prikkelen (bijvoorbeeld omdat de overtreding al is beëindigd), dan is het nut van invordering beperkt. Daarbij past dan ook dat de dwangsom snel daadwerkelijk wordt ingevorderd. De korte verjaringstermijn van één jaar speelt ook een belangrijke rol bij het dwingen van bestuursorganen om snel daadwerkelijk in te vorderen. Een verjaringstermijn van vijf jaar lijkt mij dan ook te lang. Ik ben dus geen voorstander van het schrappen van de bijzondere verjaringstermijn in artikel 5:35 Awb.

De tweede oplossing zou zijn om de oude figuur van de schorsing van de verjaring in ere te herstellen. Schorsing houdt in dat de verjaring wordt 'gepauzeerd' voor de duur van de schorsing. Onder het oude recht vond de discussie over of (bijvoorbeeld) een dwangsom was verschuldigd plaats in het kader van een executiegeschil bij de burgerlijke rechter en schorste een executiegeschil automatisch de verjaring. Daardoor speelde verjaring – als eenmaal een executiegeschil aanhangig was – geen rol. Een oplossing zou dus kunnen zijn om schorsende werking toe te kennen aan enig handelen van een derde-belanghebbende of aan een gebeurtenis om zo te bewerkstelligen dat de derde niet geconfronteerd wordt met de verjaring. Ik wijs er echter op dat het effect van de schorsing van de verjaring zeer goed vergelijkbaar is met het effect van de verlenging van de verjaring. De schorsing 'pauzeert' de verjaring, de verlenging vult de verjaringstermijn aan met een termijn gelijk aan de duur van de verlenging. In beide gevallen is het praktisch effect echter gelijk: de lengte van de periode waarbinnen de verjaring niet in kan treden wordt langer met de duur van de schorsing/verlenging. Een schorsingsoplossing is in mijn optiek dus inwisselbaar met een verlengingsoplossing. Waar dus in het vervolg van dit onderdeel wordt gesproken over de verlenging, gelden die overwegingen *mutatis mutandis* voor schorsing. Omdat de wetgever er echter voor heeft gekozen om afscheid te nemen van de figuur van de schorsing en in de plaats daarvan te kiezen voor verlenging, lijkt het mij nuttig om bij deze keuze aan te sluiten en bij gelijke geschiktheid (zoals het geval lijkt te zijn) te kiezen voor een verlengingsoplossing. Dit is dan ook de reden waarom de schorsingsoplossing niet mijn voorkeur heeft.

Er resten wat mij betreft dus twee mogelijke oplossingen. Een verlengingsoplossing en een stuitingsoplossing. Voor de overweging dienaangaande moeten (met de uitgangspunten voor het zoeken van een oplossing zoals eerder verwoord in gedachte) twee keuzes worden gemaakt. Ten eerste moet er een keuze worden gemaakt tussen of de ingreep moet inhouden dat de verjaring wordt gestuit of wordt verlengd. Ten tweede moeten de modaliteiten van de stuiting of verlenging worden bepaald.
Bij de keuze tussen het verlengen en het stuiten is het belangrijk dat er geen reden

lijkt te zijn om een keuze te maken voor één van de twee. De keuze zal dus gebaseerd moeten worden op praktische overwegingen en het gewenste effect met het oog op de eerder genoemde belangen. De belangrijkste praktische verschillen tussen stuiting en verlenging zijn: i) dat stuiting gekoppeld is aan een handeling die één keer per jaar zal moeten plaatsvinden (zie artikel 4:110 Awb) terwijl verlenging aan een gebeurtenis wordt gekoppeld en één keer per gebeurtenis geschiedt (zie artikel 4:111 Awb) en ii) dat stuiting een nieuwe verjaringstermijn doet lopen terwijl verlenging de lopende verjaringstermijn tijdelijk onderbreekt.

Omdat de duur van de verlenging niet vooraf vaststaat, is het moeilijk om de praktische uitwerking van stuiting en verlenging goed te vergelijken. Ik ga er in het vervolg daarom vanuit dat een eventuele verlenging in de regel *langer* zou duren dan één verjaringstermijn van artikel 5:35 Awb (één jaar). De reden voor deze aanname is dat in de situatie dat de derde-belanghebbende 'mee-procedeert' (de situatie waarvoor deze ingreep is bedoeld) er een grote kans is dat de procedure (bezwaar/beroep/hoger beroep) langer dan een jaar duurt. De eventuele ingreep door de wetgever is bedoeld om juist in deze situatie de derde-belanghebbende te helpen, dus bij het bepalen van de vorm lijkt het mij nuttig om aan te nemen dat een verlenging die gekoppeld is aan de procedure in de regel langer dan een jaar zal duren. Ik ga er verder wel vanuit dat de duur van de verlenging korter is dan één verjaringstermijn van artikel 4:104 Awb (vijf jaar) omdat dit één jaar langer is dan de redelijke termijn voor het beslechten van heen bestuursrechtelijk geschil zodat ik er vanuit ga dat een langer durend geschil hoge uitzondering zal zijn.

Vanuit het oogpunt van de overtreder is er geen duidelijke voorkeur. Bij dwangsommen heeft een stuitingsoplossing de voorkeur voor de overtreder. Het effect van de stuiting is namelijk duidelijk in tijd omlijnd en de verjaringstermijn van één jaar in artikel 5:35 Awb blijft telkens lopen. Bij kostenverhaal, uitkeringen, subsidies en boetes heeft juist een verlengingsoplossing voor de overtreder de voorkeur. Dan is de reguliere verjaringstermijn van vijf jaar immers van toepassing (artikel 4:104 Awb, dan wel de toepasselijke bijzondere bepalingen) zodat stuiting in dat geval (aldus ook de wetgever) juist in het *nadeel* van de overtreder is.[948] Het verschil is verklaarbaar gelet op het feit dat bij invordering, zoals eerder toegelicht, de kans reëel is dat de termijn waarmee wordt verlengd langer is dan de korte verjaringstermijn van één jaar in artikel 5:35 Awb. Bij de reguliere termijn zou bij stuiting een nieuwe

948 Kamerstukken II 1989-1990, 20 588, nr.3, p. 79: "Wij hebben uitdrukkelijk gekozen voor verlenging en niet voor stuiting. Vanuit de belastingschuldige gezien is deze keuze in zijn voordeel. Door de verjaringstermijn te verlengen met de tijd gedurende welke een situatie als bedoeld in artikel 28, tweede lid, zich voordoet, wordt in beginsel bewerkstelligd dat de verjaring eerder intreedt dan in het geval de verjaring wordt gestuit op het moment dat zich een situatie als vorenbedoeld voordoet. Stuiting houdt immers in dat opnieuw een verjaringstermijn van vijf jaren gaat lopen."

verjaringstermijn van *vijf* jaar gaan lopen. De kans dat een verlenging langer dat die vijf jaar duurt is beperkt, waardoor stuiting voor de overtreder in dat geval ongunstiger is.

Vanuit het oogpunt van de derde-belanghebbende verdient verlenging vermoedelijk de voorkeur in beide gevallen omdat er (in principe) maar één keer een verlenging plaats hoeft te vinden. De derde hoeft dan niet elk jaar een stuitingshandeling te (laten) verrichten. Vanuit het oogpunt van de wens van de wetgever om voortvarend in te vorderen lijkt stuiting de (lichte) voorkeur te verdienen – dit vanuit de gedachte dat er 'druk op de ketel moet blijven' om snel in te vorderen. Zo blijft de invordering bij het bestuursorgaan ook onder de aandacht en kan het bestuursorgaan niet achterover leunen. Als de derde zich geen zorgen hoeft te maken over de verjaring (zoals het geval bij een automatische verlenging van de verjaring voor de gehele procedure), dan hoeft het bestuursorgaan dat immers ook niet.

Er is dus geen duidelijke voorkeur voor stuiting of voor verlenging gelet op de mee te wegen belangen. De voorkeur voor een bepaalde vorm zal dus afhankelijk zijn van de specifieke praktische invulling.

Verlenging moet gekoppeld worden aan een gebeurtenis (of toestand). De verlenging blijft van kracht zolang die gebeurtenis (of toestand) nog bestaat. Een goed voorbeeld van de praktische werking van verlenging is het verlenen van uitstel van betaling op grond van artikel 4:94 Awb. De overtreder krijgt uitstel van betaling voor een bepaalde duur en op grond van artikel 4:111, lid 1, Awb wordt de verjaringstermijn van rechtswege verlengd "*met de tijd gedurende welke de schuldenaar na de aanvang van die termijn uitstel van betaling heeft*". Deze verlengingsmogelijkheid heeft de ABRvS ook genoemd in de uitspraak van 24 december 2013. De derde kan het bestuursorgaan volgens deze uitspraak verzoeken om aan de overtreder uitstel van betaling te verlenen. De inzet van deze mogelijkheid lijkt mij, zoals reeds toegelicht, onwenselijk omdat het een oneigenlijk karakter heeft. Uitstel van betaling is dus een oneigenlijk middel om de positie van de derde-belanghebbende te verbeteren. Er dient naar mijn mening een keuze te worden gemaakt voor een andere gebeurtenis gedurende welke de verlenging zou gelden. Voor de hand ligt om de verlenging te koppelen aan een procedurele gebeurtenis die de lengte van de (bestuursrechtelijke) invorderingsprocedure bestrijkt. Het voordeel van de verlenging is immers dat deze niet meerdere malen door de derde-belanghebbende hoeft te worden bewerkstelligd. Hiermee wordt het aantal mogelijke gebeurtenissen beperkt tot één: het onherroepelijk worden van het besluit om in- of terug te vorderen. Iedere andere mogelijkheid vereist namelijk meerdere verlengingshandelingen of zal niet de gehele (bestuursrechtelijke) invorderingsprocedure bestrijken. Realistisch gezien is er dus maar één optie voor een verlengingsoplossing. Deze optie hebben Kortmann en Den Ouden e.a. voorgesteld. Zij hebben in de evaluatie van de vierde tranche voorgesteld dat

aan artikel 5:37 Awb een vierde lid zou kunnen worden toegevoegd waarin is opgenomen: "*De verjaringstermijn van artikel 5:35 wordt verlengd met de tijd gedurende welke de in het eerste lid genoemde beschikking nog niet onherroepelijk is geworden*." Deze oplossing zou ook kunnen worden toegepast bij de overige verjaringstermijnen door een artikel toe te voegen aan titel 4.4 met de strekking dat de verjaringstermijn wordt verlengd met de tijd gedurende welke de betalingsbeschikking nog niet onherroepelijk is geworden.

Indien gekozen wordt voor een oplossing inhoudende een stuiting van de verjaring, dan zal een bepaalde handeling als zelfstandige stuitingshandeling moeten worden gekwalificeerd of een stuitingshandeling tot gevolg moeten hebben. Voor de hand ligt dat de derde-belanghebbende deze handeling moet kunnen verrichten. Het doel is immers om de derde-belanghebbende de mogelijkheid te geven om zelf de verjaring te voorkomen. Eerder heb ik twee mogelijkheden genoemd.[949] Ten eerste kan aan het invorderingsverzoek van de derde stuitende werking worden toegekend. Ten tweede kan op verzoek van de derde-belanghebbende het bestuursorgaan onverwijld de verjaring stuiten door middel van een aanmaning. Van deze twee mogelijkheden gaat mijn voorkeur uit naar het op verzoek van de derde-belanghebbende stuiten van de verjaring. De reden hiervoor is dat het ongewenst is als de derde-belanghebbende telkens een nieuw verzoek om in te vorderen moet doen. Daarnaast gaat het toekennen van stuitende werking aan een handeling van de derde – gelijk dat het niet wenselijk is om de bestuursrechter zelf te laten stuiten of verlengen – wellicht iets te ver. Beter lijkt het mij daarom de derde-belanghebbende een verzoek om te stuiten te laten doen. Het op verzoek van de derde-belanghebbende stuiten is overigens ook de oplossing via stuiting die de ABRvS in haar uitspraak van 24 december 2013 omarmt. Praktisch gezien zou deze ingreep vorm gegeven kunnen worden door aan titel 4.4 een artikel toe te voegen welke luidt: "*Op verzoek van een belanghebbende stuit het bestuursorgaan onverwijld de verjaringstermijn*".[950]

De voordelen van de verlengingsoplossing zijn dat deze van rechtswege in werking treedt. Hierdoor wordt de derde-belanghebbende beschermd tegen een gebrek aan kennis. Hij hoeft zelf immers geen handelingen te verrichten om de verjaring te voorkomen. Daarnaast loopt de verlenging direct voor de gehele bestuursrechtelijke procedure.

949 Zie: T.N. Sanders, 'De invorderingsbeschikking – Een analyse van de knelpunten bij de invordering van dwangsommen onder de vierde tranche', NTB 2013/25.

950 Ik merk daarbij op dat deze oplossing als gevolg heeft dat het bestuursorgaan de plicht heeft om te stuiten. Enige speelruimte voor het bestuursorgaan om alsnog niet te hoeven stuiten lijkt mij hier niet op zijn plaats. Ten eerste omdat ik niet inzie welk – te respecteren – belang het bestuursorgaan heeft bij het alsnog niet stuiten (nu er in dit geval een derdebelanghebbende betrokken is). Ten tweede omdat de derdebelanghebbende naar verwachting slechts van deze mogelijkheid gebruik zal maken als het bestuursorgaan zelf in gebreke blijft (zij het per ongeluk of moedwillig).

De voordelen van de stuitingsoplossing zijn dat deze oplossing een actief handelen van de derde-belanghebbende vereist, waardoor slechts in de gevallen dat de derde zich actief mengt in de procedure de verjaring wordt voorkomen. Dit heeft ook als voordeel dat de oplossing niet *alle* in- of terugvorderingsbesluiten raakt (dus ook die waar geen derde-belanghebbende bij betrokken is), maar alleen de beschikking waar de derde-belanghebbende zich tegen wenst te keren. Daarnaast vereist deze oplossing een blijvende betrokkenheid van de derde-belanghebbende bij de procedure en een blijvend oog van het bestuursorgaan voor de verjaring omdat deze niet volledig buiten spel wordt gezet. Op deze wijze wordt de verjaringstermijn dus niet onnodig lang opgerekt. Verder respecteert deze oplossing de afweging van de wetgever met betrekking tot de verhoudingen tussen de overtreder en het bestuursorgaan voor wat betreft de verjaring.

De voordelen van de ene oplossing zijn ook direct de nadelen van de andere oplossing. Zo is het nadeel van de stuitingsoplossing dat deze de derde-belanghebbende minder goed beschermt tegen een gebrek aan kennis en dat er meerdere stuitingsverzoeken van de derde noodzakelijk zijn als de procedure langer duurt. De nadelen van de verlengingsoplossing zijn dat deze oplossing zich niet beperkt tot alleen de gevallen waar de derde-belanghebbende zich in mengt en dat de verjaring voor de duur van de bestuursrechtelijke procedure niet kan intreden. Daarmee doet deze oplossing geen recht aan de wensen van de wetgever.

Alles overziend meen ik dat de verlengingsoplossing weliswaar vanuit de eenvoud en effectiviteit van de oplossing de voorkeur verdient,[951] maar dat deze oplossing te zeer ingrijpt in de door de wetgever afgewogen verhouding tussen de belangen van de overtreder en die van het bestuursorgaan bij de verjaring. In dat verband acht ik het zeer onwenselijk dat er een oplossing wordt gekozen waarbij de verjaring in het geheel geen rol meer speelt gedurende de bestuursrechtelijke procedure. Er is dan geen enkele aanleiding meer voor het bestuursorgaan om snel daadwerkelijk in te vorderen. Hoewel er dus kritiek mogelijk is op de stuitingsoplossing, ben ik van mening dat deze oplossing de voorkeur moet genieten bij de keuze voor een ingreep door de wetgever.

11.7 Tussenconclusie

Uit de analyse in dit hoofdstuk volgt dat de positie en de belangen van de derde-belanghebbende over het algemeen goed zijn gewaarborgd, behalve voor de moge-

951 Zoals ik in mijn annotatie bij ABRvS 24 december 2013, AB 2014/57 betoogde – het is de meest praktische oplossing voor het bestuursorgaan. Ik merk op dat ik in het kader van dit artikel een andere afweging maak omdat ik hierbij het perspectief van de wetgever inneem in plaats van die van het bestuursorgaan.

lijkheden van de derdebelanghebbende om de verjaring te voorkomen. Dit mankement is van dien aard dat ingrijpen door de wetgever wenselijk is. Deze ingreep zou vorm kunnen worden gegeven door middel van het introduceren van een verlengingsgrond of een stuitingsmogelijkheid. Alles overwegend verdient naar mijn mening de introductie van een stuitingsmogelijkheid de voorkeur. Deze ingreep zou vorm gegeven kunnen worden door aan artikel 4:104 Awb een lid 4 toe te voegen, dat zou luiden: "*Op verzoek van een belanghebbende stuit het bestuursorgaan onverwijld de verjaringstermijn*", met daaraan gekoppeld een verwijzing in artikel 5:37 Awb waarin deze bepaling bij dwangsommen van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

12

12. SLOTBESCHOUWING

In dit proefschrift heb ik de vraag beantwoord wanneer het belang van de overheid bij het uitvoeren van een sanctie zwaarder moet wegen dan het belang van de burger om de sanctie niet te hoeven voldoen. Daarnaast heb ik de vraag beantwoord hoe die invordering nu is geregeld, wat er goed gaat, wat er niet goed gaat en wat er beter kan. In deze slotbeschouwing vat ik mijn bevindingen samen, beantwoord ik mijn onderzoeksvraag en kom ik tot een eindoordeel over de in- en terugvordering in het bestuursrecht.

12.1 Samenvatting

De onderzoeksvraag die ik stelde is de volgende:

> *"Hoe worden geldschulden die voortvloeien uit bestuurlijke geldelijke sancties door middel van titel 4.4 Awb ingevorderd, doen zich knelpunten voor, en zo ja, hoe kunnen die knelpunten op een praktische, effectieve en evenredige wijze worden opgelost?"*

Dit onderzoek ziet derhalve op de invordering van bestuursrechtelijke geldschulden die voortvloeien uit bestuurlijke geldelijke sancties die worden ingevorderd bij dwangbevel met gebruikmaking van titel 4.4 van de Awb. In onderdeel 1.2 heb ik de terminologie verduidelijkt, waarbij ik ervoor heb gekozen om kortheidshave te spreken van de "invordering van een bestuurlijke geldelijke sanctie".

Uit de onderzoeksvraag volgt al dat een groot aantal geldschulden niet bij dit onderzoek zijn betrokken. Zo zijn verkeersboetes op grond van de Wet Mulder niet betrokken in dit onderzoek. Die worden immers op geheel andere wijze ingevorderd (niet via titel 4.4 Awb, maar via titel VIII van de Wet Mulder). Ook geldschulden van en aan de overheid die ontstaan uit overeenkomsten zijn niet bij dit onderzoek betrokken. Die vordert de overheid immers net als anderen in via een dagvaardingsprocedure bij de civiele rechter. Bestuursrechtelijke geldschulden die niet voortvloeien uit een bestuurlijke sanctie als bedoeld in artikel 5:2, lid 1, onder a, Awb vallen ook buiten dit onderzoek. De bestuursrechtelijke zorgverzekeringspremie die het CAK int valt bijvoorbeeld buiten de reikwijdte van dit onderzoek: dat is immers geen bestuurlijke sanctie.

Van de bestuurlijke geldelijke sancties die worden ingevorderd bij dwangbevel met gebruikmaking van titel 4.4 van de Awb heb ik verder twee bijzondere soorten uitgezonderd. Ten eerste fiscale sancties. Onder fiscale sancties versta ik niet alleen naheffingen, verhogingen en of boetes op grond van de Algemene wet inzake rijksbelasting en de Invorderingswet 1990 (en daarmee ook de gemeentelijke, provinciale

en waterschapsbelasting), maar ook de verschillende toeslagen die de Belastingdienst terugvordert op grond van de Toeslagenwet. De invordering van fiscale sancties valt niet onder dit onderzoek. Dat komt omdat voor belastingen gebruik wordt gemaakt van een aparte wet om in te vorderen: de Invorderingswet 1990. Bovendien heeft de Invorderingsambtenaar andere (verstrekkendere) middelen dan een normaal bestuursorgaan heeft om in te vorderen (zoals het bodembeslag en het bureaubeslag). Daardoor is de invordering van fiscale bestuurlijke geldelijke sancties niet goed vergelijkbaar met de andere bestuurlijke geldelijke sancties. Ten tweede is de terugvordering van Europese subsidies uitgezonderd van dit onderzoek. Dat komt omdat daar bijzondere Europese regels voor gelden (onder meer over de verjaringstermijn) die niet voor andere bestuurlijke geldelijke sancties gelden.

Dit onderzoek ziet dus specifiek op de effectuering van de volgende bestuurlijke geldelijke sancties:

- Hoofdstuk 2: De last onder dwangsom en de invordering
- Hoofdstuk 3: De last onder bestuursdwang en het kostenverhaal
- Hoofdstuk 4: De intrekking van subsidie bij wijze van sanctie en de terugvordering
- Hoofdstuk 5: De herziening van uitkeringen bij wijze van sanctie en de terugvordering
- Hoofdstuk 6: De bestuurlijke boete

Voor ieder van de sancties heb ik onderzocht hoe deze thans worden geeffectueerd (ingevorderd). Welke knelpunten zijn er bij de invordering van deze sanctie en kunnen die worden opgelost op een praktische, effectieve en evenredige wijze?

Onder het criterium 'praktisch' versta ik eenvoudig en duidelijk. Onder het criterium 'effectief' versta ik doeltreffend. Onder het criterium 'evenredig' versta ik evenwichtig gelet op de belangen van de overheid, de overtreder en de derdebelanghebbende. Ik heb voor deze criteria gekozen omdat dit de criteria zijn die naar mijn mening het beste samenvatten waar de regeling volgens mij aan zou moeten voldoen.

De effectuering van drie sancties, te weten: de last onder dwangsom, de last onder bestuursdwang en de terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie, bleken veel overeenkomsten te hebben. De drie sancties hebben allemaal een reparatoir karakter, wat betekent dat de sancties niet bedoeld zijn om te bestraffen, maar enkel om de rechtmatige situatie te herstellen. De sanctionering gaat in alle drie de gevallen via een getrapt proces. Eerst wordt de sanctie opgelegd, dan wordt hij ingevorderd. De oplegging van die sancties, alsmede de invordering daarvan, blijkt een discretionaire bevoegdheid zodat er in het kader van de effectuering nog een belangenafweging kan (en moet) plaatsvinden. Bij die belangenafweging is bij alle drie de sancties het uitgangspunt dat de sanctie ten uitvoer wordt gelegd, tenzij er sprake is van 'onaan-

vaardbare gevolgen' (de terugvordering van subsidies), 'bijzondere omstandigheden' (de invordering van dwangsommen) of 'bijzondere omstandigheden, dan wel het gebrek aan verwijtbaarheid en de mate waarin het algemene belang betrokken is bij de toepassing van bestuursdwang of de hoogte van de kosten tot matiging nopen' (het kostenverhaal bij bestuursdwang). De in de rechtspraak gehanteerde criteria zijn niet duidelijk voor rechtszoekenden. Daarom heb ik op basis van die rechtspraak getracht om criteria te formuleren voor een omstandigheid die noopt tot het afzien van effectuering. De door mij geformuleerde criteria voor de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang blijken overeen te komen. Deze zijn volgens mij de volgende:

1. De omstandigheid wordt niet gedekt door de formele rechtskracht van de sanctiebeschikking.

EN

2. A. De omstandigheid valt niet binnen de risicosfeer van de overtreder en vormt een (absoluut) beletsel voor het (tijdig) voldoen aan de last.

OF

B. Invordering van de gehele sanctie leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst van de overtreding van de last en/of de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de last en/of de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

De criteria voor het aannemen van een omstandigheid om af te zien van terugvordering van de subsidie wijken iets af van de criteria die volgens mij gelden bij het kostenverhaal en de invordering van dwangsommen. Deze zijn volgens mij de volgende:

1. De omstandigheid hoefde, of kon redelijkerwijs, niet al aan de orde te komen in de intrekkingsbeschikking.

EN

2. Terugvordering van het gehele bedrag leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst van de overtreding en/of de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding en/of de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

Wat betreft de knelpunten bij de effectuering van deze sancties blijkt uit dit onderzoek dat iedere sanctie zijn eigen bijzondere knelpunten heeft (zie onder 12.2 voor een samenvatting), maar dat de belangrijkste gesignaleerde knelpunten zich bij alle drie de sancties op vergelijkbare wijze voor doen. Deze knelpunten zijn: het getrapte effectueringsproces en de werking van de formele rechtskracht, en het ontbreken van duidelijke criteria voor het afzien van in- of terugvordering. Ten eerste is een gezamenlijk knelpunt het getrapte karakter van de sanctionering. Belanghebbenden komen met enige regelmaat niet tegen het sanctiebesluit op, maar tegen het effectueringsbesluit. In het sanctiebesluit zijn echter de belangrijkste

onderwerpen opgenomen. Te weten: of er sprake is van een overtreding en of de sanctie evenredig is. Komt een belanghebbende niet tegen het sanctiebesluit op, dan wordt het sanctiebesluit onaantastbaar. In dat geval wordt uitgegaan van de rechtsgeldigheid en de rechtmatigheid van het sanctiebesluit (de 'formele rechtskracht'). Dat betekent dat de rechtsgeldigheid en de rechtmatigheid van het sanctiebesluit niet meer aan de orde kan worden gesteld in het kader van een beroep tegen het effectueringsbesluit. In extremis heeft dit tot gevolg dat het kan voorkomen dat de bestuursrechter bij de toetsing van het effectueringsbesluit moet constateren dat er een onrechtmatig sanctiebesluit ten uitvoer wordt gelegd, maar niet kan ingrijpen. Dat wringt met de evenredigheid. In onderdeel 2.8 heb ik daarom onderzocht of het niet mogelijk zou moeten zijn om de rechtmatigheidsfictie in bepaalde gevallen ter zijde te stellen, dan wel om daar een uitzondering op te maken, indien geconstateerd wordt dat een onrechtmatig sanctiebesluit ten uitvoer wordt gelegd. Mijn conclusie is dat de rechtmatigheidsfictie onontbeerlijk is voor het kunnen functioneren van de rechtsgeldigheidsleer. Het onrechtmatig achten van een rechtsgeldig besluit, leidt ertoe dat de rechtsgeldigheid van dat besluit uiteindelijk wordt ondermijnd. Immers, als de overheid aansprakelijk is voor de geleden schade als gevolg van het onrechtmatige besluit dan zal de overheid er naar mijn mening alles aan willen doen om die aansprakelijkheid te doen eindigen of beperken. Doorgaans zal dat zijn door intrekking van het besluit. Dat zal er feitelijk toe leiden dat de rechtsgeldigheidsleer maar beperkte waarde heeft en dat doet afbreuk aan de daarmee gemoeide rechtszekerheid. Naar mijn mening is de rechtmatigheidsfictie dan ook een noodzakelijk kwaad. Het is nodig voor de rechtszekerheid. Hieruit volgt dat het eerste knelpunt niet te ondervangen is zonder het besluit als rechtsingang in het bestuursrecht te verlaten en de rechtsmachtverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter ingrijpend te wijzigen. Het in dit onderzoek gesignaleerd knelpunt is naar mijn mening niet voldoende ernstig om dat op zichzelf te rechtvaardigen. Dit knelpunt zal dus moeten blijven bestaan.

Ten tweede is er de vraag wanneer de overheid in redelijkheid moet afzien van in- of terugvordering, ondanks dat de sanctie verschuldigd is. Het knelpunt hier is dat het onduidelijk is wanneer dat het geval is. Uit dit onderzoek blijkt dat de materiële criteria en uitkomsten van de toetsingen bij de invordering van dwangsommen, kostenverhaal bij bestuursdwang en de terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie zeer goed vergelijkbaar zijn en dat er criteria geformuleerd kunnen worden voor elke sanctie wanneer moet worden afgezien van effectuering. De formele toetsingscriteria die nu worden gehanteerd verschillen echter per sanctie en zijn verder weinig inzichtelijk voor rechtszoekenden, reden waarom ik in hoofdstuk 7 heb onderzocht in hoeverre harmonisatie van deze toetsingskaders mogelijk en wenselijk is (hier kom ik verder op in deze slotbeschouwing op terug). In het kader van dit tweede knelpunt was ook een belangrijke vraag of draagkracht en verwijtbaarheid wel een rol zouden moeten spelen bij de toetsing van de effectuering van een herstelsanctie

(zie onderdeel 2.7), mede gelet op het feit dat deze aspecten zich niet goed verhouden tot het herstellende karakter van de sanctie. Het bleek dat deze factoren wél een rol spelen bij het besluit tot intrekking van een subsidie, maar niet bij de last onder bestuursdwang of dwangsom. Naar mijn mening ten onrechte. Draagkracht en verwijtbaarheid zijn volgens mij niet relevant voor het opleggen van een herstellende sanctie omdat enkel de rechtmatige toestand wordt hersteld. Het is geen straf. Hoewel men in het verlengde daarvan ook zou kunnen betogen dat draagkracht en verwijtbaarheid niet relevant kunnen zijn bij de tenuitvoerlegging (omdat ook dat onderdeel is van een herstelsanctie), meen ik toch dat in dat stadium draagkracht en verwijtbaarheid wél een rol moeten spelen. Dat komt omdat hoewel het herstellende sancties zijn (en dus geen straffen), er nog steeds sprake is van een sanctie. Vanuit het perspectief van de evenredigheid is het niet aanvaardbaar dat bij een sanctie nooit wordt gekeken naar de persoonlijke omstandigheden van diegene die wordt gesanctioneerd. Nu ook uit hoofdstuk 9 bleek dat de civiele rechter deze omstandigheden in de executiefase niet meeweegt, is mijn conclusie dat draagkracht en verwijtbaarheid inderdaad een rol moeten spelen bij de beoordeling van het besluit om de sanctie te effectueren. Daarnaast heb ik onderzocht wanneer deze aspecten doorslaggevend kunnen zijn en het bestuursorgaan moeten nopen om af te zien van invordering. Mijn conclusie is dat dit slechts in uitzonderlijke situaties het geval zal kunnen zijn, mede gelet op het belang bij het ten uitvoer leggen van de sanctie, het bestaan van de beslagvrije voet en de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen.

De herziening en terugvordering van uitkeringen blijkt af te wijken van de andere herstelsancties. Dat komt omdat de wetgever ervoor heeft gekozen om de herziening en terugvordering van uitkeringen in de meeste gevallen wettelijke verplicht te maken. Het betreffen derhalve zogenaamde gebonden bevoegdheden waarbij het bestuursorgaan geen belangenafweging *mag* maken – in tegenstelling tot de andere discretionaire bevoegdheden waar nog wel een belangenafweging plaatsvindt. Wel kan alsnog worden afgezien van terugvordering als daartoe een 'dringende reden' bestaat. In de sinds 2009 gepubliceerde jurisprudentie aangaande de terugvordering van uitkeringen waarop titel 4.4 Awb van toepassing is (circa 3.000 uitspraken) heb ik echter geen enkel geval mogen aantreffen waarin geconcludeerd wordt dat er een dringende reden aanwezig is om af te zien van de terugvordering van een uitkering bij wijze van sanctie. Dat wijst erop dat bij uitkeringen die bij wijze van sanctie worden teruggevorderd, er (als vaststaat dat de sanctie verschuldigd is) nooit aanleiding is om het belang van de burger zwaarder wegend te achten dan het belang van de overheid. Het enige knelpunt bij de terugvordering van uitkeringen bij wijze van sanctie bleek de werking van de formele rechtskracht te zijn. Zoals hiervoor uiteengezet is de formele rechtskracht een noodzakelijk kwaad, zodat dit knelpunt niet te ondervangen is.

Uit het onderzoek blijkt tot slot dat de bestuurlijke boete voor wat betreft de invordering geen bijzondere knelpunten kent. De bestuurlijke boete was verder ook niet goed te vergelijken met de andere sancties in dit onderzoek. Niet alleen vanwege het punitieve karakter, maar ook omdat de bestuurlijke boete de enige sanctie is waarbij de oplegging en de invordering altijd gelijktijdig geschiedt. Het onderscheid tussen oplegging en effectuering is bij de bestuurlijke boete derhalve niet goed waarneembaar. Daardoor doet zich ook niet het knelpunt van de formele rechtskracht voor (die bij de overige, getrapte, sancties juist het belangrijkste knelpunt is).

In hoofdstuk 7 heb ik vervolgens onderzocht in hoeverre harmonisatie van de toetsingskaders bij de effectuering van herstelsancties mogelijk en wenselijk is. De bestuurlijke boete en de terugvordering van uitkeringen bij wijze van sanctie heb ik daarbij uitgesloten vanwege de afwijkende karakters daarvan (de een is een punitieve sanctie en de ander betreft een gebonden bevoegdheid). Voor deze sancties is het niet mogelijk en/of wenselijk om het toetsingskader te harmoniseren.

Voor de overgebleven sancties (de invordering van dwangsommen, het kostenverhaal bij bestuursdwang en de terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie) blijken het in de rechtspraak aangenomen uitgangspunt dat de sanctie moet worden geëffectueerd (of dat de schuldenaar dient te betalen) en de geformuleerde uitzonderingen daarop zeer goed te vergelijken. De terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie kent echter ten opzichte van de kostenverhaalbeschikking en de invorderingsbeschikking een afwijkende toetsing voor de uitzonderingen op het uitgangspunt dat de schuldenaar dient te betalen. Bij de terugvordering van subsidie gaat het namelijk om de verwijtbaarheid van *de oorspronkelijke overtreding* in plaats van de verwijtbaarheid van de overtreding van de last (zoals bij de invorderingsbeschikking en kostenverhaalsbeschikking het geval is). Dat is een wezenlijk andere toetsing, reden waarom ik harmonisatie op dit punt onwenselijk acht.

Met betrekking tot de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang acht ik harmonisatie wel wenselijk. Ik meen namelijk dat de toetsing van of de overheid moet afzien van invordering en de uitkomsten daarvan bij de twee sancties thans al in belangrijke mate overeenkomt. Het feit dat de standaardoverwegingen en de uitzonderingen daarop in de rechtspraak terminologisch desondanks sterk van elkaar afwijken komt mij voor als een knelpunt. Deze onnodige afwijking is in strijd met één van de doelstellingen van de Awb (harmonisatie). Voorts belet het de kruisbestuiving tussen de verschillende onderwerpen en de betrokken bestuursrechters. Dat is niet in het belang van de rechtseenheid en daarmee de rechtszekerheid. Gelet hierop heb ik een voorstel gedaan om een geharmoniseerde rechtsoverweging te introduceren in de rechtspraak ten aanzien van de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang. Mijn voorstel aan de bestuursrechter is om de volgende overweging te hanteren:

> *"Het besluit om een herstelsanctie te effectueren is een discretionaire bevoegdheid. Bij een besluit omtrent de effectuering van een herstelsanctie dient aan het belang van de effectuering echter een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van die sanctie. Een adequate handhaving vergt ook dat opgelegde sancties daadwerkelijk worden geëffectueerd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan daarom geheel of gedeeltelijk van effectuering worden afgezien. Van bijzondere omstandigheden kan alleen sprake zijn indien de aangevoerde omstandigheden redelijkerwijs niet al aan de orde konden of hoefden te komen bij de toetsing van het sanctiebesluit. Er is sprake van een bijzondere omstandigheid indien de omstandigheid niet binnen de risicosfeer van de overtreder valt en een absoluut beletsel vormde voor het tijdig voldoen aan de lastgeving. Voorts kan er sprake zijn van een bijzondere omstandigheid indien de beperkte ernst van de overtreding van de last, de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de last dan wel de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering leiden tot de conclusie dat invordering onevenredig moet worden geacht."*

In het vervolg van het onderzoek heb ik onderzocht of er knelpunten zijn ten aanzien van de accessoire (bijkomende) beschikkingen, waarbij de overtreder bijvoorbeeld uitstel van betaling wordt verleend, de sanctie wordt kwijtgescholden dan wel verrekend, of de wettelijke rente wordt ingevorderd (hoofdstuk 8). Uit dit onderzoek blijkt dat de bestuursrechter voor de normering van de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan om al dan niet een accessoire beschikking te nemen (met uitzondering van de wettelijke rente) aansluit bij het toetsingskader voor de vraag of de sanctie moet worden geëffectueerd. Met andere woorden, het besluit om geen uitstel van betaling te verlenen bij de invordering van dwangsommen wordt getoetst aan de beginselplicht tot invordering en het besluit om geen uitstel van betaling te verlenen bij de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie wordt getoetst aan artikel 3:4 Awb. Accessoire beschikkingen blijken derhalve voor de materiële normering gekoppeld aan het onderliggende effectueringsbesluit. De uitzondering daarop is als het bestuursorgaan beleid heeft vastgesteld omtrent wanneer het al dan niet een bepaalde accessoire beschikking neemt. Is er beleid vastgesteld, dan toetst de bestuursrechter het besluit om al dan niet een accessoire beschikking te nemen aan dat beleid. Ik heb de koppeling van het accessoire besluit met het effectueringsbesluit niet gecategoriseerd als een knelpunt. De reden daarvoor is dat ik meen dat het terecht is dat de normering van de accessoire beschikkingen in beginsel gelijk is aan het besluit om te effectueren. Dat komt omdat een accessoire beschikking (zoals het kwijtschelden of het verlenen van uitstel) tot gevolg kan hebben dat feitelijk niet meer wordt in- of teruggevorderd. Als er dus een andere materiële norm zou gelden voor dat besluit, dan zou de overtreder (bijvoorbeeld) niet kunnen afdwingen dat wordt afgezien van invordering, maar wel dat de sanctie wordt kwijtgescholden.

Dat zou een vreemde situatie opleveren en bovendien de effectiviteit van de handhaving ondermijnen. De concentratiebepalingen in artikel 4:125, 5:31c en 5:39 Awb leveren verder een belangrijke proceseconomische bijdrage voor de praktijk, maar zorgen ook voor onduidelijkheden. Ik heb een tweetal knelpunten geïdentificeerd. Ten eerste is artikel 4:125 Awb blijkens de letterlijke tekst van het artikel niet van toepassing op de invordering van dwangsommen. Ten tweede levert de betwistingseis onnodige discussies op. Ten aanzien van het eerste knelpunt stel ik voor om artikel 4:125 Awb van overeenkomstige toepassing te verklaren in artikel 5:39 Awb ten aanzien van de invordering van dwangsommen. Ten aanzien van het tweede knelpunt stel ik voor om in artikel 4:125 Awb, artikel 5:31c en 5:39 Awb de zinsnede "*voor zover de belanghebbende deze betwist*" te vervangen met "*tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben*".

In hoofdstuk 9 is het uitvaardigen van een dwangbevel en de toetsing van het dwangbevel door de civiele rechter onderzocht. Uit dit onderzoek blijkt dat de rol van de civiele rechter bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties sinds de invoering van de vierde tranche van de Awb teruggebracht is tot een bescheiden omvang. De civiele rechter oordeelt thans slechts nog over het 'klassieke' executiegeschil. De rechtmatigheid van het bestuursrechtelijke besluit (de titel) en daarmee de vraag of de sanctie verschuldigd is en of deze ten uitvoer kan worden gelegd, kan in het executiegeschil in beginsel niet meer aan de orde komen. Uit dit onderzoek blijkt echter dat hoewel de civiele rechter deze bevoegdheidsverdeling bij onherroepelijke besluiten respecteert, hij bij de executie van een nog niet-onherroepelijke besluit vaak alsnog een inhoudelijke toetsing van de besluiten verricht in het kader van de toetsing of executie hangende de onherroepelijkheid van het besluit niet misbruik van recht is (gelet op de kans dat het besluit in beroep alsnog onderuit gaat). De intensiteit van de toetsing varieert al naar gelang het besluit zich verder in de bestuursrechtelijke procedure bevindt. Heeft de bestuursrechter zich nog niet uitgelaten over het besluit, dan kan de toetsing vrij intensief zijn. Dit lijkt mij een juiste benadering. Problematisch in de executiefase is de bescherming van de schuldenaar. Deze blijkt tekort te schieten en dat acht ik een knelpunt. Hoewel het rechtsstelsel voorziet in de bescherming van schuldenaren die niet kunnen betalen door middel van enerzijds de beslagvrije voet (en de beslagverboden) en anderzijds door middel van de mogelijkheid voor schuldenaren om hun schulden te saneren via de Wet schuldsanering natuurlijke personen, blijkt die bescherming niet altijd toereikend. Met name de beslagvrije voet functioneert in de praktijk niet goed. Daardoor komt het voor dat mensen feitelijk niet in hun bestaan kunnen voorzien. Dat acht ik zeer problematisch, maar de oplossing voor dit knelpunt ligt mijn inziens in het aanpassen van de (systematiek van de) beslagvrije voet. Ik zie geen aanleiding om het bestuursrecht, of de bestuursrechter, hier een rol te laten spelen. Dat komt omdat het ingrijpen door de bestuursrechter dat de sanctie nooit meer kan worden geëffectueerd (het besluit wordt immers vernietigd), terwijl afzien van invordering

door de overheid de burger niet van zijn andere schulden verlost. Dit betekent dat bestuursrechtelijk ingrijpen de overheid (en de belastingbetaler) benadeelt, terwijl de burger er weinig mee opschiet.

In hoofdstuk 10 is het thema van de verjaring en het verval bij de in- en terugvordering onderzocht. Daaruit blijkt dat de regeling op dit punt in grote lijnen goed werkt, maar dat er twee knelpunten zijn. Ten eerste kent artikel 4:104 Awb geen vervaltermijn voor de bevoegdheid om de betalingsbeschikking te nemen. Bij subsidies, uitkeringen en de bestuurlijke boete is dat op zich geen probleem omdat daar bijzondere vervaltermijnen voor de intrekkings-/herzienings-/sanctioneringsbevoegdheden gelden. Het kostenverhaal bij bestuursdwang kent echter niet een dergelijke termijn. Dat acht ik een knelpunt omdat het betekent dat een bestuursorgaan tot in de lengte der dagen kan wachten met het kostenverhaal. Om dit knelpunt te ondervangen heb ik voorgesteld om een lid 3 voor artikel 4:104 Awb toe te voegen, afgeleid van artikel 17.17 Wm, welk lid 3 als volgt zou kunnen luiden:

> *"3. De bevoegdheid om de verplichting tot betaling van een geldsom vast te stellen vervalt indien vijf jaren zijn verstreken sinds de dag waarop de bevoegdheid is komen te ontstaan of na de dag waarop de schuldenaar bekend is geworden, indien deze dag later valt."*

Ten tweede leidt de terminologie van artikel 5:35 Awb tot verwarring omdat deze afwijkt van de terminologie van de rest van de vierde tranche. Als oplossing voor dit knelpunt heb ik voorgesteld om artikel 5:35 Awb te herformuleren. Artikel 5:35, lid 1, Awb zou dan als volgt kunnen luiden:

> *"in afwijking van artikel 4:104 Awb verjaart de rechtsvordering tot betaling van een dwangsom door verloop van een jaar na de dag waarop de dwangsom is verbeurd".*

In hoofdstuk 11 is de positie van de derdebelanghebbende bij de in- en terugvordering van bestuurlijke geldelijke sancties onderzocht. Hieruit blijkt dat dat de positie en de belangen van de derdebelanghebbende over het algemeen goed zijn gewaarborgd, behalve ten aanzien van de mogelijkheden van de derdebelanghebbende in verband met de verjaring van de invorderingsbevoegdheid bij dwangsommen – waar de derdebelanghebbende strikt genomen niets tegen kan doen. Dit knelpunt kan mijns inziens worden ondervangen door aan artikel 4:104 Awb een lid 4 toe te voegen die luidt: "*Op verzoek van een belanghebbende stuit het bestuursorgaan onverwijld de verjaringstermijn*", met daaraan gekoppeld een verwijzing in artikel 5:37 Awb waarin deze bepaling bij dwangsommen van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

12.2 Beantwoording onderzoeksvraag

Ik stelde aan he begin van dit onderzoek de volgende onderzoeksvraag:

> *"Hoe worden geldschulden die voortvloeien uit bestuurlijke geldelijke sancties door middel van titel 4.4 Awb ingevorderd, doen zich knelpunten voor en zo ja, hoe kunnen die knelpunten op een praktische, effectieve en evenredige wijze worden opgelost?"*

Uit dit onderzoek blijkt dat er bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties een aantal knelpunten zijn. Dit zijn de volgende.

1. De leer van de formele rechtskracht bij een getrapt invorderingsproces betekent dat onder omstandigheden een onrechtmatig sanctiebesluit wordt geëffectueerd zonder dat de bestuursrechter dit kan voorkomen.
2. Er is onduidelijkheid over de vraag of draagkracht en verwijtbaarheid mee moeten wegen bij de vraag of de overheid toch moet afzien van de effectuering van een herstelsanctie.
3. Verwijtbaarheid en draagkracht worden wel relevant worden geacht bij de intrekking van een subsidie bij wijze van herstelsanctie, terwijl deze niet relevant worden geacht voor de oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang.
4. Er wordt afwijkende terminologie gehanteerd voor de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang met betrekking tot de vraag of de sanctie moet worden geëffectueerd.
5. Er worden afwijkende criteria gehanteerd voor de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang met betrekking tot de vraag of er in het bijzondere geval een reden is om af te zien van effectuering van de sanctie.
6. Er is onduidelijkheid over de vraag of de redelijkheid van het kostenverhaal bij de kostenverhaalsbeschikking of de bestuursdwangbeschikking aan de orde zouden moeten (kunnen) komen.
7. Een vervaltermijn in artikel 4:104 Awb ten aanzien van de betalingsbeschikking in artikel 4:86 Awb ontbreekt.
8. De letterlijke tekst van artikel 4:125 Awb staat toepassing daarvan bij de invordering van dwangsommen in de weg.
9. De betwistingseis in artikel 4:125, 5:31c en 5:39 Awb levert onnodige verwarring op in de praktijk.
10. De schuldenaar wordt in de praktijk onvoldoende beschermd.
11. De terminologie van artikel 5:35 Awb zorgt voor verwarring over de werking van het artikel.
12. Een wettelijke mogelijkheid voor de derdebelanghebbende om de verjaring van de rechtsvordering van een bestuurlijke geldelijke sanctie te voorkomen ontbreekt.

Het eerste knelpunt betreft de leer van de formele rechtskracht. Zoals toegelicht in de samenvatting ben ik van mening dat het niet mogelijk is om de rechtmatigheidsfictie te verlaten, dan wel een uitzondering te maken voor onrechtmatige sanctiebesluiten zonder daarbij (indirect) afbreuk te doen aan de rechtsgeldigheidsleer. Door afbreuk te doen aan de rechtsgeldigheidsleer wordt de rechtszekerheid in belangrijke mate ondergraven. Binnen het huidige bestuursrecht met het besluit als onderwerp van geschil en rechtsingang en bij de huidige rechtsmachtverdeling zie ik dan ook geen mogelijkheid om dit knelpunt te ondervangen op een praktische, effectieve en evenredige wijze.

Het tweede knelpunt betreft de vraag of, en zo ja in hoeverre, draagkracht en verwijtbaarheid een rol zouden moeten spelen in de toetsing van effectueringsbesluiten. Zoals gezegd in de samenvatting is mijn conclusie dat deze onderwerpen aan de orde moeten komen in het kader van de toetsing van het effectueringsbesluit. Immers, hoewel de onderwerpen zich niet goed verdragen met het herstellende karakter van de sancties, kan naar mijn mening niet in redelijkheid worden afgezien van een toetsing van de effecten van het uitvoeren van de sanctie in het individuele geval. Nu deze onderwerpen (bij de last onder bestuursdwang en dwangsom) niet aan de orde komen bij het sanctiebesluit en ook niet door de civiele rechter in de executiefase worden meegewogen, dient naar mijn mening een toetsing in het kader van het effectueringsbesluit van deze omstandigheden plaats te vinden. Wel zullen dit zeer uitzonderlijke situaties moeten zijn vanwege het grote belang bij invordering. Mijn conclusie is dat de bestuursrechter in drie gevallen het belang van het individu om gevrijwaard te blijven van de effectuering van de discretionaire bestuurlijke geldelijke herstelsanctie zwaarder moet wegen dan het belang bij invordering. Deze zijn: i) als de burger geen enkel verwijt treft, ii) als de overheid een zwaar verwijt treft en iii) als de burger zodanig beperkt draagkrachtig is dat vaststaat dat hij de rest van zijn leven de schuld zal moeten afbetalen, zonder dat hij enig zicht heeft op het daadwerkelijk kunnen afbetalen van die schuld. Bij dit laatste criterium moet de bestuursrechter er in beginsel vanuit gaan dat de beslagvrije voet en de schuldsaneringsregeling voor de schuldenaar beschikbaar zijn, zodat hij zodoende in beginsel kan blijven voorzien in zijn bestaan en een redelijk uitzicht heeft op een schuldenvrij bestaan. Er zal dus niet snel sprake kunnen zijn van een bijzondere omstandigheid gelet op de verwijtbaarheid en draagkracht.

Het tiende knelpunt is de bescherming van de schuldenaar. Ik heb de vraag gesteld of de Awb niet in meer bescherming zou moeten voorzien door (bijvoorbeeld) te voorzien in de normering van de wijze van uitvoering van het invorderingsbesluit en het uitvaardigen van een dwangbevel. Die vraag heb ik ontkennend beantwoord. Niet omdat ik niet vind dat die schuldenaar niet meer bescherming moet toekomen

(in tegendeel – het falen van de beslagvrije voet acht ik een ernstig probleem) maar omdat ik vind dat titel 4.4 Awb en het gebrek aan materiële normering van het invorderingsbesluit of het dwangbevel niet het probleem is. Volgens mij is de tekortschietende bescherming van de schuldenaar en de bijtijds kwalijke rol van de overheid als schuldeiser terug te brengen tot (i) een beslagvrije voet die te complex is en die niet goed wordt toegepast, (ii) bevoegdheden en kosten in de bijzondere wet die veel verder strekken dan waarin titel 4.4 Awb voorziet en (iii) een uitvoeringsprobleem ten aanzien van de wijze waarop de overheid contact zoekt met de burger. Met betrekking tot (i) en (ii) zie ik een taak voor de wetgever. Ten aanzien van (iii) zie ik een taak voor de overheid om de invorderingsprocessen meer in te richten conform de Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden die door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is opgesteld,[952] alsook de aanbevelingen van de Nationale Ombudsman in zijn rapport "*In het krijt bij de overheid*".[953]

De overige knelpunten kunnen mijn inziens op een praktische, effectieve en evenredige wijze worden opgelost. Hieronder zijn de oplossingen die ik voorstel (genummerd conform de nummering van de knelpunten):

3. Ik meen dat de CRvB, het CBb en de ABRvS ten onrechte de draagkracht en de verwijtbaarheid betrekken bij de beoordeling van het besluit tot intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie. Mijns inziens zou moeten worden aangesloten bij de rest van het (herstel)sanctierecht, waarbij verwijtbaarheid en draagkracht niet relevant zijn voor het opleggen van de sanctie, maar wel voor de effectuering daarvan.
4. Het formuleren van een geharmoniseerd toetsingskader door bestuursrechters voor het kostenverhaal bij bestuursdwang en de invordering van een dwangsom waarin een algemene plicht wordt aangenomen om discretionaire bestuurlijke geldelijke herstelsancties te effectueren. Deze overweging zou kunnen luiden:

> *"Het besluit om een herstelsanctie te effectueren is een discretionaire bevoegdheid. Bij een besluit omtrent de effectuering van een herstelsanctie dient aan het belang van de effectuering echter een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van die sanctie. Een adequate handhaving vergt ook dat opgelegde sancties daadwerkelijk worden geëffectueerd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan daarom geheel of gedeeltelijk van effectuering worden afgezien."*

952 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden, 2016.

953 Y.M. van der Vlugt, W.C.P. van den Berg, en M.M. van Steenbergen, In het krijt bij de overheid, Nationale Ombudsman, januari 2013.

5. Het formuleren van een geharmoniseerd toetsingskader door bestuursrechters voor de criteria op grond waarvan af moet worden gezien van het invorderen van een dwangsom en het kostenverhaal bij bestuursdwang. Deze overweging zou kunnen luiden:

> *"Van bijzondere omstandigheden kan alleen sprake zijn indien de aangevoerde omstandigheden redelijkerwijs niet al aan de orde konden of hoefden te komen bij de toetsing van het sanctiebesluit. Er is sprake van een bijzondere omstandigheid indien de omstandigheid niet binnen de risicosfeer van de overtreder valt en een absoluut beletsel vormde voor het tijdig voldoen aan de lastgeving. Voorts kan er sprake zijn van een bijzondere omstandigheid indien de beperkte ernst van de overtreding van de last, de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de last dan wel de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering leiden tot de conclusie dat invordering onevenredig moet worden geacht."*

6. Voor wat betreft de redelijkheid van het kostenverhaal heb ik voorgesteld om artikel 5:25, lid 2, Awb aan te passen in die zin dat de tekst "*in hoeverre*" uit het lid wordt geschrapt.
7. Het introduceren van een lid 3 in artikel 4:104 Awb waarin alsnog een algemene vervaltermijn wordt opgenomen voor de betalingsbeschikking;

> *"3. De bevoegdheid om de verplichting tot betaling van een geldsom vast te stellen vervalt indien vijf jaren zijn verstreken sinds de dag waarop de bevoegdheid is komen te ontstaan of na de dag waarop de schuldenaar bekend is geworden, indien deze dag later valt."*

8. Het overeenkomstig van toepassing verklaren van artikel 4:125 Awb op de invordering van dwangsommen door toevoeging van een lid 5 in artikel 5:39 Awb:

> *"5. Artikel 4:125 is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van bijkomende beschikkingen betrekking hebbende op de beschikking die strekt tot invordering van de dwangsom".*

9. In artikel 4:125 Awb, artikel 5:31c en 5:39 Awb de zinsnede "*voor zover de belanghebbende deze betwist*" te vervangen met "*tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben*".
11. Het herformuleren van artikel 5:35 Awb zodat er geen verwarring meer bestaat over de werking van het artikel;

> *"In afwijking van artikel 4:104 Awb verjaart de rechtsvordering tot betaling van een dwangsom door verloop van een jaar na de dag waarop de dwangsom is verbeurd."*

12. Het introduceren van een wettelijke mogelijkheid voor de derdebelanghebbende om de verjaring te voorkomen door in artikel 4:104 Awb een lid 4 op te nemen die van overeenkomstig toepassing wordt verklaard in artikel 5:35 Awb voor wat betreft de dwangsom in de vorm van een lid 4 voor artikel 4:104 Awb;

> *"Op verzoek van een belanghebbende stuit het bestuursorgaan onverwijld de verjaringstermijn."*

Met het implementeren van de door mij voorgestelde oplossingen meen ik dat de door mij gesignaleerde knelpunten bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke herstelsancties op een praktische, evenredige en effectieve manier worden ondervangen.

12.3 Conclusie

Dit onderzoek beoogt een geïntegreerd en volledig beeld gegeven van de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties onder de vierde tranche van de Awb. Daarbij is het proces van besluit om in te vorderen tot de executie van het dwangbevel volledig in beeld gebracht. De knelpunten in de regeling zijn geïdentificeerd en waar mogelijk heb ik oplossingen aangedragen die praktisch, effectief en evenredig zijn met het oog op de belangen van de verschillende bij handhaving betrokken partijen (de overheid, de overtreder en de derde-belanghebbende).

Alles overziend is mijn conclusie dat de regeling in de Awb voor de invordering van bestuurlijke geldelijke herstelsancties voldoet aan mijn criteria van praktisch, effectief en evenredig en slechts een beperkt aantal knelpunten heeft. De regeling kan echter nog worden verbeterd (lees: nog praktischer, effectiever en evenrediger gemaakt worden) door de door mij gesignaleerde knelpunten te ondervangen. Daarbij zijn zowel wetgever als bestuursrechter aan zet.

Teleurstellend is wel dat de twee belangrijkste knelpunten die uit dit onderzoek blijken volgens mij niet binnen het (huidige) bestuursrecht kunnen worden ondervangen. Ten eerste knelt blijkens dit onderzoek bij de invordering van bestuurlijke geldelijke herstelsancties de leer van de formele rechtskracht (de rechtmatigheidsfictie). Het zal altijd blijven wringen dat een onaantastbaar, doch onrechtmatig, sanctiebesluit ten uitvoer kan worden gelegd. Ik acht dat echter een noodzakelijk kwaad omdat de rechtmatigheidsfictie noodzakelijk is om de rechtszekerheid te waarborgen. Pas als het besluit als rechtsingang en (enig) onderwerp van toetsing binnen het bestuursrecht, en de huidige rechtsmachtverdeling, worden verlaten is er

volgens mij uitzicht op het oplossen van dit knelpunt. Naar mijn mening is dit knelpunt op zichzelf bezien voorts onvoldoende om een dergelijke ingrijpende wijziging van het bestuursrecht te rechtvaardigen. Ten tweede knelt blijkens dit onderzoek dat de schuldenaar vaak niet de bescherming krijgt die nodig is. Dat komt onder meer omdat de beslagvrije voet niet goed functioneert in de praktijk, maar ook door de bevoegdheden en kosten in de bijzondere wet die verder strekken dan titel 4.4 Awb. Ook dit knelpunt kan niet binnen het huidige bestuursrecht of door de bestuursrechter worden opgelost, maar dient door de wetgever te worden ondervangen door een eenvoudiger en effectiever stelsel te implementeren in het civiele recht en het bezien of de bevoegdheden in de bijzondere wet wel wenselijk zijn gelet op de gesignaleerde negatieve neveneffecten.

Tot slot kom ik graag nog terug op de casus Gijsbert R. die aan bod kwam bij de inleiding van het proefschrift (onderdeel 1.1. 'Over brandbommen en een hekwerk'). Gijsbert R. had in het dorp Haelen een illegaal hekwerk geplaatst dat hij met hand en tand (met jachtboog en brandbommen) verdedigde tegen de toepassing van bestuursdwang door het college. Dat leidde tot een hoge(re) rekening in de kostenverhaalsbeschikking, maar die werd door de rechtbank gematigd tot het bedrag dat het verwijderen van het hekwerk zou hebben gekost als de zaak niet zo was geëscaleerd. De matiging van het kostenverhaal in het geval van Gijsbert R. bleek uiteindelijk een mooi voorbeeld te zijn van de wijze waarop de criteria voor het matigen van de sanctie in de praktijk uitpakken. In dat geval viel de overheid een ernstig verwijt te maken, hetgeen leidde tot de matiging – ondanks dat de oplegging en de uitvoering van de sanctie volledig terecht waren. De verwijtbaarheid blijkt uiteindelijk een centrale rol te spelen bij de vraag of de sanctie ook ten uitvoer mag worden gelegd. Ik kan mij uiteindelijk ook vinden in het oordeel van de rechtbank. Gijsbert R. liet de overtreding in stand en haalde het hekwerk niet zelf weg. Hem viel dus een verwijt te maken en geheel afzien van kostenverhaal was daarom niet terecht geweest, mede gelet op het algemene belang bij invordering. Maar de escalatie van de zaak en de daarmee gemoeide kosten voor de inzet van extra gemeentelijke middelen konden aan de gemeente worden verweten. De overheid had aldus verwijtbaar gehandeld en het deel van de kosten die daaraan te relateren waren konden daarom niet op Gijsbert R. worden verhaald. Een rechtvaardige uitkomst in mijn optiek.

ENGLISH SUMMARY – RESULTS AND FINDINGS

This PhD thesis ("*Collection by the government: the collection of debts owed as a result of administrative financial sanctions under the GALA*") focusses on the collection of administrative financial sanctions in the Netherlands by writ of execution. Dutch administrative law provides for a collection process in title 4.4 of the General Administrative Law Act ('GALA'). Once a sanction has been imposed by decision, the collections process in title 4.4 of the GALA requires that the government issue a second decision, this one pertaining to the collection of the sanction. In this decision the government must specify the sanction (the size of the debt), explain why it is being collected and provide the offender with a payment term (usually six weeks). If the offender refuses to pay, the government is required to send a final notice to the offender, in which the offender is notified that he has two weeks to pay, failing which the government will collect the debt by writ of execution. Once the two weeks have passed, the government is entitled to issue a writ of execution. With the writ of execution the government has a title to enforcement, bypassing the need to request such a title from the civil courts. The writ of execution can then be used to serve writs of attachments or of sequestration.

Dutch law has a variety of administrative financial sanctions. This research has focused on the use of title 4.4 GALA with regards to four specific sanctions. Firstly the conditional fine ('last onder dwangsom'). The conditional fine is a sanction involving an order to cease an activity (a 'last'), failing which a fine ('dwangsom') is automatically imposed. Secondly administrative coercion ('last onder bestuurs-dwang'). Administrative coercion is a sanction involving an order to cease an activity (a 'last'), failing which the government will end the breach of the law by force ('bestuursdwang'). The offender is then legally required to pay for the costs the government has made for the use of force ('kostenverhaal'). Thirdly the recovery of subsidies by way of sanction ('terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie'). The recovery by way of sanction is a sanction which is used if an entity which is subsidized by the government for a certain activity fails to comply with some or all of the conditions imposed by the government in return for receiving that subsidy. Fourthly the recovery of welfare benefits by way of sanction ('terugvordering van uitkering bij wijze van sanctie'). If an individual receives welfare benefits from the government but does not comply with some or all of the applicable legal requirements, the government will recover part or all of the welfare benefits by way of sanction. As part of this research all of the published Dutch case law and literature regarding

the aforementioned sanctions that have been published since the 1st of July 2009 (the date on which title 4.4 GALA entered into force) has been studied. The central research questions was:

> *"How are debts which are the result of an administrative financial sanction collected using title 4.4 of the GALA, are there bottlenecks and if so, can these bottlenecks be resolved in a practical, effective and proportional way?"*

The findings of this research are that there are a few specific bottlenecks which need resolving. They are the following:

1. The doctrine of formal legal force is a Dutch legal doctrine which dictates that once an administrative decision has not been contested within the available period of appeal, it is regarded as being legally binding and lawful. Occasionally a sanction decision is not appealed, even though it is evidently unlawful. In such cases, the doctrine of formal legal force requires the administrative judge to regard the decision as valid and lawful. This has the consequence that it is possible that a sanction is enforced by writ of execution even though the decision to impose that sanction is evidently unlawful.
2. It is unclear whether the financial capacity and culpability of the offender are factors which must be considered by the government when deciding to enforce a financial sanction by collecting it. It is clear that this is the case with a punitive sanction (the administrative fine), but unclear for the other non-punitive sanctions. This is due to the fact that financial capacity and culpability are generally regarded as irrelevant for the imposition of those sanctions.
3. The financial capacity and culpability of the offender are relevant for the recovery of subsidies by way of sanction, but not for the conditional fine and for administrative coercion.
4. Different terminology is used for the standard of assessment used in case law regarding the collection of a conditional fine and the costs of administrative coercion, while the standard of assessment seems to be the same.
5. Different terminology is used for the standard of assessment used in case law regarding the conditions in which the government cannot collect a conditional fine or the costs of administrative coercion, while the standard of assessment seems to be the same.
6. It is unclear whether the question if the costs of administrative coercion are reasonable should be answered in the decision regarding the sanction or the decision regarding the collection of the sanction.
7. There is no expiry date for the government to take a decision regarding the collection of a sanction.

8. The text of article 4:125 GALA (which stipulates that an appeal against the decision to collect the sanction automatically follows an appeal against the sanction decision, if the offender disputes the collection decision) means that this procedurally efficient article is not applicable to the conditional fine.
9. The requirement in article 4:125, 5:31c and 5:39 GALA to dispute the collection decision creates unnecessary confusion in practice.
10. The debtor receives inadequate protection under Dutch law.
11. The terminology of article 5:35 GALA creates unnecessary confusion about what actions the government is no longer able to take after its right to collect the sanction expires.
12. A third party which has an interest in the proceedings regarding the sanction and the collection of the sanction has no legal means to prevent the expiry of the sanction.

Regarding the first bottleneck this research establishes that within the confines of the current Dutch legal system, Dutch administrative law and the division of labor between the administrative courts and the civil courts, the doctrine of formal legal force is a necessary evil. In this thesis (specifically chapter 2.8.3) the doctrine is mapped out and the justification for the doctrine is studied. The conclusion is that although the doctrine can have negative consequences if the offender does not appeal a decision in time, it is a necessary evil because not having the doctrine would create legal uncertainty. As such the first bottleneck is in effect unresolvable.

With regards to the second bottleneck, this thesis concludes that the financial capacity and culpability of the offender should be factors which must be considered by the government when deciding to enforce a financial sanction by collecting it. The reason for this is that if these factors are not considered in the collection decision, the factors are never considered as they are not considered in the sanction decision nor are they considered by the civil courts when examining the writ of execution.

The tenth bottleneck regards the protection of the debtor. The current protection is lacking in terms of the protection of debtors. In the Dutch legal system an individual is not automatically freed from his debt after being declared bankrupt. Furthermore, whilst the Dutch system has a 'protected legal earnings' system in which a certain amount of earnings each month cannot be touched by debt collectors (including the government), the complexity of the system leads to frequent errors which in turn means that debtors usually do not have the full amount of protected legal earnings at their disposition. This means that it is possible that debtors end up not being able to provide for themselves. This is not a problem specific to the collection of administrative sanctions, but a problem for the Dutch legal system as a whole.

Nonetheless this research looks at whether Dutch administrative law could help debtors. The conclusion is that this is not the case. Whilst change is necessary in my opinion, administrative law is unable to provide the necessary solutions. I believe it is necessary to change the Code of Civil Procedure in order to effectively protect debtors.

The other bottlenecks can be solved within the confines of administrative law. I propose the following solutions.

3. In my opinion the Dutch administrative courts should no longer regard the financial capacity and culpability of the offender as relevant for the decision to recover subsidies by way of sanction – as is currently the case for the conditional fine and administrative coercion.
4. There should be a harmonized standard of assessment, for which I have proposed a specific standard to be used in judgments.
5. There should be a harmonized standard of assessment, for which I have proposed a specific standard to be used in judgments.
6. To avoid confusion I propose altering article 5:25 GALA to remove the reference to the reasonableness of the costs in the coercion decision which is causing the confusion.
7. I believe it is necessary to introduce an expiry term of five years.
8. I propose inserting a reference to article 4:125 GALA in article 5:39 GALA so that it is also applicable in the case of the collection of conditional fines.
9. I propose altering article 4:125, 5:31c and 5:39 GALA so that it is not necessary to explicitly contest the decision. Instead the collection decision would automatically become part of an appeal against the sanction decision, unless parties have no reasonable interest in such an appeal.
11. I propose altering article 5:35 GALA such that the confusion about what expires is avoided by changing the terminology.
12. I propose that the third party be provided with a means to prevent the expiry. Such means would entail a request to the government to interrupt the expiry, with which request the government is required to comply.

CURRICULUM VITAE

Thomas Sanders is geboren op 22 september 1986 te Eindhoven. In 2004 behaalde hij het Internationaal Baccalaureaat aan de International School of The Hague te Den Haag. In 2009 behaalde hij zijn Master of Arts (MA) Economische geschiedenis (*cum laude*) aan de Universiteit Leiden en in 2010 behaalde hij zijn Master of Laws (LLM) Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en zijn Master of Science (MSc) Regulatory Economics aan de Universiteit Utrecht. Hij heeft de opleiding Omgevingsrecht aan de Grotius Academie in 2016 *cum laude* afgerond.

In 2010 trad hij als advocaat in dienst bij Stibbe te Amsterdam. In 2013 is hij begonnen met dit promotieonderzoek. In 2014 is hij overgestapt naar AKD te Breda en Eindhoven.

Hij is op dit moment (2018) senior advocaat bij AKD en adviseert en procedeert op het snijvlak van het omgevingsrecht, handhavingsrecht en openbareorderecht.

Voor een uitgebreid overzicht van zijn loopbaan en (wetenschappelijke) publicaties zij verwezen naar: https://www.linkedin.com/in/thomassanders/.

LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR

- G.H. Addink, G.R.M. van Dijk en M.J. Sluijs, 'Besturen met dwangsommen, een bestuurlijke dwangsom in de Wabm', Bestuur 1990/1.
- G.H. Addink en M.J. Sluijs, 'De algemene wet bestuursrecht op scherp', NTB 1992, p. 41 e.v.
- C.L.G.F.H. Albers, 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten: balanceren op een magische lijn?' (diss.) (Den Haag, 2002).
- C.L.G.F.H. Albers, 'De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie', NTB 2009/2, pp. 173-184.
- C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas, 'Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief', Preadviezen VAR (Den Haag, 2014).
- E. Alders, 'Aanzet voor een ander milieuhandhavingsrecht', NJB 1992/3.
- J.A.M van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechter (Deventer, 1998).
- J.A.M. van Angeren, 'De twee gezichten van de formele rechtskracht: taakverdeling van rechters en het scheppen van rechtszekerheid', O&A 2011/4.
- J.R. van Angeren, 'De last onder dwangsom', in: D.R. Doornenbos en M.J.C. Somsen (Eds.), Onderneming en sanctierecht: Handhaving van financieel toezichtrecht, in het bijzonder onder de Wft en Pw. Serie Onderneming en Recht no. 76 (Deventer, 2013).
- T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, A. Blomberg, M.K. Bulterman, e.a., De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht – Preadviezen voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht (Den Haag, 2004).
- T. Barkhuysen, 'De opmars van evenredigheid in het bestuursrecht', NJB 2018/445.
- F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Beslag ter verzekering van een toekomstige dwangsomvordering' in: N.E.D. Faber, H.W. Heymann, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-Schwencke, C. Rijckenberg (red.), Knelpunten bij beslag en executie (Deventer, 2009).
- W.C.P. van den Berg, L. Booij en S. Beer, Met voeten getreden: Schendingen van de beslagvrije voet door gerechtsdeurwaarders, Nationale Ombudsman, november 2013.
- J.W.A. Biemans en A.G. Castermans, Barmhartigheid in het burgerlijk recht, bespiegelingen over de grenzen aan kredietverlening en een bijdrage aan het behoud van bestaanszekerheid, Preadviezen 2017, Vereniging voor Burgerlijk Recht.

- A.B. Blomberg, 'De gevolgen van de Vierde tranche Awb voor de handhavingspraktijk', BR 2005/845.
- A.B. Blomberg, 'De opmars van de bestuurlijke boete in het omgevingsrecht', TO 2017/2, pp. 82-89.
- A.B. Blomberg en F.C.M.A. Michiels, Handhaven met effect (Den Haag, 1997).
- H.E. Bröring en H.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb (Den Haag, 2010).
- C.W.C.A. Bruggeman, R. Stijnen en J.C. de Wit, 'Kroniek van het gemeentelijk sociaal domein', Gst. 2017/53.
- P.J.J. van Buuren, 'Samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties en van bestuursrechtelijke sancties onderling', NJB 1992/41, p. 1347.
- P.J.J. van Buuren en G.T.J.M. Jurgens, 'De dwangsom in het milieurecht' in: P.J.J. van Buuren e.a. (red.), Milieurecht in stelling (Zwolle, 1990).
- P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, 'Bestuursdwang en dwangsom', (Deventer, 2014).
- D.R. Doorenbos, 'Schandpaal en onschuldpresumptie', NJB 2003 pp. 2190-2196.
- D.R. Doorenbos, Naming and shaming (Deventer, 2007).
- C. Drion, 'Verongelukken in het recht', NJB 2017/308.B.J. van Ettekoven, 'De formele rechtskracht vanuit bestuursrechtelijk perspectief', O&A 2006/3.
- P.A. Fruytier, 'Een herformulering van de formele rechtskracht: het civielrechtelijke besluitgezag en gezag van gewijsde en de uitzonderingen daarop', NTBR 2008/22.
- M.E. Gelpke, 'De toepassing van het leerstuk van de formele rechtskracht door de burgerlijke rechter', O&A 2006/2.
- M.E. Gelpke, 'De rechtmatigheidsbeoordeling van primaire besluiten door de burgerlijke rechter en de bestuursrechter', O&A 2007/85.
- E.M.J. Hardy, 'De kunst van het subsidiëren', JBplus 2016/1.
- S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, 'Asser 6-II De verbintenis in het algemeen', 2013.
- W.G.A. Hazewindus, 'De administratieve dwangsom', NJB 1992/33, pp. 1068-1072.
- W.G.A. Hazewindus, Administratieve sancties en vreemdelingenrecht (diss.) (Arnhem, 1994).
- P.C.M. Heinen, 'Bestuursrechtelijke handhaving van het milieurecht en bewijs', Gst. 1991/6919.
- T. Hobbes, 'Leviathan (1651)', hoofdstuk 13 in: S.M. Cahn, Political Philosophy, the essential texts (Oxford, 2005).
- F.M.J. den Houdijker, 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?' in: F.M.J. Houdijker, S.K. Gabriël en J.A.M.A. Sluysmans, Bestuurlijke punitieve sancties', preadviezen Jonge VAR (Den Haag, 2006).
- N. Huls, Vergeef ons vaker onze schulden – Naar een schone lei 2.0, (Den Haag, 2016).
- C.J. IJdema, 'De beslissing omtrent invordering van verbeurde dwangsommen in de praktijk', Gst. 2012/119.

- M.J. Jacobs en F.C.M.A. Michiels, 'Bestuursrechtelijke grenzen aan verrekening' in: B. Wessels (red.), Verrekening (Deventer, 1996), pp.163-180.
- M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'De knopen zijn nog niet ontward, enkele onopgeloste subsidieproblemen', JBplus 2002, pp. 72-83.
- N. Jungmann, A.J. Moerman, H.D.L.M. Schruer en I. van den Berg, 'Paritas Passé: debiteuren en crediteuren in de knel door ongelijke incassobevoegdheden', Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders, maart 2012.
- G.T.J.M. Jurgens, Bestuurlijk gedogen (diss.) (Zwolle, 1996), p. 99–100.
- S. Klosse en G.J. Vonk, Socialezekerheidsrecht, (Deventer, 2014).
- C.N.J. Kortmann, 'De toren van Babel', RMThemis 2009-6.
- C.N.J. Kortmann en F. Onrust, 'Verhaal van kosten van bestuursdwang bij (chemische) branden – deel II', JM 2012/906.
- C.N.J. Kortmann en W. Den Ouden, 'Titel 4.4 Awb geëvalueerd: wat minder ambitie voor meer resultaat', JBplus 2014/2.
- C.N.J. Kortmann, 'Formele rechtskracht tien jaar na 'Delisea'', NJB 2016/1343.
- E.A. van de Kuilen, 'Gemeenten hoeven niet meer te dagvaarden na conservatoir beslag', Gst. 7355/66.
- E. Loesberg, 'Enige beschouwingen over executie en beslagrecht', JBPR 2015/906.
- F.C.M.A. Michiels, 'De boete in opmars', oratie VU 1994.
- F.C.M.A. Michiels, 'Houdbaar Handhavingsrecht', oratie Tilburg 2006, (Deventer, 2006), p. 11.
- F.C.M.A. Michiels, 'Naming and shaming in het markttoezicht', NTB 2007/16, p.85-95.
- F.C.M.A. Michiels, 'Bewegingen in het handhavingsrecht', JBplus 2012, p. 173.
- F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, 'Rechterlijke toetsing van bestuurlijke en punitieve sancties' (Den Haag, 2007).
- F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, Handhavingsrecht (Deventer, 2016).
- F.C.M.A. Michiels, E. Niemeijer en C.T. Nijenhuis, Wie is er bang voor de dwangsom (Den Haag, 1994).
- Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden, 2016.
- A.J. Moerman en M. Bockting, 'Beter ten hele gekeerd', Sociale Raadslieden Netwerk, mei 2014.
- A.J. Moerman en H. Oberzaucher, 'Belastingdienst, een bron van armoede? Over de invordering van belasting- en toeslagschulden", LOSR/MOgroep, december 2014.
- M.R. Mok en R.P.J.I. Tjittes, 'Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid', RMThemis 1995, pp.383-404, p. 385.
- H. Nummerdor-Buijs en J.C. de Wit, 'De bestuurlijke boete in de Participatiewet na de uitspraken van de Centrale Raad van beroep bezien vanuit het perspectief van de wetgever, het bestuursorgaan, de rechter en de burger', Gst. 2016/101.
- A.J. Noordam, Schuldsanering en goede trouw (diss. UVA, 2007).

- R. Ortlep en P.A. Willemsen, 'Gezag van gewijsde in het bestuursrecht', NTB 2007/239.
- F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, Het besluit voorbij, VAR pre-adviezen 2013, Den Haag 2013.
- W. den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, Subsidierecht (Deventer, 2013).
- W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013).
- J.E.M. Polak, 'Goede polderoplossing', NJB 2007/1683.
- Raad voor de Rechtspraak, 'Rapport BGK-Integraal', 1 november 2013.
- B.P.M. van Ravels, 'De (nabije) toekomst van de bestuursrechtelijke schadevergoeding', JBplus 2012, pp.150-166.
- L.J.J. Rogier, Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel (diss.) (Arnhem, 1992).
- B.J.P.G. Roozendaal, 'De toekomst van de formele rechtskracht', O&A 2003 pp.149-162.
- T.N. Sanders, 'Het CBb als wetgever: de bestuurlijke lus toegepast bij de bestuurlijke boete', MenM 2012/3.
- T.N. Sanders, 'De invorderingsbeschikking – Een analyse van de knelpunten bij de invordering van dwangsommen onder de vierde tranche', NTB 2013/15.
- T.N. Sanders, 'De verjaring van de bevoegdheid om een bestuursrechtelijke dwangsom in te vorderen', JBplus 2014/2.
- T.N. Sanders, 'De derdebelanghebbende bij de invordering van dwangsommen: op zoek naar een nieuwe balans', NTB 2015/8.
- T.N. Sanders, 'Beslag en executie bij bestuursrechtelijke dwangsommen', Gst. 2015/45.
- T.N. Sanders, 'Het fiscale invorderingsrecht en de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling: tijd om van een lappendeken een harmonieuze mantel te maken?', MBB 2016/04.
- T.N. Sanders, 'Kostenverhaal bij bestuursdwang: het invorderen van de kosten van bestuursdwang onder de vierde tranche', Gst. 2016/41.
- T.N. Sanders, 'De bijzondere omstandigheid bij invordering en kostenverhaal', Gst. 2018/35.
- C.M. Saris, 'De bestuurlijke boete en de evenredigheidstoets, een lege huls?', NTB 2012/16.
- M. Scheltema, 'Kunnen wij zonder de formele rechtskracht?', NTB 2007/17.
- M. Scheltema, 'Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat: het regeerakkoord biedt perspectief', NTB 2017/28.
- M.W. Scheltema, 'Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht; een heldere afbakening?', NTBR 2009/23.
- M.W. Scheltema, 'Het wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten en de geldschuldenregeling in de Awb', O&A 2011/64.

- M.W. Scheltema, De rol van de burgerlijke rechter bij bestuursrechtelijke geldschulden; slechts een bijrol?, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), De burgerlijke rechter in het publiekrecht (Deventer 2015).
- M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden (Deventer, 2015).
- M.W. Scheltema en M. Scheltema, Gemeenschappelijk Recht (Deventer, 2013).
- R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat (Deventer, 2014).
- B. J. Schueler, Schadevergoeding en de Awb (Deventer, 2005).
- B.J. Schueler, 'C.N.J. Kortmann, Onrechtmatige overheidsbesluiten, dissertatie Universiteit Utrecht 2006', O&A 2008/5.
- B.J. Schueler, 'Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en de nieuwe regeling van overheidsaansprakelijkheid in de Awb', MvV 2013/8, pp. 193-199.
- I. Sluiter, L.I. van den Broek en M.C. Timmer, 'De regeling voor bestuursrechtelijke geldschulden in de Vierde tranche Awb. Over de vragen die rijzen bij het uitvoeren van de regels voor invordering (van verbeurde dwangsommen)', TFR 2008, p. 426-427.
- I. Sluiter, 'De geldschuldenregeling: een warm onthaal door de bestuursrechter!', JBplus 2012, p. 342 e.v.
- J.A.M.A. Sluysmans, 'Formele rechtskracht: tijd voor vernieuwing?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), De burgerlijke rechter in het publiekrecht (Deventer 2015), pp. 609-629.
- A.J. Tekstra, Verrekening door de fiscus (diss.) (Deventer, 2011).
- J.M.H.F. Teunissen, 'Verjaring bij publiekrechtelijke betalingsaanspraken uit onverschuldigde betaling', Gst. 2003, 7189.
- G.A. van der Veen, 'De Hoge Raad en de formele rechtskracht, De stand van Zaken', JBplus 2009 pp. 3-17.
- G.A. van der Veen, 'Aansprakelijkheid voor beslissingen in primo en causaal verband', NTB 2011/43.
- J.H. Verweij, De bestuurlijke dwangsom (diss.) (Deventer, 1997).
- J.J. Vetter, 'De Invorderingswet 1990, titel 4.4 van de Awb en de invordering van belastingen; van maatpak tot confectiepak, doch tot lappendeken', MBB 2009/12.
- J.J. Vetter, A.J. Tekstra en P.J. Wattel, Invordering van belastingen (Deventer, 2012).
- Y.M. van der Vlugt, W.C.P. van den Berg, en M.M. van Steenbergen, In het krijt bij de overheid, Nationale Ombudsman, januari 2013.
- VNG, Divosa, NVSB, Mogroep, 'Naar een betere aanpak van schulden en armoede', brief d.d. 6 april 2016.
- J. Wieland, 'De concurrent in het bestuursrecht, de relevante markt ruim afgebakend', NTB 2013/17.

LIJST VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE

Europees Hof van Justitie

- HvJEU 5 juni 2012, AB 2012/315, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 8 juni 1976, NJ 1978/223, Engel t. Nederland.

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (en haar rechtsvoorgangers)

- ARRvS 23 augustus 1983, AB 1984/17, m.nt. J.H. van der Veen.
- ARRvS 22 mei 1984, AB 1985/153.
- ARRvS 7 juni 1985, AB 1986/48, m.nt. P.J.J. van Buuren.
- Vzr. AGvB 7 februari 1992, AB 1992/267, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
- Vzr. ABRvS 10 januari 1995, AB 1995/516, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
- Vzr. ABRvS 23 januari 1995, KG 1995/164.
- ABRvS 5 februari 1996, AB 1996/311, m.nt. P.J.J. van Buuren.
- Vzr. ABRvS 25 april 1996, nr. F03.96.0289.
- ABRvS 4 juni 1996, JB 1996/172.
- ABRvS 19 september 1996, AB 1997/91, m.nt. P.J.J. van Buuren, Gst. 1997-7046/2 m.nt. E. Brederveld.
- ABRvS 8 februari 2000, AB 2001/118, m.nt. L.J. Damen, JB 2000/91, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
- ABRvS 13 maart 2001, JB 2001/95, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
- ABRvS 17 mei 2001, AB 2002/58, m.nt. N. Verheij.
- ABRvS 4 juli 2001, AB 2002/6, m.nt. A.E. Schilder.
- ABRvS 20 november 2002, AB 2003/173, m.nt. N. Verheij.
- ABRvS 19 februari 2003, JB 2003/100, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
- ABRvS 6 augustus 2003, AB 2003/355, m.nt. P.A. Willemse en R.J.G.M. Widdershoven.
- ABRvS 24 december 2003, AB 2004/117, m.nt. F.C.M.A. Michiels, JB 2004/84, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
- ABRvS 2 maart 2005, AB 2005/170, m.nt. A.B. Blomberg.
- ABRvS 10 mei 2006, AB 2006/230, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
- ABRvS 24 januari 2007, AB 2007/198, m.nt. A.T. Marseille.
- ABRvS 14 februari 2007, AB 2008/76, m.nt. N. Verheij.
- ABRvS 28 februari 2007, AB 2007/199, m.nt. R. Ortlep.
- ABRvS 30 mei 2007, AB 2007/192, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

- ABRvS 18 juli 2007, AB 2007/439, m.nt. T. Barkhuysen en W. Den Ouden.
- ABRvS 28 november 2007, AB 2008/73, m.nt. K.F. Bolt.
- ABRvS 12 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB9968.
- ABRvS 5 maart 2008, AB 2008/124, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.
- ABRvS 26 november 2008, AB 2008/378 m.nt. R. Ortlep.
- ABRvS 8 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1893.
- ABRvS 13 januari 2010, AB 2010/77, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
- ABRvS 25 augustus 2010, AB 2011/93, m.nt. F. Onrust.
- ABRvS 5 januari 2011, AB 2012/52, m.nt. P.J. Stolk.
- ABRvS 13 april 2011, AB 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf.
- ABRvS 4 mei 2011, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden.
- ABRvS 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ6802.
- Vzr. ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2261.
- ABRvS 17 augustus 2011, AB 2011/316, m.nt. W. den Ouden.
- Vzr. ABRvS 7 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8816.
- ABRvS 21 september 2011, AB 2011/299, m.nt. R. Ortlep, JB 2011/236 m.nt. R.J.N. Schlössels, Gst. 2011/112, m.nt. J.M.H.F. Teunissen, BR 2011/194, m.nt. Z.M. Nasir, JG 2011/63 m.nt. M. Claessens en T. Barkhuysen.
- ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3115.
- ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553.
- ABRvS 11 januari 2012, AB 2012/86, m.nt. F.R. Vermeer.
- ABRvS 25 januari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV1847.
- ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4556.
- ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5935.
- ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5949.
- ABRvS 13 juni 2012, JM 2012/103, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 19 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6748.
- ABRvS 25 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2610.
- ABRvS 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2587.
- ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3240.
- ABRvS 29 augustus 2012, AB 2013/423, m.nt. M.M. Claessens.
- ABRvS 29 augustus 2012, JB 2012/238, m.nt. M.A. Heldeweg.
- ABRvS 5 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6518.
- ABRvS 19 september 2012, AB 2012/399, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 3 oktober 2012, AB 2013/157, m.nt. J.R. van Angeren.
- ABRvS 3 oktober 2012, AB 2012/361, m.nt. L.M. Koenraad.
- ABRvS 10 oktober 2012, AB 2013/162, m.nt. W. den Ouden.
- ABRvS 31 oktober 2012, AB 2013/72, m.nt. F. Spijker en C.M.M. van Mil, JB 2012/279 m.nt. B. Kaya, Gst. 2013/34, m.nt. F.R. Vermeer.
- ABRvS 28 november 2012, JM 2013/16, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5864.

- ABRvS 19 december 2012, AB 2013/104, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2013/18, m.nt. C.J. IJdema.
- ABRvS 6 februari 2013, AB 2015/121, O.J.D.M.L. Jansen.
- ABRvS 20 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1628.
- ABRvS 12 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2014:839.
- ABRvS 13 maart 2013, AB 2013/153, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 20 maart 2013, JM 2013/62, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 10 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7670.
- ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9079.
- ABRvS 8 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9753.
- ABRvS 19 juni 2013, AB 2013/285, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:115.
- ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:530.
- ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:911.
- ABRvS 4 september 2013, AB 2013/406, m.nt. C.M.M. van Mil.
- ABRvS 25 september 2013, AB 2013/418, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 16 oktober 2013, AB 2013/394, m.nt. W. Den Ouden.
- ABRvS 23 oktober 2013, AB 2014/399, m.nt. R. Stijnen.
- ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1836.
- ABRvS 13 november 2013, AB 2014/58, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 20 november 2013, AB 2014/279, m.nt. J.E. van den Brink en W. den Ouden.
- ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2054.
- ABRvS 24 december 2013, AB 2014/57, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2014/24, m.nt. C.J. IJdema.
- ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2618.
- ABRvS 15 januari 2014, AB 2014/108, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 22 januari 2014, AB 2014/145, m.nt. C.N.J. Kortmann, JM 2014/35, m.nt. C.N.J. Kortmann en F. Onrust.
- ABRvS 12 februari 2014, JM 2014/76, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 19 februari 2014, AB 2014/162, m.nt. C.M.M. van Mil.
- ABRvS 5 maart 2014, AB 2014/246, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 9 april 2014, AB 2014/247, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1264.
- ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1268.
- ABRvS 23 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1490.
- ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1568.
- ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1583.
- ABRvS 7 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1661.
- ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2342.
- ABRvS 13 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3034.
- ABRvS 17 september 2014, AB 2015/396, m.nt. J.E. van den Brink en R.D. van Oevelen.

- ABRvs 8 oktober 2014, AB 2014/418, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 8 oktober 2014, AB 2014/445, m.nt. C.M.M. van Mil, Gst. 2015/25, m.nt. P.C.M. Heinen.
- ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3692.
- ABRvS 16 november 2014, JG 2015/1, m.nt. O. Schuwer.
- ABRvS 19 november 2014, AB 2015/170, m.nt. L.J. Damen.
- ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4604.
- ABRvS 25 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:560.
- ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:33.
- ABRvS 4 maart 2015, AB 2015/160, m.nt. R. Stijnen, JB 2015/57, m.nt. A.M.M.M. Bots.
- ABRvS 4 maart 2015, JG 2015/26, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok.
- ABRvS 18 maart 2015, AB 2015/245, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok.
- ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:817.
- ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:822.
- ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:935.
- ABRvS 6 mei 2015, Gst. 2015/82, m.nt. C.W.M. van Alphen, AB 2015/327, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, JM 2015/83, m.nt. Y. Flietstra.
- ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1462.
- Vzr. ABRvS 9 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1915.
- ABRvS 1 juli 2015, AB 2015/362, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2015/109, m.nt. R. Benhadi.
- ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2036.
- ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2114.
- ABRvS 15 juli 2015, AB 2016/453, m.nt. W. Den Ouden.
- ABRvS 22 juli 2015, AB 2015/302, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2015/116, m.nt. R. Benhadi
- ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2280.
- ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2321.
- ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2383.
- ABRvS 5 augustus 2015, AB 2015/382, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2452.
- ABRvS 3 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2964.
- ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2813.
- ABRvS 23 september 2015, AB 2016/302, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
- ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2986.
- ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2964.
- ABRvS 23 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2991.
- ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3110.
- ABRvS 21 oktober 2015, AB 2016/292, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
- ABRvS 28 oktober 2015, AB 2016/32, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2015/137, m.nt. P.H.J. de Jonge.

- ABRvS 4 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3379.
- ABRvS 16 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3550.
- ABRvS 25 november 2015, AB 2016/14, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 2 december 2015, AB 2016/81, m.nt. C.M.M. van Mil.
- ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3728.
- ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3978.
- ABRvS 30 december 2015, Gst. 2016/44, m.nt. J.L.W. Broeksteeg.
- ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4048.
- ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:29.
- ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:51.
- ABRvS 20 januari 2016, AB 2016/209, m.nt. T.N. Sanders.
- Vzr. ABRvS 29 januari 2016, AB 2016/224, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:205.
- ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:185.
- ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:449.
- ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:469.
- ABRvS 2 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:551.
- ABRvS 10 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:634.
- ABRvS 26 april 2016, AB 2016/210, m.nt. T.N.Sanders, JB 2016/130, m.nt. J.H. Meijer.
- ABRvS 8 juni 2016, AB 2017/33, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 27 juli 2016, JG 2016/57, m.nt. T. Barkhuysen en A. Span, JM 2016/135, m.nt. E.J.H. Plambeck.
- ABRvS 27 juli 2016, Gst. 2016/131, m.nt. M. van de Loo en J.J.R. Lautenbach.
- ABRvS 10 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2186.
- ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2336.
- ABRvS 24 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2332.
- ABRvS 7 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2394.
- ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2547
- ABRvS 6 oktober 2016, AB 2017/22, m.nt. R. Stijnen.
- ABRvS 6 oktober 2016, AB 2017/23, m.nt. R. Stijnen.
- ABRvS 10 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2648.
- ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2896.
- ABRvS 21 december 2016, AB 2017/65, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 28 december 2016, AB 2017/48, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:538.
- ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:667.
- ABRvS 12 april 2017, AB 2017/291, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 19 april 2017, AB 2017/252, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 19 april 2017, AB 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 19 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1184.
- ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:679.

- ABRvS 3 mei 2017, AB 2017/299, m.nt. T.N. Sanders, JG 2017/37 m.nt. T. Barkhuysen en S.F.A. van Ravels, JB 2017/120 m.nt. M.A.J. West.
- ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1389.
- ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1444.
- ABRvS 31 mei 2017, Gst. 2017/148, C.M.M. van Mil.
- ABRvS 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1719.
- ABRvS 23 augustus 2017, AB 2017/349, m.nt. C.M.M. van Mill.
- ABRvS 20 september 2017, AB 2017/356, m.nt. T.N. Sanders.
- ABRvS 18 oktober 2017, AB 2017/422, m.nt. W. den Ouden.
- ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2870.
- ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:653.
- ABRvS 21 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:877.
- ABRvS 16 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1616.

Staatsraad Advocaat-Generaal

- Conclusie A-G Widdershoven, 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:249.
- Conclusie A-G Wattel, 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

College van Beroep voor het bedrijfsleven

- CBb 27 november 2001, AB 2002/31, m.nt. J.H. van der Veen.
- CBb 4 september 2003, AB 2004/14, m.nt. I.C. Vlies.
- CBb 10 maart 2005, ECLI:NL:CBB:2005:AT2716.
- CBb 18 februari 2007, ECLI:NL:CBB:2007:AZ9559.
- CBb 28 februari 2008, AB 2008/239, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en R. Ortlep.
- CBb 27 oktober 2009, AB 2009/394, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
- CBb 15 maart 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL8587.
- CBb 7 juni 2011, AB 2011/278, m.nt. W. den Ouden.
- CBb 7 juli 2011, AB 2011/277 m.nt. W. den Ouden.
- CBb 9 november 2011, AB 2012/46, m.nt. F.R. Vermeer.
- CBb 18 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU6858.
- CBb 25 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW4847.
- CBb 26 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6727.
- CBb 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6629.
- CBb 13 juli 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX3511.
- CBb 18 januari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3253.
- CBb 7 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6064.
- CBb 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0927.
- CBb 18 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:70.
- CBb 30 augustus 2013, ECLI:NL:CBB:2013:124.
- CBb 20 september 2013, AB 2014/299, m.nt. M.A.M. Dieperink, AB 2014/300, m.nt. J.E. van den Brink.
- CBb 19 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:292.

- CBb 30 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:315.
- CBb 20 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:104.
- CBb 8 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:255.
- CBb 30 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:413.
- CBb 12 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:75.
- CBb 12 mei 2015, AB 2015/238, m.nt. T.N. Sanders.
- CBb 13 mei 2015, AB 2016/55, m.nt. M.A.M. Dieperink.
- CBb 13 mei 2015, AB 2016/56, m.nt. M.A.M. Dieperink.
- CBb 2 september 2015, JOR 2015/300 m.nt. S.M.C. Nuijten.
- CBb 21 september 2015, AB 2016/53, m.nt. A. Klap.
- CBb 14 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:418.
- CBb 23 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:425.
- CBb 16 maart 2016, AB 2016/421, m.nt. J.E. van den Brink en L.W. Verboeket.
- CBb 23 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:67.
- CBb 8 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:206.
- CBb 13 oktober 2016, AB 2016/460, m.nt. J.E. van den Brink.
- CBb 20 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:330.
- Vzr. CBb 1 augustus 2017, ECLI:NL:CBB:2017:333.

Centrale Raad van Beroep

- CRvB 15 augustus 2000, JB 2000/277, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
- CRvB 12 november 2003, AB 2004/206, m.nt. P.A. Willemse en R.J.G.M. Widdershoven.
- CRvB 26 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL1627.
- CRvB 16 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL5726.
- CRvB 21 september 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN8686.
- CRvB 17 december 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY0445.
- CRvB 1 mei 2013, AB 2013/255, m.nt. W. den Ouden.
- CRvB 22 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA1399.
- CRvB 7 augustus 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1417.
- CRvB 23 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2172.
- CRvB 13 november 2013, USZ 2014/33, m.nt. J. Hallie.
- CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2975.
- CRvB 18 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2981.
- CRvB 8 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:12.
- CRvB 18 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:902.
- CRvB 15 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1618.
- CRvB 26 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2016:1546.
- CRvB 15 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3464.
- CRvB 22 oktober 2014, JB 2014/247, m.nt. L.J.M. Timmermans, USZ 2015/86, m.nt. H.W.M. Nacinovic.
- CRvB 12 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3951.

- CRvB 5 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4060.
- CRvB 10 december 2014, AB 2015/208, m.nt. Y.M. van der Vlugt.
- CRvB 11 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3681.
- CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie.
- CRvB 27 januari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:146.
- CRvB 17 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:423.
- CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1186.
- CRvB 20 mei 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1595.
- CRvB 15 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2694.
- CRvB 21 juli 2015, AB 2015/333, m.nt. R. Stijnen, USZ 2015/317, m.nt. M. Koolhoven.
- CRvB 22 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2481.
- CRvB 5 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2744.
- CRvB 8 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2667.
- CRvB 12 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2933.
- CRvB 16 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3232.
- CRvB 23 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3362.
- CRvB 25 september 2015, AB 2015/425, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.
- CRvB 29 september 2015, AB 2016/11, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.
- CRvB 7 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3434.
- CRvB 13 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3623.
- CRvB 30 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3882.
- CRvB 16 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4601.
- CRvB 11 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:10.
- CRvB 13 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:408.
- CRvB 20 januari 2016, AB 2016/225, m.nt. T.N. Sanders, USZ 2016/112, m.nt. M. Koolhoven, Gst. 2016/56, m.nt. L.J.M. Timmermans.
- CRvB 21 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:406.
- CRvB 21 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:330.
- CRvB 15 maart 2016, USZ 2016/155, m.nt. H.W.M. Nacinovic.
- CRvB 15 maart 2016, AB 2016/459, m.nt. R. Stijnen.
- CRvB 23 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1022.
- CRvB 13 april 2016, USZ 2016/210, m.nt. M. Koolhoven.
- CRvB 19 april 2016, Gst. 2016/124, m.nt. L.M. Koenraad en T.N. Sanders, USZ 2016/211, m.nt. H.W.M. Nacinovic.
- CRvB 17 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1796.
- CRvB 17 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1884.
- CRvB 29 juli 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2904.
- CRvB 3 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2941.
- CRvB 21 september 2016, AB 2016/430, C.W.C.A. Bruggeman.
- CRvB 8 november 2016, Gst. 2017/39 m.nt. T.N. Sanders.
- CRvB 31 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:491.
- CRvB 19 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2612.

Hoge Raad

- HR 16 mei 1985, AB 1986/573, m.nt. F.H. van den Burg (Heesch/Van den Akker).
- HR 31 mei 1991, AB 1992/290, NJ 1993/112, m.nt. C.J.H. Brunner (Van Gog/Nederweert).
- HR 16 oktober 1992, AB 1993/40, m.nt. F.H. van den Burg (Vulhop/Amsterdam).
- HR 14 mei 1993, AB 1993/503, m.nt. F.H. van der Burg, NJ 1993/641, m.nt. M. Scheltema (Aruba/Playa Liquor).
- HR 8 december 1995, NJ 1997/163, m.nt. M. Scheltema.
- HR 17 december 1999, NJ 2000/87, AB 2000/89 m.nt. P.J. van Buuren (Groningen/Raatgever).
- HR 28 juni 2002, AB 2003/102, m.nt. F.J. van Ommeren, NJ 2003/676, m.nt. H.J. Snijders.
- HR 8 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8216.
- HR 7 mei 2004, AB 2004/439, m.nt. G.A. van der Veen, JBPR 2005/1, m.nt. C.N.J. Kortmann.
- HR 29 oktober 2004, NJ 2006/203, m.nt. H.J. Snijders.
- HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR6026.
- HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774 (Kuijpers/Valkenswaard).
- HR 20 maart 2007, AB 2007/249, m.nt. A.B. Blomberg.
- HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078.
- HR 17 december 2010, AB 2011/25 m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2011/89 m.nt. M.R. Mok (ARS/Staat).
- HR 19 januari 2011, AB 2002/382, m.nt. P.J.J. van Buuren.
- HR 29 april 2011, AB 2011/306, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.
- HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7637.
- HR 9 maart 2012, NJ 2012/379, m.nt. M.R. Mok.
- HR 4 april 2014, AB 2014/301, m.nt. F.J. van Ommeren.
- HR 6 februari 2015, AB 2015/90, m.nt. F.J. van Ommeren.
- HR 20 maart 2015, AB 2016/343 m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2015/361 m.nt. J.W. Winter.
- HR 3 april 2015, AB 2015/213, m.nt. T.N. Sanders, JBPR 2015/35, m.nt. C.N.J. Kortmann.
- HR 22 mei 2015, AB 2016/267 m.nt. G.A. van der Veen en C.N.J. Kortmann, NJ 2016/262 m.nt. H.J. Snijders (Staat/Privacy First).
- HR 27 november 2015, JOR 2016/52, m.nt. J.L. Smeehuijzen.
- HR 3 juni 2016, AB 2016/268 m.nt. F.J. van Ommeren en C.N.J. Kortmann, NJ 2017/46 m.nt. T. Barkhuysen en M. Claessens (Universiteiten/SCAU).
- HR 3 juni 2016, AB 2017/132, m.nt. C.N.J. Kortmann.
- HR 6 januari 2017, AB 2017/407, m.nt. C.N.J. Kortmann.
- HR 14 februari 2017, AB 2017/421, m.nt. J.E. van den Brink en L.W. Verboeket.
- HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:310.
- HR 5 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:12.

Advocaat-Generaal

- Conclusie A-G Langemeijer 13 september 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE8216.
- Conclusie A-G Wuisman 27 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:418.

Gerechtshoven

- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 mei 2001, ECLI:NL:GHHSE:2001:AB1951.
- Gerechtshof Arnhem 22 juni 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AQ5613.
- Gerechtshof 's-Gravenhage 4 mei 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM3475.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 juni 2011, ECLI:NL:2011:BQ7541.
- Gerechtshof Arnhem 13 september 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BT1961.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 november 2013, AB 2014/56, m.nt. T.N. Sanders.
- Gerechtshof Den Haag, 22 september 2014, JB 2014/209, m.nt. B. de Kam.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 19 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:907
- Gerechtshof Amsterdam 17 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4819.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2016, rol nr. 200.181.746/01 (niet gepubliceerd).
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:349.

Rechtbanken

- Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8656.
- Rb. Arnhem 26 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM6268.
- Vzr. Rb. Utrecht 25 mei 2010, AB 2010/174, m.nt. F.C.M.A. Michiels.
- Rb. Dordrecht 2 september 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BN5669.
- Rb. Zutphen 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BO0324.
- Rb. Rotterdam 18 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4582.
- Rb. Groningen 4 april 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ8504.
- Vzr. Rb. Haarlem 19 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4353.
- Rb. Rotterdam 15 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8138.
- Rb. Zwolle-Lelystad 7 juli 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR2017.
- Rb. Leeuwarden 2 november 2011, ECLI:NL:2011:BU3382.
- Rb. Rotterdam 17 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU4946.
- Rb. 's-Gravenhage 1 februari 2012 ECLI:NL:RBSGR:2012:BV3384.
- Rb. Almelo 22 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV7750.
- Rb. Arnhem 29 februari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV9817.
- Rb. Breda 7 maart 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV7835.
- Rb. Zwolle-Lelystad 22 maart 2012, ECLI:NLRBZLY:2012:BV9649.
- Rb. Utrecht 2 april 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW4360.
- Rb. 's-Hertogenbosch 24 april 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW6147.
- Rb. Dordrecht 30 mei 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BW7388.
- Rb. Alkmaar 14 juni 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BW9392.
- Rb. 's-Gravenhage 11 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX3435.
- Rb. Dordrecht 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX6955.

- Rb. Amsterdam 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:6461.
- Rb. Amsterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7231.
- Rb. Amsterdam 21 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY7231.
- Vzr. Rb. Breda 6 december 2012, ECLI:NLRBBRE:2012:BY5330.
- Rb. Haarlem 21 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY7792.
- Rb. Oost-Nederland 5 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5857.
- Rb. Midden-Nederland 8 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ1076.
- Rb. Den Haag 3 april 2013, Gst. 2013/68, m.nt. T.N. Sanders.
- Rb. Gelderland 10 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA0327.
- Rb Den Haag 8 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA0205.
- Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7936.
- Rb. Gelderland 11 juli 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:1567.
- Rb. Rotterdam 24 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6059.
- Rb. Zeeland West-Brabant 12 december 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:9939.
- Rb. Overijssel 16 december 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:3255.
- Rb. Gelderland 25 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1145.
- Rb. Midden-Nederland 9 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ7995.
- Rb. Limburg 12 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.
- Rb. Oost-Brabant 29 april 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2212.
- Rb. Noord-Holland 12 mei 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:4613.
- Rb. Noord-Nederland 21 mei 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2619.
- Rb. Den Haag 26 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8039.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 7 augustus 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:5692.
- Rb. Noord-Nederland 7 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5762.
- Rb. Limburg 22 december 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:11107.
- Rb. Rotterdam 23 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:343.
- Rb. Gelderland 27 januari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:441.
- Rb. Oost-Brabant 30 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:356.
- Rb. Oost-Brabant 10 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3913.
- Rb. Overijssel 14 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3357.
- Rb. Midden-Nederland 16 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5392.
- Rb. Limburg 17 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6045.
- Rb. Den Haag 31 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9098.
- Rb. Oost-Brabant 13 augustus 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4834.
- Rb. Noord-Holland 18 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7834.
- Rb. Rotterdam 22 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6971.
- Rb. Gelderland 25 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6056.
- Rb. Gelderland 29 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6027.
- Rb. Rotterdam 10 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7288.
- Rb. Limburg 13 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9287.
- Rb. Gelderland 27 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6589.
- Rb. Den Haag 12 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13356.

- Rb. Zeeland-West-Brabant 8 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8722.
- Rb. Oost-Brabant 10 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7033.
- Rb. Rotterdam 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9061.
- Rb. Rotterdam 18 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9450.
- Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8122.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 7 januari 2016, rol nr. BRE 15/4898 (niet gepubliceerd).
- Rb. Zeeland-West-Brabant 11 januari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:280.
- Rb. Den Haag 21 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:722.
- Rb. Gelderland 27 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:641.
- Rb. Den Haag 9 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1228
- Rb. Limburg 11 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1166.
- Rb. Rotterdam 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1131.
- Rb. Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1138.
- Rb. Den Haag 4 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2510.
- Rb. Midden-Nederland 11 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3194.
- Rb. Den Haag 16 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2684.
- Rb. Midden-Nederland 5 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2331.
- Rb. Den Haag 13 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3974.
- Rb. Den Haag 21 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4322.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 22 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2700.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 22 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2705.
- Rb. Den Haag 24 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3125.
- Rb. Gelderland 28 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2340.
- Rb. Rotterdam 28 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3164
- Rb. Zeeland-West-Brabant 25 mei 2016, rol nr. C/02/308761 (niet gepubliceerd).
- Rb. Noord-Holland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4382.
- Rb. Den Haag 2 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5972.
- Rb. Gelderland 2 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2933.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 7 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3635.
- Rb. Midden-Nederland 16 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3424.
- Rb. Den Haag 14 december 2016, rol nr. SGR 16/6082, (niet-gepubliceerd).

Kamer voor Gerechtsdeurwaarders

- KvG 27 februari 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:YB0090.
- KvG 20 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:YB0745.

TREFWOORDENREGISTER

- Aanmaning 24-25, 53-54, 140-141, 172, 282-286, 292-293, 334-336, 360
- Algemene beginselen van behoorlijk bestuur 31, 76, 96, 165, 206, 259, 292, 297, 311
- Begunstigingstermijn 9, 43, 57, 59, 71-77, 79-80, 82, 139, 141, 157-158
- Beslagverbod 93, 305-306, 370
- Beslagvrije voet 20, 22, 34, 84, 93-95, 165, 189-190, 208-210, 246, 248, 251, 255, 261, 305-310, 314-315, 378-385, 392
- Bestraffend zie punitief
- Bestuurlijke boete 213-216
- Bestuurlijke incassobrief 25, 44, 53-57
- Bestuursdwang 137-166, 219-240
- Bestuursdwangbeschikking zie bestuursdwang
- Bestuursrechtelijke geldschuld 18, 19, 21, 23, 26-30, 220, 265, 288, 341, 363, 371
- Betalingsbeschikking 24, 55, 140, 200, 202, 213, 248, 252, 254-255, 265-267, 321-323
- Betwisting 274-275, 378
- Bevoegdheid tot invordering 128, 319-339
- Bewijs 62-66, 355
- Bewijseisen zie bewijs
- Bijzondere omstandigheid 66-91, 158-166, 238-240
- Buiten effect stellen 291, 409
- Concentratiebepaling 222-223, 265-268, 272-274, 277-279
- Conservatoir beslag 300-303
- Dagtekening 65-66
- Derde-belanghebbende 19-21, 27, 31, 33, 324, 341-368
- Deurwaarder 93, 286, 306-309, 314, 355, 392
- Draagkracht 22, 30, 41-43, 70, 84, 86-92, 95, 134, 139, 160-161, 166, 168, 180-182, 194-196, 215, 251, 262, 373, 380-383
- Dringende reden 208-211, 228-229, 306
- Dwangbevel 30-36, 141, 172, 281-317, 333-336
- Dwangsom 72-81, 346, 231
- Dwangsombeschikking zie dwangsom

- Evenredigheid 22, 40, 42-43, 82, 85, 90, 98, 125-133, 160-161, 165, 174, 178-182, 187, 203, 205-206, 214-216, 249-250, 254-257, 263, 311
- Evenredigheidsbeginsel zie evenredigheid
- Ex nunc 181, 206, 215, 342, 345
- Executiegeschil 289-303
- Executoriaal beslag 303-305
- Feitelijke misslag 87, 291-292
- Feitenvaststelling 56, 62-65, 354
- Formele rechtskracht 95-121
- Herziening 200-206, 211, 214, 375
- Herzieningsbeschikking zie herziening
- Hoogte dwangsom 69
- Hoogte van de kosten 147, 148, 156-157, 160-161
- Intrekking 116, 172-173, 175-187, 193, 195, 201-207, 241, 350, 351, 357, 380, 382
- Intrekkingsbeschikking zie intrekking
- Invordering 39-136
- Invorderingsbeschikking zie invordering
- Invorderingswet 28, 35, 314, 371, 396, 410, 415
- Juridische misslag 97, 292, 296, 297, 410
- Kostenverhaal 137-170
- Kostenverhaalsbeschikking zie kostenverhaal
- Kostenwet 314, 410, 413, 414
- Kwijtschelding 209-210, 257-261
- Last onder bestuursdwang zie bestuursdwang
- Last onder dwangsom zie dwangsom
- Lastgeving 40, 51, 72, 76, 77, 83, 139, 231-232, 240, 242
- Misbruik van recht 68, 294, 297-298, 312, 378
- Motiveringsbeginsel 285
- Noodtoestand 87, 291, 293-294, 297, 316, 410
- Onaanvaardbaar gevolg 92, 95, 189, 195-196
- Onaanvaardbare financiële gevolgen 188-191, 209-210
- Onaanvaardbare psychische gevolgen 187-189
- Onaanvaardbare sociale gevolgen 208-209
- Ondertekening 65-66
- Overtrederschap 69, 73, 141, 145-146, 149-157, 163, 167
- Punitief 45, 46, 48-52, 132, 138, 173, 175, 196, 203, 211, 213
- Rechtmatigheidsfictie 97-133
- Rechtsgeldigheidsleer 104-121

- Reparatoir 45-52, 87-90, 94-95, 138, 166, 173, 175, 193, 196, 202-203, 211, 219
- Schorsen 254, 286, 291, 294, 364
- Stuiting 283, 326-337, 359-360, 362, 364-369
- Subsidievaststelling 171-176
- Subsidieverlening 171-173
- Terugvordering 171-197
- Terugvorderingsbeschikking zie terugvordering
- Uitstel van betaling 94, 189-190, 245-257, 262, 264, 267-289, 272, 276, 279, 336-337, 360-361, 366, 377
- Uitstelbeschikking zie uitstel van betaling
- Verjaring 319-339
- Verlenging 336-337, 333, 359, 360, 365-368
- Verlengingsbeschikking zie verlenging
- Verrekening 245-249
- Verrekeningsbeschikking zie verrekening
- Verval 319-320, 324-325, 333-367
- Vertrouwensbeginsel 75, 76, 85, 206, 292
- Verwijtbaarheid 30, 43, 77-78, 83, 86-91, 159, 163, 166, 178-185, 193, 196, 233-234, 373-375, 380-381, 385
- Verzet 35, 289-290, 235
- Wettelijke rente 261-264
- Zorgvuldigheidsbeginsel 85, 186-187, 206, 354

BIJLAGE I: FISCAAL RECHT EN TITEL 4.4 AWB

Tabel 1: afwijkingen van het fiscale recht ten opzichte van titel 4.4 Awb

Onderwerp	Bestuursrechtelijke geldschuld	Fiscale geldschuld
Vaststelling betalingsverplichting	Artikel 4:86 Awb	In afwijking: artikel 5 Awr
Betalingstermijn	Artikel 4:87 Awb	In de regel gelijk, zie: artikel 9, lid 1, IW 1990, daarnaast enkele bijzondere kortere betalingstermijn in artikel 9 IW 1990 en versnelde invordering in artikel 10 IW 1990
Betalingsverplichting zonder beschikking	Artikel 4:88 Awb	-
Girale betaling in euro's hoofdregel	Artikel 4:89 Awb	Afwijking, zie: artikel 7a, lid 1, IW 1990, uitsluitend giraal op bankrekening op naam
Kosten betaling voor schuldenaar	Artikel 4:91 Awb	-
Voorrang rente en kosten bij betaling	Artikel 4:92 Awb	Afwijking, zie: artikel 7, lid 1, IW 1990
Verrekening	Artikel 4:93 Awb	Afwijking, zie: artikel 24, lid 1 en lid 9, IW 1990
Uitstel van betaling	Artikel 4:94 Awb	Afwijking, zie: artikel 25 IW 1990
Voorschot	Artikel 4:95 Awb	Afwijking, zie artikel 13 Awr
Wijziging of intrekking voorschot of uitstel	Artikel 4:96 Awb	-
Verzuim	Artikel 4:97 Awb	Afwijking: zie artikelen 30f-30k Awr en artikelen 28-31a IW 1990
Wettelijke rente	Artikel 4:98 Awb	Afwijking: zie artikelen 30f-30k Awr en artikelen 28-31a IW 1990
Beschikking wettelijke rente	Artikel 4:99 Awb	Afwijking: zie artikelen 30f-30k Awr en artikelen 28-31a IW 1990

Onderwerp	Bestuursrechtelijke geldschuld	Fiscale geldschuld
Wettelijke rente bij niet-tijdig beslissen	Artikel 4:100 Awb	Afwijking: zie artikelen 30f-30k Awr en artikelen 28-31a IW 1990
Wettelijke rente bij uitstel of schorsing	Artikel 4:101 Awb	Afwijking: zie artikelen 30f-30k Awr en artikelen 28-31a IW 1990
Wettelijke rente bij gewijzigde of vernietigde beschikking	Artikel 4:102 Awb	Afwijking: zie artikelen 30f-30k Awr en artikelen 28-31a IW 1990
Afdeling 4.4.2 niet van toepassing indien lex spec.	Artikel 4:103 Awb	-
Verjaring	Artikel 4:104 Awb	-
Stuiting verjaring	Artikel 4:105 & 4:106 Awb	Gelijk, in aanvulling: gewone ingebrekestelling stuit ook – artikel 27, lid 1, IW 1990
Stuiting verjaring door schuldeiser niet zijnde een bestuursorgaan	Artikel 4:107 Awb	-
Verjaring beëindigt niet recht op verrekenen schuldeiser bestuursorgaan	Artikel 4:108 Awb	-
Bepalingen schuldeiser NVT bij bestuursorgaan als schuldeiser	Artikel 4:109 Awb	-
Werking stuiting bij verjaringstermijn	Artikel 4:110 Awb	-
Verlenging van de verjaringstermijn en werking	Artikel 4:111 Awb	-
Aanmaning	Artikel 4:112 Awb	Afwijking: datum dagtekening aanmaning leidend, zie: artikel 11 IW 1990
Kosten aanmaning	Artikel 4:113 Awb	Terminologische afwijking: zie artikel 2 Kostenwet
Definitie dwangbevel	Artikel 4:114 Awb	-

Onderwerp	Bestuursrechtelijke geldschuld	Fiscale geldschuld
Bevoegdheid dwangbevel	Artikel 4:115 Awb	-
Tenuitvoerlegging titel dwangbevel	Artikel 4:116 Awb	Afwijking: betekening 'als exploot'; voorts bureaubetekening mogelijk (zie artikelen 13 en 14 IW 1990)
Dwangbevel pas na aanmaning	Artikel 4:117 Awb	-
Geen hoorplicht bij aanmaning en dwangbevel	Artikel 4:118 Awb	-
Bij dwangbevel ook rente en kosten invorderbaar	Artikel 4:119 Awb	Terminologische afwijking, zie: artikel 12, lid 2, IW 1990
Kosten dwangbevel voor rekening schuldenaar	Artikel 4:120 Awb	Afwijking, zie: artikel 1 Kostenwet
Termijnen geldschuld na dwangbevel ook te executeren	Artikel 4:121 Awb	-
Inhoud dwangbevel	Artikel 4:122 Awb	-
Bekendmaking dwangbevel	Artikel 4:123, lid 1, Awb	Afwijking zie: artikel 13 en 14 IW 1990
Vermelden mogelijkheid executiegeschil ex artikel 438 Rv	Artikel 4:123, lid 2, Awb	Gelijk, maar aanvulling: mogelijkheid fiscaal verzet ook vermelden op grond van artikel 17 IW 1990
Open systeem – privaatrechtelijke bevoegdheden	Artikel 4:124 Awb	-
Concentratiebepaling accessoire geldschuld	Artikel 4:125 Awb	Werking uitgezonderd – artikel 1, lid 2, IW 1990

Verdere toelichting

Het gaat te ver om in dit proefschrift de rechtvaardigingen voor al deze afwijkingen toe te lichten, dan wel om nader te onderzoeken hoe de invordering in het fiscale recht en het algemene bestuursrecht verder kunnen worden geharmoniseerd.
In mijn MBB-artikel heb ik daarvoor een voorzet gegeven, maar het lijkt mij dat

het onderwerp voldoende stof bevat voor een proefschrift op zichzelf. Ik volsta hier daarom met de conclusie van mijn artikel:

> *"In dit artikel heb ik het fiscale invorderingsrecht en het bestuursrechtelijke invorderingsrecht met elkaar vergeleken. In algemene zin onderschrijf ik de conclusie van Vetter dat bij nadere bestudering van de twee regelingen veel bepalingen in de geldschuldenregeling uiteindelijk per saldo weer teruggenomen worden door een bepaling in de IW 1990.*[954] *De invoering van de Awb in het fiscale invorderingsrecht heeft naar mijn mening een vlees-noch-vis product opgeleverd. Dat is onwenselijk – ik denk dat de fiscale auteurs die analyse delen. Anders dan Vermeulen, Vetter en Feteris meen ik echter dat de oplossing voor het probleem dat de regelingen niet voldoende op elkaar zijn afgestemd niet is om dan maar het harmonisatieproject terug te draaien, maar juist om met volle vaart door te zetten. Daarbij erken ik dat het fiscale invorderingsrecht wellicht niet 'beter' uit dit harmonisatietraject zal komen dan zij erin is gegaan in die zin dat het algemene bestuursrecht niet specifiek is toegesneden op het fiscale recht. De kritiek van Vetter dat het fiscale invorderingsrecht van een maatpak naar een confectiepak gaat kan ik dan ook onderschrijven. Maar dat is de prijs van harmonisatie: een op maat gesneden regeling is niet altijd goed mogelijk omdat die regeling ook in andere rechtsgebieden moet kunnen worden toegepast. Naar mijn mening – anders dan de voornoemde auteurs – weegt het belang van harmonisatie echter zwaarder dan het belang van het fiscale recht om in zijn maatpak te blijven zitten.*
>
> *In dit artikel heb ik daarom een aantal wijzigingen voorgesteld. De wijzigingen behelzen het verwerken van een lappendeken in iets wat meer op één harmonieuze mantel lijkt. Ik meen dat met deze wijzigingen het fiscaal recht materieel gezien nagenoeg ongewijzigd blijft (behalve voor wat betreft de belastingdeurwaarder en de kosten daarvoor), zodat het belang van het fiscale recht zich niet verzet tegen deze aanpassingen. Dat het door fiscalisten als vervelend wordt ervaren dat men nu ook naar de Awb moet kijken neem ik ter kennisgeving aan: dat is de prijs die betaald moet worden voor harmonisatie in de Nederlandse bestuurswetgeving. In ruil daarvoor weet de burger altijd waar hij aan toe is, of het nu een belastingschuld, een dwangsom of een subsidie is."*[955]

954 J.J. Vetter, 'De Invorderingswet 1990, titel 4.4 van de Awb en de invordering van belastingen; van maatpak tot confectiepak, doch tot lappendeken', MBB 2009, 12, p. 447.

955 T.N. Sanders, 'Het fiscale invorderingsrecht en de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling: tijd om van een lappendeken een harmonieuze mantel te maken?', MBB 2016/04, onderdeel zes.

Het beeld dat de 'fiscale wereld' ondanks een poging tot harmonisatie toch nog een eigen eiland is gebleven wordt overigens ook herhaald voor wat betreft de Awir, zoals in de evaluatie van de geldschuldenregeling mijns inziens terecht wordt opgemerkt:

> *"In het algemeen geeft de Awir het beeld dat op grote schaal van de Awb wordt afgeweken. Titel 4.2 Awb en artikel 4:125 Awb zijn buiten toepassing verklaard. Verder zijn er voor verrekeningsbeschikkingen, voor de regeling dwangsom bij niet tijdig beslissen (par 4.1.3.2 Awb) en bij de bestuurlijke boete bij onregelmatige informatieverstrekking door belanghebbenden en derden allerlei Awb bepalingen en regelingen buiten toepassing verklaard. Ook is er veel 'bijzonders' geregeld: In het algemeen wordt aangesloten bij de fiscale praktijk. De reden daarvoor is vooral van praktische aard. De regeling wordt uitgevoerd door de B/T: die uitvoeringspraktijk is gewend aan de fiscale manieren en de computersystemen waarop de uitvoering berust zijn daarop ingericht. Toepassing van de geldschuldenregeling van de Awb zou derhalve leiden tot hoge uitvoeringskosten en -lasten, aldus geïnterviewden, terwijl de voordelen daarvan niet evident zijn. Er wordt wel gewerkt aan harmonisering van de regelgeving, maar dat streven is vooral gericht op harmonisatie van de invorderingsbepalingen van de Awir met die van de IW 1990: harmonisatie met (titel 4.4 van) de Awb is geen prioriteit. Binnen de Belastingdienst wordt het ook als lastig ervaren dat er voor de invorderingsprocessen van belastingen en van toeslagen verschillende rechtsgangen bestaan."*[956]

956 W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 140.

Stellingen behorende bij het proefschrift 'De invordering en executie van (herstel)sancties bij dwangbevel' van T.N. Sanders

1. Een bestuursrechtelijke dwangsom of de kosten van bestuursdwang moeten ingevorderd worden, behoudens bijzondere omstandigheden.
2. De bijzondere omstandigheden waarin mag worden afgezien van de invordering van bestuursrechtelijke dwangsommen of de kosten van bestuursdwang zijn omstandigheden die niet in het sanctiebesluit (de last) hadden kunnen worden meegewogen en die leiden tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst of verwijtbaarheid van de overtreding dan wel de beperkte draagkracht van de overtreder, of die niet tot de risicosfeer van de overtreder behoren en een absoluut beletsel vormen voor het tijdig uitvoeren van de last.
3. De draagkracht en verwijtbaarheid worden thans ten onrechte betrokken in de beoordeling van het besluit tot intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie.
4. Een derde kan alleen belang hebben bij invordering van een herstelsanctie als hij nog belang bij handhaving heeft.
5. De rechtmatigheidsfictie is noodzakelijk teneinde de rechtsgeldigheidsleer kracht bij te zetten en in het verlengde daarvan om de rechtszekerheid te waarborgen.
6. De keuze van de hoogste bestuursrechters om de bestuurlijke lus toe te passen bij de bestuurlijke boete is in strijd met de bedoeling van de wetgever.
7. Het bestuursrecht is zo complex geworden dat partijen zonder professionele rechtsbijstand significant minder kansen hebben om in bezwaar of beroep gelijk te krijgen.
8. De bestuursrechter heeft door een liberale toepassing van artikel 6:22 Awb bestuursorganen aangemoedigd om de Awb selectief toe te passen.
9. Piero Calamandrei had gelijk toen hij schreef: "[e]en goed gemotiveerd vonnis wil niet altijd zeggen een rechtvaardig vonnis en omgekeerd. Vaak wijst een korte, achteloze motivering erop, dat de rechter bij de beslissing zo overtuigd was van de juistheid zijner conclusie, dat hij het verloren tijd achtte."
10. De typering van Nico Verheij van beoefenaren van het fiscale bestuursrecht als "een sekte" is technisch correct.
11. Piero Calamandrei had gelijk toen hij schreef: "[h]et pleidooi der advocaten wordt door veel rechters beschouwd als een tijd van geestelijke rust: de rechter keert met zijn gedachten tot de zaak terug wanneer de advocaat gaat zitten."
12. De Peel-Raamstelling was de slechtst verdedigbare stelling in de vaderlandse geschiedenis.