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).

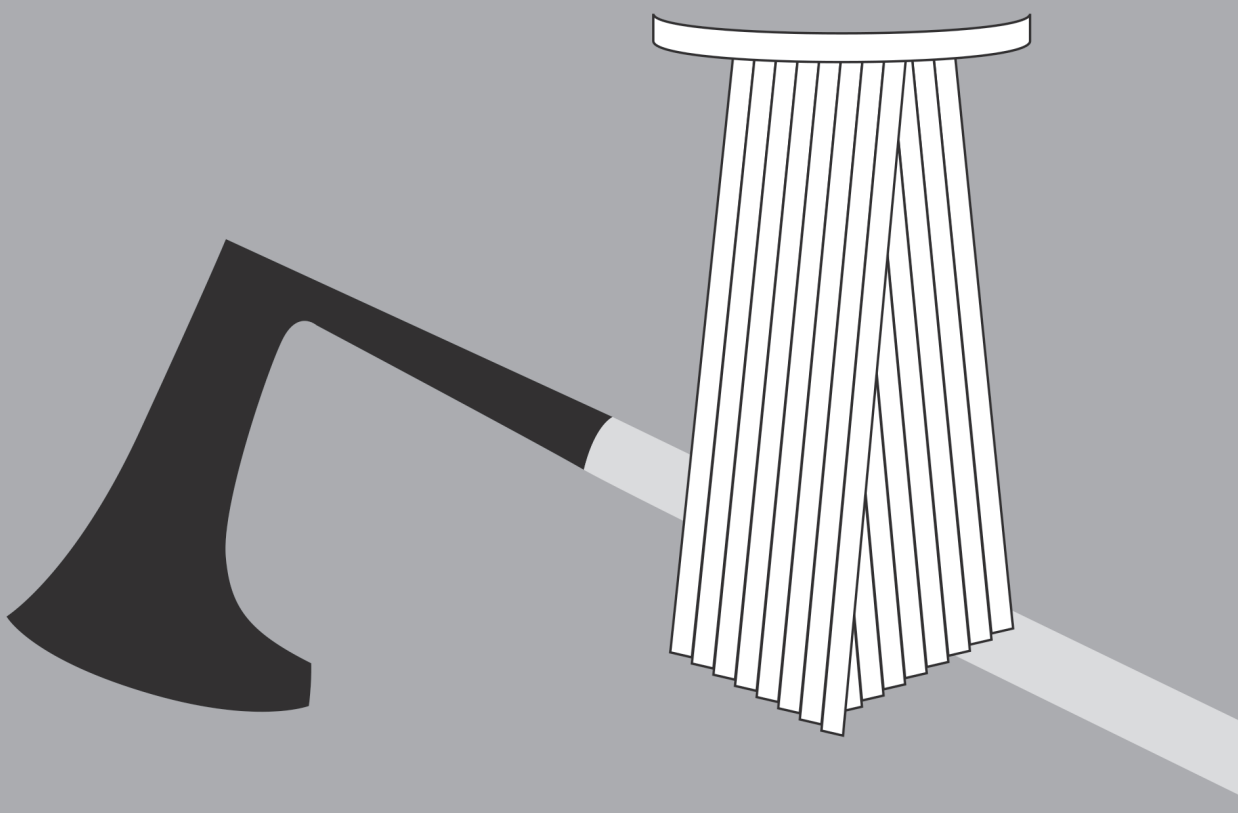
Cover Page

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

3



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

3.1 Inleiding

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

3.2 De last onder bestuursdwang en het kostenverhaal

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

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

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

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

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

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

En:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3 Verhouding tussen de bestuursdwangbeschikking en de kostenverhaalsbeschikking

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

3.3.1 Wanneer moet de precieze overtreder aangewezen worden?

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

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

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

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

a. De tekst van de wet

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

b. De wetsgeschiedenis

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

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

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

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

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

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

c. De bedoeling van de wet

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

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

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

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

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

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

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

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

d. Jurisprudentie

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

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

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

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

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

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

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

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

e. Tussenconclusie overtrederschap

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

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

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

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

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

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

3.3.2 Wanneer moet worden bepaald of kostenverhaal redelijk is?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.4 Tussenconclusie verhouding bestuursdwangbeschikking en kostenverhaal

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

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

3.4 Welke kosten kunnen worden verhaald?

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

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

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

3.4.1 Kosten die te herleiden zijn tot de last

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

356 Ibidem.

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

3.4.2 Noodzakelijke, redelijke en daadwerkelijk gemaakte kosten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.4.3 Na de begunstigingstermijn en bij zeer spoedeisendheid geen voorbereidingskosten

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

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

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

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

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

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

3.5.1 Ontbreken van verwijtbaarheid en mate waarin algemeen belang is betrokken

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

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

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

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

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

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

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

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

3.5.2 Hoogte van de kosten

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

> *"De hoogte van het inkomen van* [appellant]*, wat daar ook van zij, hoefde voor het college geen aanleiding te vormen om geheel of gedeeltelijk van kostenverhaal af te zien. Overigens heeft het college ter zitting aangegeven dat met* [appellant] *een betalingsregeling kan worden getroffen, zodat gespreide betaling van het verschuldigde bedrag kan plaatsvinden."*[398]

Hoewel Van Buuren, Jurgens en Michiels er vanuit lijken te gaan dat de financiële omstandigheden van de overtreder in dit kader wel degelijk relevant zijn,[399] ben ik in de jurisprudentie van de ABRvS (vooralsnog) geen enkel geval tegengekomen waarin de financiële omstandigheden van de overtreder daadwerkelijk heeft geleid tot een (gedeeltelijke) vermindering van de te verhalen kosten. Dat sluit overigens wel weer aan op de opmerking van Michiels in zijn noot bij ABRvS 10 mei 2006,[400] waarin hij betoogde dat men ook niet afziet van de kosten van bestuursdwang "*als de overtreder krap bij kas zit*". In dat verband is interessant om te zien dat het CBb op dit vlak weliswaar een coulantere lijn lijkt te hanteren (dat kostenverhaal onevenredig

395 ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2036.

396 ABRvS 1 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX3240.

397 ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3110.

398 ABRvS 22 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2321.

399 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 197: "*Bestuursdwang en kostenverhaal horen dus (in beginsel) bij elkaar.* [...] *Dit betekent echter niet, dat bestuursdwang in het geheel niet mogelijk respectievelijk niet toegestaan zou zijn zonder de kosten ten laste van de overtreder(s) te brengen.* [...] *Een reden daarvoor kan zijn dat de overtreder insolvent is en derhalve de kosten niet kan betalen.*"

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

is als de overtreder "*financieel niet in staat zou zijn om de kosten te voldoen*"[401]) maar dat ook het CBb in de mij bekende jurisprudentie nog nooit in de financiële omstandigheden van de overtreder aanleiding heeft gezien om de kosten te verminderen.

De vraag kan nog gesteld worden of het criterium wel bestaansrecht heeft. In feite is de aan te leggen toetsing immers niet wezenlijk naders dan de bijzondere omstandigheid. In dat kader wijs ik er ook op dat 'de hoogte van de kosten' in feite niets meer is dan een evenredigheidstoets – die ook in het kader van de bijzondere omstandigheid wordt verricht. Daarbij wijs ik erop dat dit criterium minder belangrijk lijkt te zijn dan de andere twee. Het komt ook voor dat het criterium gewoon niet wordt genoemd in de standaardoverweging die de Afdeling gebruikt in een uitspraak.[402] Ik meen dat het criterium geen toegevoegde waarde heeft en in zoverre achterwege zou kunnen worden gelaten.

3.5.3 (Criteria voor) de bijzondere omstandigheid

Het derde geval waarin de kosten niet redelijkerwijze ten laste kunnen komen van de overtreder zijn 'bijzondere omstandigheden'. Naar zijn aard betreft het casuïstische jurisprudentie. Wat in ieder geval geen bijzondere omstandigheid is, is het gebrek aan antecedenten van de overtreder.[403] Ook de leeftijd van de overtreder[404] en het belang van de volksgezondheid[405] zijn geen bijzondere omstandigheid.

Financiële omstandigheden zijdens de overtreder (gebrek aan middelen) zijn in beginsel ook geen bijzondere omstandigheid, hoewel de draagkracht van de overtreding niet in zijn geheel wordt uitgesloten als mogelijke bijzondere omstandigheid.[406]

Wel bijzondere omstandigheden zijn het feit dat het voor een belangrijk deel aan het gemeentebestuur te wijten was dat er een gespannen toestand was die extra veiligheidsmaatregelen noodzakelijk maakte. De daarvoor gemaakte extra kosten – hoewel op zich noodzakelijk en redelijk gelet op de omstandigheden – konden niet verhaald worden volgens de rechtbank Limburg.[407]

401 CBb 30 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:315, zie verder CBb 30 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:413 en CBb 30 augustus 2013, ECLI:NL:CBB:2013:124: *"Appellants financiële situatie is weliswaar niet rooskleurig, maar daaruit volgt niet zonder meer dat hij financieel niet in staat zou zijn om de kosten te voldoen. Daarbij acht het College mede van belang dat appellant met zijn financier een betalingsregeling overeen is gekomen en dat hij heeft verklaard grond te kunnen verkopen."*

402 Zie bijvoorbeeld ABRvS 19 april 2017, AB 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.

403 ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2036.

404 ABRvS 19 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6748.

405 ABRvS 7 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1661.

406 ABRvS 21 december 2016, AB 2017/65, m.nt. T.N. Sanders.

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

De ABRvS is voorts van oordeel dat het door de overheid schenden van het huisrecht van een appellant door het binnentreden van een woning zonder machtiging in strijd met artikel 5:27 Awb een bijzondere omstandigheid vormt.[408]

Een bijzondere omstandigheid achtte de ABRvS aanwezig in een uitspraak van 19 april 2017. Daarin nam de ABRvS een bijzondere omstandigheid aan die noopte tot matiging van de kosten van bestuursdwang met 50% in het geval van een appellant die hoarding-syndroom heeft (een ziekelijke verzamelwoede die zich kenmerkt door persisterende moeite om bezittingen weg te doen of er afstand van te nemen, ongeacht de werkelijke waarde). Daartoe overweegt de ABRvS:

> *"6.4. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, valt* [appellant sub 2] *geen doch in ieder geval een minder groot verwijt te maken van de ontstane situatie in haar woningen, zodat de kosten redelijkerwijs niet volledig op haar kunnen worden verhaald. Het voorgaande betekent dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat het college de kosten van de toepassing van bestuursdwang niet volledig op* [appellant sub 2] *heeft kunnen verhalen en dat zij, nu het dat wel heeft gedaan, terecht aanleiding heeft gezien het besluit van 15 juni 2015 te vernietigen."*[409]

De vraag kan nog gesteld worden of de 'bijzondere omstandigheid' bij kostenverhaal gelijk is aan de bijzondere omstandigheid bij de invordering van dwangsommen. Dat is naar ik meen het geval. Als men de bijzondere omstandigheid bij kostenverhaal toetst aan de criteria zoals geformuleerd door mij voor de bijzondere omstandigheid bij dwangsommen, dan blijken die criteria goed toepasbaar bij kostenverhaal. Ik meen dan ook dat voor de vraag wanneer iets een bijzondere omstandigheid is die tot het (gedeeltelijk) afzien van kostenverhaal noopt, aangesloten moet worden bij de in onderdeel 2.6.6 van dit proefschrift door mij geformuleerde criteria voor het aannemen van een bijzondere omstandigheid. In het geval van de bijzondere omstandigheid bij kostenverhaal zou ik deze als volgt formuleren:

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

EN

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

OF

408 ABRvS 31 oktober 2012, AB 2013/72, m.nt. F. Spijker en C.M.M. van Mil, JB 2012/279 m.nt. B. Kaya, Gst. 2013/34, m.nt. F.R. Vermeer. Zie ook ABRvS 23 augustus 2017, AB 2017/349, m.nt. C.M.M. van Mill.

409 ABRvS 19 april 2017, AB 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.

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

Ik verwijs kortheidshalve naar onderdeel 2.6.6. voor de motivering van de door mij geformuleerde criteria en de reikwijdte daarvan. De last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang vertonen hetzelfde voorwaardelijke getrapte karakter van de sanctie en hebben beide een herstellend karakter.

Criterium 1 behelst de leer van de formele rechtskracht en de werking daarvan. De onderwerpen die in de bestuursdwangbeschikking aan de orde had kunnen komen, kunnen niet nogmaals aan de orde komen in het kader van de bijzondere omstandigheid. Opmerking verdient wel dat bij de kostenverhaalsbeschikking iets meer onderwerpen aan de orde lijken te kunnen komen dan het geval is bij de invorderingsbeschikking (met name het overtrederschap en de redelijkheid van de sanctie), maar dat dit op zich niet beïnvloed wat er aan de orde kan komen in het kader van de bijzondere omstandigheid omdat die aspecten separaat worden beoordeeld. Voorts is interessant om erop te wijzen dat hoewel de hoogte van de sanctie primair aan de orde komt in de kostenverhaalsbeschikking (immers, pas dan zijn de exacte kosten bekend), dit veelal een feitelijke discussie is: zijn de kosten wél of niet terecht gemaakt (zie onderdeel 3.4). Uitzondering daarop zijn kosten die verband houden met onrechtmatig of verwijtbaar handelen van de overheid in de daadwerkelijke uitvoering van bestuursdwang (zie daarvoor onderdeel 3.4.2).

Voor criterium 2A verwijs ik naar onderdeel 2.6.6 onder b van dit proefschrift. Verder merk ik op dat bij bestuursdwang het geval zich voordoet dat als de overtreder na het verstrijken van de termijn, maar voordat het bestuursorgaan feitelijk optreedt, de overtreding beëindigt, daarmee alsnog het kostenverhaal (gedeeltelijk) kan worden belet. Als de overheid immers geen kosten maakt om de overtreding te beëindigen, dan is het ook niet nodig om die te verhalen.

Voor criterium 2B verwijs ik naar onderdeel 2.6.6 onder c van dit proefschrift. Verder merk ik op dat bij het kostenverhaal bij bestuursdwang veel nadrukkelijker de verwijtbaarheid van de overtreding van de last relevant wordt geacht. Dat blijkt bijvoorbeeld duidelijk uit de hoardingsyndroom uitspraak waarin het de beperkte mate van verwijtbaarheid was die de doorslag gaf voor het aannemen van een bijzondere omstandigheid.[410] In die sleutel kan ook de jurisprudentie van de ABRvS worden geplaatst dat indien bij de toepassing van bestuursdwang zonder machtiging is binnengetreden de kosten niet kunnen worden verhaald: in dat geval heeft het

410 ABRvS 19 april 2017, AB 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.

bestuursorgaan zeer verwijtbaar gehandeld.[411] Daar waar dit aspect veelal impliciet mee lijkt te worden gewogen bij de invordering van dwangsommen, overweegt de ABRvS in het kader van kostenverhaal expliciet dat de verwijtbaarheid wel wordt meegewogen bij de vraag of kostenverhaal redelijk is.

A-G Wattel heeft in zijn Conclusie van 4 april 2018 over onder meer het kostenverhaal de conclusie getrokken dat kostenverhaal van een andere aard is dan de invordering van een dwangsom, zodat er meer ruimte is voor het afzien van de invordering van een dwangsom dan er is om af te zien van kostenverhaal. Naar de mening van A-G Wattel is kostenverhaal een vorm van 'schadevergoeding', terwijl dwangsommen te kwalificeren zijn als 'windfall profit' voor de overheid. Dat rechtvaardigt een onderscheid. Die mening deel ik niet, maar daar zal ik in hoofdstuk 7 nader op in gaan. Hier constateert ik dat naar mijn mening dat (vermeende) karakter verschil mijns inziens niet afdoet aan het nut van de criteria voor beide sancties. Als men zou moeten concluderen dat er inderdaad eerder aanleiding is om af te zien van invordering bij dwangsommen dan er is om af te zien van kostenverhaal, dan zijn mijn criteria volgens mij nog steeds bij beide sancties toepasbaar. Het ligt dan wel voor de hand om bij de praktische toepassing van die criteria soepeler te zijn bij de invordering bij dwangsommen dan bij het kostenverhaal (bijvoorbeeld dat bij de invordering van dwangsommen eerder voldaan is aan criterium 2b dan bij het kostenverhaal).

Daarnaast is belangrijk om te vermelden dat A-G Wattel in zijn Conclusie van 4 april 2018 heeft afgezien van het formuleren van criteria. De A-G heeft volstaan met het opsommen van de gevallen die volgens hem een bijzondere omstandigheid zijn:

> *"kostenverhaal moet onder meer en onder omstandigheden gematigd of achterwege gelaten worden (i) bij ontbreken van of geringe verwijtbaarheid van de overtreding c.q. van het niet kunnen voldoen aan de last indien tegelijk het algemene belang sterk betrokken is bij overheidsingrijpen, (ii) voor zover onredelijk hoge of duidelijk onnodige kosten zijn gemaakt voor de bestuursdwang, (iii) in gevallen waarin de overtreder ten onrechte geen of onvoldoende kans heeft gehad – met name als gevolg van onnodige spoedhandhaving – om zelf de overtreding te beëindigen, (iv) als bij de bestuursdwang fundamentele rechten van de overtreder zijn geschonden, (v) als het niet voldaan (kunnen) zijn aan de last (mede) aan de overheid ligt, (vi) als het bestuursorgaan heeft toegezegd dat (deels) niet zal worden verhaald of een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt, (vii) als het verdedigingsbeginsel is geschonden en daardoor de verhaalbeschikking mogelijk ongunstiger is uitgepakt dan zonder die*

411 ABRvS 31 oktober 2012, AB 2013/72, m.nt. F. Spijker en C.M.M. van Mil, JB 2012/279 m.nt. B. Kaya, Gst. 2013/34, m.nt. F.R. Vermeer. Zie ook ABRvS 23 augustus 2017, AB 2017/349, m.nt. C.M.M. van Mill.

schending, (viii) als te voorzien valt dat de overtreder beneden de beslagvrije voet wordt geduwd als gevolg van het niet goed functioneren daarvan, met name door ongecoördineerd overheidscrediteurenoptreden, en/of te voorzien valt dat de overtreder geen toegang heeft tot de WSNP en onredelijk lang (i.e. in elk geval meer dan drie jaar) op het bestaansminimum moet leven indien volledig verhaald wordt, of (ix) meer herstelsancties, met name lasten onder dwangsom, strekkende tot wezenlijk dezelfde last, temporeel cumuleren"

Ik kan mij niet vinden in deze opsomming. Niet zozeer omdat ik niet vind dat deze omstandigheden in de weg kunnen staan aan het kostenverhaal – de genoemde omstandigheden staan inderdaad in de weg aan kostenverhaal – maar omdat hier mijns inziens een aantal aspecten door elkaar worden gehaald. Ten eerste is er de vaststelling van de bevoegdheid om de kosten te verhalen (of bijvoorbeeld ten onrechte zeer spoedeisende bestuursdwang is toegepast) en de feitelijke beoordeling van de gemaakte kosten van bestuursdwang (of de verhaalde kosten daadwerkelijk zijn gemaakt en redelijkerwijs noodzakelijk waren om aan de last te voldoen – zie onderdeel 3.4.2). Ten tweede is er de vraag of de kostenverhaalsbeschikking in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ten derde is er de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, waarbij (volgens mij) de standaardoverweging ten aanzien van kostenverhaal – en de bijzondere omstandigheid als uitzondering – daarvan de invulling is bij het kostenverhaal. A-G Wattel benoemt deze aspecten in één adem. Hij ziet de bijzondere omstandigheid kennelijk als 'alle omstandigheden die kostenverhaal kunnen beletten'. Daar ben ik het niet mee eens. Volgens mij gaat in het kader van de bijzondere omstandigheid alleen over het derde punt (het evenredigheidsbeginsel). Dat neemt natuurlijk niet weg dat de andere omstandigheden ook in de weg kunnen staan aan kostenverhaal, maar dat maakt het (volgens mij) nog geen bijzondere omstandigheid (zie ook onderdeel 2.6.6.).

Naar mijn mening zijn criteria (i), (v) en (viii) bijzondere omstandigheden. Criterium (ii) ziet op de vaststelling van wat de daadwerkelijk, noodzakelijke redelijkerwijs gemaakte kosten van bestuursdwang zijn (zie onderdeel 3.4.2). Bij die toetsing speelt evenredigheid geen rol. Het is een feitelijke beoordeling of de kosten voortvloeien uit de last, of ze daadwerkelijk zijn gemaakt en of die kosten ook redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de toepassing van bestuursdwang. Dat is dus volgens mij geen bijzondere omstandigheid. Criterium (iii) is de vraag of in strijd met artikel 5:25, lid 3, Awb wordt gehandeld (zie onderdeel 3.4.3), danwel of onbevoegd spoedeisende bestuursdwang is toegepast. Bij die toetsing speelt evenredigheid ook geen rol maar wordt getoetst of er een grondslag is voor kostenverhaal. Dat is volgens mij dus ook geen bijzondere omstandigheid. Criteria (iv), (v) en (vii) zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (dan wel de Unierechtelijke beginselen). Dat zijn ook geen bijzondere omstandigheden lijkt mij (zie ook onderdeel 2.6.6). Criterium (ix) betreft

de cumulatie en het verrekenen van verschuldigde dwangsommen met de te verhalen kosten van bestuursdwang. Zoals reeds toegelicht onder 2.6.6.: ik ben het daar principieel mee oneens. Ik verwijs kortheidshalve naar dat betoog.

3.5.4 Draagkracht en verwijtbaarheid als bijzondere omstandigheid

De vraag kan nog gesteld worden in hoeverre de verwijtbaarheid en de draagkracht bij de effectuering van een sanctie nog een rol moet kunnen spelen. In dat kader verwijs ik naar mijn opmerkingen daarover onder 2.7 van dit proefschrift. Die opmerkingen zijn mijns inziens mutatis mutandis van toepassing ten aanzien van de last onder bestuursdwang. Ik meen dat zowel draagkracht als verwijtbaarheid een rol moeten kunnen spelen als bijzondere omstandigheden. Bij draagkracht zal het volgens mij dan wel moet gaan om zeer uitzonderlijke omstandigheden zoals onderbouwd onder 2.7.2.

3.5.5 Enkel de bijzondere omstandigheid als toetsingsmaatstaf?

Uit de voorgaande onderdelen van dit hoofdstuk volgt naar mijn mening dat de criteria om af te zien van kostenverhaal, zoals thans geformuleerd in de rechtspraak, aan herziening toe zijn. Alle drie de criteria zijn in feite dezelfde evenredigheidstoets. Er is daarom in belangrijke mate overlap tussen de criteria. Dat is weinig duidelijk, noch is het efficiënt. Dat de overlap geen toegevoegde waarde heeft blijkt ook uit het feit dat er voorbeelden zijn van de 'bijzondere omstandigheid' bij kostenverhaal waarbij de verwijtbaarheid[412] bepalend is, terwijl daar nu juist een apart criterium voor zou zijn volgens de thans gehanteerde standaardoverweging. Dat wijst erop dat bestuursrechters genegen zijn gemakshalve te kiezen voor de 'bijzondere omstandigheid' om te motiveren waarom het noodzakelijk is het kostenverhaal te matigen. Omdat de andere criteria voor het afzien van kostenverhaal mijns inziens te weinig toe voegen, pleit ik er in ieder geval voor om de standaardoverweging bij het kostenverhaal aan te passen en enkel de bijzondere omstandigheid te noemen als grond om af te zien van de invordering van de kosten van bestuursdwang. Dat is eenvoudig te bewerkstelligen en voorkomt nodeloze verwarring.

In hoofdstuk 7 van dit proefschrift pleit ik echter voor een (nog) verder strekkende oplossing – het gelijk trekken van de criteria om af te zien van de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang. Ik verwijs kortheidshalve naar dat betoog.

3.6 Tussenconclusie

De kostenverhaalsbeschikking behelst een onderdeel van de ten uitvoerlegging van een reparatoire sanctie, de last onder bestuursdwang. De invordering van de kosten van bestuursdwang heeft dan ook in de regel het karakter van de last onder

412 ABRvS 19 april 2017, AB 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.

bestuursdwang, te weten: reparatoir. De kostenverhaalsbeschikking kan naar zijn aard niet punitief zijn nu het in feite niets anders is dan het door de overtreder vergoeden van de door de overheid gemaakte kosten.

Tussen de last onder bestuursdwang en de kostenverhaalsbeschikking is een verdeling gemaakt van de onderwerpen die in elk besluit aan de orde kunnen komen. Die verdeling is niet altijd even helder enerzijds omdat de Awb niet bepaalt waar het overtrederschap aan de orde moet komen en anderzijds omdat de Awb bepaalt dat de redelijkheid van het kostenverhaal in zowel de bestuursdwangbeschikking als de kostenverhaalsbeschikking moet worden beoordeeld. Dit biedt de mogelijkheid voor discussie over de vraag in welke beschikking wordt bepaald of kostenverhaal onder de gegeven omstandigheden redelijk kan worden geacht. Is een onderwerp echter eenmaal in de bestuursdwangbeschikking opgenomen en komt de overtreder daar niet tijdig tegen op, dan kan hij dat onderwerp doorgaans in het kader van de kostenverhaalsbeschikking niet alsnog aan de orde stellen. De bestuursrechter is blijkens de rechtspraak op dit punt strikt en werpt de overtreder dan de formele rechtskracht van de last onder bestuursdwang tegen. De onduidelijkheid hierover is naar mijn mening een knelpunt, nu daarmee niet wordt voldaan aan mijn toetsingscriterium 'praktisch' (zie onderdeel 1.2). Dit knelpunt kan ondervangen worden door enerzijds de tekst "*in hoeverre*" in artikel 5:25, lid 2, Awb te schrappen en anderzijds door een richtinggevende uitspraak van de hoogste bestuursrechter(s) waarin wordt bepaald dat het overtrederschap en de redelijkheid van het kostenverhaal pas aan de orde hoeven te komen in de beschikking waar deze onderwerpen relevant zijn: de kostenverhaalsbeschikking.

Knelpunt is wel dat indien de overtreder niet tijdig tegen de last onder bestuursdwang opkomt, hij de onderwerpen die in de last aan de orde hadden moeten komen niet in de kostenverhaalsbeschikking alsnog aan de orde stellen. De bestuursrechter is blijkens de rechtspraak op dit punt beslist strikt en werpt de overtreder (vrijwel) altijd de formele rechtskracht van de last tegen. Bij de huidige stand van zaken kan dit knelpunt volgens mij niet worden ondervangen. Dit knelpunt hangt nauw samen met de leer van de formele rechtskracht. Naar mijn oordeel vloeit de leer van de formele rechtskracht echter onontkoombaar voort uit de keuze van de wetgever voor het besluit als rechtsingang bij de bestuursrechter en de daaruit voortvloeiende rechtsmachtverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter (zie onderdeel 2.8). In zoverre kan het knelpunt van onaantastbare, doch onrechtmatige, sanctiebesluiten die toch worden geëffectueerd naar mijn oordeel niet worden ondervangen zonder het verlaten van het besluit als rechtsingang bij de bestuursrechter. Enkel dit knelpunt rechtvaardigt die wijziging mijns inziens niet.

Bestuursdwang en kostenverhaal gaan in de regel samen. Het bestuursorgaan hoeft slechts af te zien van kostenverhaal indien er sprake is van (i) het ontbreken van verwijtbaarheid zijdens de overtreder en de toepassing van bestuursdwang in het algemene belang is; (ii) indien de hoogte van de kosten daartoe aanleiding geeft of (iii) indien er sprake is van bijzondere omstandigheden. Criteria (i) en (ii) kunnen mijns inziens vervallen nu het allebei evenredigheidstoetsen zijn (en de bijzondere omstandigheid dat ook is) terwijl de criteria in de praktijk niet of nauwelijks worden toegepast. Het is verder onduidelijk welke omstandigheden bijzonder kunnen zijn, noch zijn er criteria geformuleerd. Dat is een knelpunt. Uit de rechtspraak leid ik af dat sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden indien de omstandigheid voldoet aan een van de dezelfde criteria als de bijzondere omstandigheid bij de invordering van dwangsommen:

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

EN

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

OF

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