



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

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 gesignaleerd³³ 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 invorderingsbeschikking³⁴

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 of het bestuursorgaan handhavend optreedt (als er geen derde-belanghebbende 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 verbeurde 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 4:38 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 juist 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 invorderingsbeschikking⁵⁶

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.

strafvervolgning 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 strafvervolgning 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 strafvervolgning 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 strafvervolgning 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:2009: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 Sluijs⁶³ alsook Alders⁶⁴ 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. Doornbos 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 ontleen 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. Reparatieve 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 dwang-sombesluit 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 Michiels⁸⁸) 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 Awb⁹¹ 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 éérs 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 aangesloten⁹⁷ 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 waarschuwingfunctie 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 gezien 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 overtreederschap, 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 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 verbeurt 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 gevergede 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 zijn¹¹⁵: (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 aanwezigte “*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 aan-gevoerd 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 rechts-middelen aangewend, zodat dat besluit in rechte onaantastbaar is. De recht-matigheid van de aan [appellant] opgelegde last is daarmee gegeven. In haar uitspraak van heden, ECLI:NL:RVS:2017:2494, ten aanzien van de recreatie-woning 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 recreatie-park 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: Vrz. 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	Effectuering
Uitvoerbaarheid last	
Begunstigingstermijn	
Evenredigheid sanctie	
Overtrederschap	

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 schermafdruck 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 uitspraak¹²⁴ 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 controlebaar 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 aan-nemelijk 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 omstandigheden¹³³

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 bestuurs-rechtspraak 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 2018¹⁴³ en 16 mei 2018¹⁴⁴ 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 V.zr. 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 V.zr. 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 gevergeerde 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 tijdsdruk 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 dwang-sombeschikking 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 recht-bank 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 eigendoms-overdracht 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 toe, 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 V.zr. 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 aangeschreven 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 2015¹⁸³ en 28 december 2016¹⁸⁴ 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 verlening 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 “[v]olledige 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 V.zr. 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 V.z. 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 tijdens 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 2018²⁰⁰ 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 overheidscrediteuren optreden, 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 evenredigheidsbeginsel moet het invorderingsbesluit natuurlijk ook aan de andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden getoetst. Zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel 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 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 betreft. 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 betreft 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 dwangsbesluit 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 terugvorderings-traject 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 verstrekkenere 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

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 mislagen 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 Etekoven 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 Etekoven, ‘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 gezien) 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 Ettehoven²¹⁹ en Roozendaal²²⁰ noemen dit gevolg echter de “onaantastbaarheid”

²¹⁵ B.J. van Ettehoven, ‘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 Ettehoven, ‘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 begriip 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/Staat²²⁴ 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 alcoholslotprogramma 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:ZCo718; 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 Etteken,²³¹ Roozendaal,²³² en Widdershoven²³³ noemen deze fictie simpelweg “*de formele rechtskracht*”. Van Angeren²³⁴ en Scheltema²³⁵ 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 ‘*rechtmatigheidsfictie*’, 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 Etteken, ‘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 vervolgpcedure van de juistheid van dat oordeel dient uit te gaan.²³⁹ Dit noemt men ook wel het ‘gezag van gewijsde’.²⁴⁰ De CRvB²⁴¹ en het CBb²⁴² hanteren vergelijkbare lijnen. Van Etteken ziet dit leerstuk niet als onderdeel van ‘de formele rechtskracht’. Van Etteken 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 Etteken, ‘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 Schueler²⁵³, Kortmann²⁵⁴ en Ortlep²⁵⁵ 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 burens (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 onvolgende zijn om de rechtmatigheidsfictie 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 onantastbaarheid 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 tegen-
geworpen 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 onaantast-
baar besluit weliswaar in overeenstemming wordt geacht met het objectieve recht,
dat wil zeggen: rechtsgeldig is, maar dat dit niet impliceert dat zij automatisch recht-
matig 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 rechtmatig-
heidsfictie 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 Ettekov en M.W. Scheltema.²⁷⁶ Daarbij merkt hij op dat hij zich afvraagt of Van Ettekov 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 zaak²⁷⁸ 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 principiële 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 principiële 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 Ettehoven 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 duuractiviteiten dan tot in de lengte der dagen aansprakelijk voor de schade die is veroorzaakt door het verlenen van de (onrechtmatige) vergunning. Dat kan verstrekken 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 2017²⁸⁰ (en de uitspraken van 21 maart 2018²⁸¹ en 16 mei 2018²⁸²) 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 zijn²⁸³. 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 Ettekovén 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 Ettekovén, ‘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 rots-vaste 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 2016²⁹² 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 2018²⁹³ 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 rechtmatigheidsfictie 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 bestuursrechtters 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 gereede 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 HR³⁰⁵ en de alcoholslotprogramma uitspraken van de ABRvS³⁰⁶ (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 gemorrelt 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 aan-gevoerd 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 evenredigheidstoets”*.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 onverschuldigheid 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 n t 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 vermoed-

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 schuldsanerings-regeling.