



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

7



7. SYNTHESE: EEN GEHARMONISEERD TOETSINGSKADER VOOR EFFECTUERINGSBESLUITEN?

7.1 Inleiding

In dit proefschrift zijn een vijftal in- en terugvorderingsbesluiten onderzocht. Dit zijn de besluiten strekkende tot invordering van een dwangsom, het kostenverhaal bij bestuursdwang, de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie, de terugvordering van een uitkering bij wijze van sanctie en de invordering van een bestuurlijke boete. In hoofdstuk 6 is de bestuurlijke boete uitgesloten van verder onderzoek vanwege het van de andere sancties sterk afwijkende karakter. In dit hoofdstuk worden de resultaten van het onderzoek ten aanzien van de resterende vier in- en terugvorderingsbesluiten samengebracht om tot een conclusie te komen over het antwoord op de vraag of er zich knelpunten voordoen bij de besluiten om te effectueren en zo ja, of die knelpunten op een praktische, effectieve en evenredige wijze kunnen worden verholpen.

Vooropgesteld, de belangrijkste overeenkomst tussen de te vergelijken besluiten is dat ze allemaal zien op de invordering van een bestuurlijke geldelijke herstelsanctie. Uit hoofdstukken 2 tot en met 5 van dit proefschrift blijkt verder dat het besluit om de sanctie te effectueren bij alle onderzochte sancties in beginsel hetzelfde karakter draagt als het sanctiebesluit. De in- en terugvorderingsbesluiten zijn dus (in beginsel) allemaal eveneens reparatoir.⁵³⁰ Dit betekent dat de te vergelijken besluiten allemaal zien op de effectuering van een bestuurlijke geldelijke herstelsanctie en allemaal hetzelfde – herstellende – karakter hebben. Hieruit volgt dat het te verwachten zou zijn dat de toetsingskaders – en de materiële uitkomst van die kaders in concrete zaken – voor deze besluiten in belangrijke mate overeen zouden moeten komen. Immers, op voorhand lijkt niet goed verdedigbaar dat onder dezelfde omstandigheden wel van de invordering van een dwangsom zou moeten worden afgezien, maar niet van het kostenverhaal bij bestuursdwang, of de terugvordering van een subsidie.

Anderzijds erken ik dat de onderzochte sancties op veel vlakken uiteenlopen. Zo hebben sommige onderzochte sancties doorgaans een voorwaardelijk karakter waarbij de overtreder het daadwerkelijk moeten betalen van de sanctie kan voorkomen (last onder dwangsom en last onder bestuursdwang), terwijl de intrekking van een subsidie of de herziening van een uitkering doorgaans onvoorwaardelijk zullen zijn. Daar kan

⁵³⁰ Zie voor de uitzonderingen de desbetreffende hoofdstukken.

de overtreder het verschuldigd raken van de geldschuld niet voorkomen. Verder zal de verhouding tussen een overtreder die een bouwwerk in strijd met het bestemmingsplan gebruikt en het college van burgemeester en wethouders van de gemeente, anders zijn dan de verhouding tussen het Fonds voor Podiumkunsten en het Nederlands DansTheater (om maar een dwarsstraat te noemen). Ik kan mij goed voorstellen dat die verhouding aanleiding geeft tot een andere afweging bij het al dan niet sanctioneren. Maar mijn hypothese is dat in de fase waarin de opgelegde sancties daadwerkelijk worden geëffectueerd, die verschillen zouden moeten verdwijnen. Het gaat namelijk in de kern genomen om exact hetzelfde: de invordering van een bestuursrechtelijke geldschuld die voortvloeit uit bestuurlijke geldelijke sanctie. Ik zie niet in dat de verschillen in de sancties ook een andere afweging bij de daadwerkelijke invordering zouden moeten rechtvaardigen.

Ik deel dan ook niet de opvatting van A-G Wattel (en anderen) dat het verschil in karakter tussen kostenverhaal en de invordering van een dwangsom er is en dat die zou moeten leiden tot het eerder afzien van invordering van een dwangsom dan van het afzien van kostenverhaal.

Vooropgesteld: ik onderschrijf dat er een verschil is tussen de aard van de onderzochte sancties. Dat er geen gemeenschappelijk toetsingskader is voor de oplegging van die sancties lijkt mij dan ook logisch. Dat een last onder dwangsom een wezenlijk andere sanctie is dan een last onder bestuursdwang en de intrekking van een subsidie onderschrijf ik. Ook deel ik de opvatting dat de last onder dwangsom en last onder bestuursdwang niet één op één te vergelijken zijn. Immers, bestuursdwang gaat (zie hoofdstuk 3) in essentie over het door de overheid verkrijgen van een titel om door feitelijk handelen een overtreding te beëindigen. Verdedigbaar is dat kostenverhaal daar slechts een bijkomende functie heeft. Dat is uiteraard anders bij de last onder dwangsom waar de invordering van de dwangsom de kern van de sanctie is: daar speelt de invordering een hoofdrol.

Echter, ik zie dat verschil in de aard van de sanctie niet meer als men eenmaal in de fase van de effectuering van de uit de sanctie voortvloeiende geldschuld zit. Volgens mij is de geldschuld die voortvloeit uit een bepaalde sanctie in feite niets meer dan de rekening. Ik zie niet in dat er een goede reden is om de rekening bij de ene herstelsanctie eerder te matigen dan bij de andere herstelsanctie. In de invorderingsfase is in mijn visie niet meer van belang dat de aard van de sanctie verschilt: in alle gevallen ligt er een rekening van de overheid aan de burger die in beginsel betaald zou moeten worden en dat feit acht ik doorslaggevend.

De opvatting van A-G Wattel dat kostenverhaal 'schadevergoeding' is en dat de invordering van een dwangsom 'windfall profit' voor de overheid is, acht ik dan ook te beperkt. Deze miskent volgens mij dat de overheid geen bedrijf is en dat

de invordering niet ten doel heeft om de overheid meer geld in de kas te bezorgen. Het doel van invordering is juist om de preventieve werking van de last (het gezag van de last) te beschermen en de overtreding te doen herstellen. Dat oogmerk (invordering dient het herstel is daarom in beginsel altijd verplicht) is in mijn visie voor alle sancties hetzelfde. Eenmaal de sanctie onvoorwaardelijk is en de geldschuld daadwerkelijk verschuldigd, zie ik daarom ook niet in dat er meer aanleiding is om coulanter te zijn bij een dwangsom dan bij het kostenverhaal of terugvordering.

Ik onderken daarbij dat daar anders over kan worden gedacht. Het is een discussie waar ik tamelijk rechtlijnig en principieel in zit: een schuldenaar moet in beginsel betalen en de overtreder die een geldschuld uit een sanctie moet betalen al helemaal. Dat geldt voor mij voor alle sancties op gelijke wijze en in gelijke mate. Ik denk daarom dat, ondanks de verschillende karakters van de sancties, in de invorderingsfase die verschillen (zouden moeten) verdwijnen, zodat een gemeenschappelijk toetsingskader denkbaar is.

In dit hoofdstuk onderzoek ik deze hypothese. Daartoe inventariseer ik eerst de verschillen en overeenkomsten tussen de verschillende effectueringsbesluiten. Dat doe ik aan de hand van twee thema's. Ten eerste hoe de verhouding is tussen de sanctiebeschikking en de effectueringsbeschikking bij de verschillende sancties. Ten tweede hoe de afweging om de sanctie al dan niet te effectueren normatief is ingekaderd. Daarbij wordt onderzocht in hoeverre eventuele verschillen te rechtvaardigen zijn. Vervolgens wordt vastgesteld of er knelpunten zijn en zo ja, of die op praktische, effectieve en evenredige wijze kunnen worden opgelost.

7.2 De verhouding tussen de beschikkingen

De vier bij dit nader onderzoek betrokken herstelsancties kennen allemaal een getrapte proces. Eerst wordt er een sanctie opgelegd en vervolgens wordt de sanctie daadwerkelijk geëffectueerd. Dit getrapte proces is bij de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang duidelijker aanwezig dan bij de terugvordering van subsidies en uitkeringen bij wijze van sanctie. Dat komt omdat de sanctie bij een last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang (met uitzondering van spoedeisende bestuursdwang) een voorwaardelijk karakter heeft. Als gewoon aan de last wordt voldaan, dan kan de sanctie niet worden geëffectueerd. Niet elke last onder dwangsom of bestuursdwang wordt dus gevolgd door een invorderingsbeschikking of kostenverhaalsbeschikking. Dat is doorgaans anders dan bij de terugvordering van subsidies en uitkeringen. Naar aanleiding van de herziening of intrekking staat bij deze sancties immers al vast dat de geldschuld bestaat en is verschuldigd door de overtreder. In die gevallen zal dus – behoudens omissies of een welbewuste keuze om af te zien van de effectuering – het bestuursorgaan het herzienings- of intrekkingbesluit simultaan nemen met het terugvorderingsbesluit. Daardoor is het getrapte karakter bij die beschikkingen vaak beperkter waarneembaar.

Uit dit onderzoek blijkt dat het getrapte proces bij alle sancties tot problemen leidt voor belanghebbenden die niet tijdig tegen de juiste beschikking in het proces opkomen. Een gemene deler bij de invordering van dwangsommen, het kostenverhaal bij bestuursdwang en de terugvordering van subsidies en uitkeringen bij wijze van sanctie (blijkens de rechtspraak) blijkt te zijn dat belanghebbenden opkomen tegen de verkeerde beschikking in het getrapte proces en vervolgens de formele rechtskracht van het eerdere besluit krijgen tegengeworpen. Daar waar het getrapte proces het duidelijkst is, doet dit probleem zich het sterkst voor (de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang). Hoewel de concentratiebepalingen in artikel 5:31c Awb en artikel 5:39 Awb dit effect enigszins dempen door waar mogelijk de invorderingsbeschikking en kostenverhaalsbeschikking ‘mee te laten liften’ met het bezwaar en/of beroep tegen de sanctiebeschikking (zie hierover ook onderdeel 8.6), blijkt uit de rechtspraak dat het regelmatig voorkomt dat een overtreder de formele rechtskracht van de sanctiebeschikking krijgt tegengeworpen in zijn beroep tegen de effectueringsbeschikking, zelfs in het geval dat vaststaat dat het sanctiebesluit onrechtmatig is. In onderdeel 2.8 heb ik onderzocht of het mogelijk is om dit knelpunt te ondervangen. Mijn conclusie is dat dit niet het geval is. Dit knelpunt is het directe gevolg van de rechtmatigheidsfictie. Die fictie is noodzakelijk om de rechtsgeldigheidsleer te beschermen. Die rechtsgeldigheidsleer is van belang uit het oogpunt van een goede rechtsmacht verdeling, de specialiteitsgedachte en de rechtszekerheid en is noodzakelijk voor het functioneren van het bestuursrecht en het civiele recht. Er is volgens mij geen oplossing denkbaar die niet (indirect) toert aan de rechtsgeldigheidsleer en de daarmee gemoeide belangen.

De getrapte invordering en de formele rechtskracht barrière heeft tot gevolg dat het van belang is om scherp op het netvlies te hebben welke onderwerpen in welke beschikking aan de orde kunnen komen. Dat blijkt bij bijna alle beschikkingen goed mogelijk te zijn. De uitzondering daarop is de kostenverhaalsbeschikking bij bestuursdwang. Bij die beschikking is niet altijd even duidelijk of het overtrederschap en de redelijkheid van het kostenverhaal aan de orde moeten komen in de bestuursdwangbeschikking of de kostenverhaalsbeschikking. Dat is een knelpunt. Ik heb reeds in hoofdstuk 3 toegelicht hoe dat knelpunt mijns inziens ondervangen zou moeten worden. In de onderstaande tabel zijn per sanctie de volgende gegevens verzameld: (i) de vraag of het mogelijk en gebruikelijk is om de beschikking tot oplegging van de sanctie en de beschikking tot effectuering van de sanctie gelijktijdig in één brief (een ‘combi-beschikking’) bekend te maken; (ii) welke onderwerpen in de sanctiebeschikking aan de orde moeten komen en (iii) welke onderwerpen in de effectueringsbeschikking aan de orde moeten kom

	Combi-beschikking mogelijk?	Onderwerpen in sanctiebeschikking	Onderwerpen in effectueringsbeschikking
Invoering Dwangsom (art. 5:37 Awb)	Nee – maar wel concentratie-bepaling in art. 5:39 Awb	- Overtreding - Rechtvaardigingsgronden - Uitvoerbaarheid last - Begunstigingstermijn - Evenredigheid sanctie - Overtrederschap	- Overtreding last - Evenredigheid effectuering
Kostenverhaal bestuursdwang (art. 4:86 jo. 5:25 Awb)	Bij uitzondering (zeer spoed-eisende bestuursdwang) tevens concentratie-bepaling in art. 5:31c Awb	- Overtreding - Rechtvaardigingsgronden - Uitvoerbaarheid last - Begunstigingstermijn - (Evenredigheid sanctie) - (Overtrederschap)	- (Evenredigheid sanctie) - (Overtrederschap) - Overtreding last - Evenredigheid effectuering
Terugvordering Subsidie (art. 4:86 jo. 4:57 of 4:95 Awb)	Ja	- Overtreding - Rechtvaardigingsgronden - Evenredigheid sanctie - Overtrederschap	- Evenredigheid effectuering
Terugvordering uitkering (art. 4:86 Awb jo. art. 58 Pw)	Ja	- Overtreding - Rechtvaardigingsgronden - Evenredigheid sanctie - Overtrederschap	- Evenredigheid effectuering

Uit deze inventarisatie blijkt dat de verdeling van de onderwerpen over de beschikkingen per sanctie op belangrijke punten van elkaar afwijkt. Dat lijkt samen te hangen met de aard van de betrokken sanctie en de mate waarin de sanctie een getrappt karakter heeft. Er is wel een patroon waar te nemen. De belangrijkste onderwerpen, zoals de vraag of de sanctie kan worden opgelegd, wat de hoogte van de sanctie is en de (eventuele) voorwaarden waaronder de geldsom verschuldigd is, komen aan de orde in de sanctiebeschikking. In de effectueringsbeschikking komen dan slechts nog aan de orde (i) of aan de voorwaarde voor het verschuldigd zijn van de sanctie (lees: de last) is voldaan (bij de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang) en (ii) of er, ondanks het verschuldigd zijn van de sanctie, een reden is waarom er niet kan worden ingevorderd (lees: of de effectuering van de sanctie evenredig is). Mist een belanghebbende zijn kans om gronden aan te voeren tegen de sanctiebeschikking, dan wordt hij bij alle sancties in de procedure tegen de effectueringsbeschikking geconfronteerd met de formele rechtskracht van de

sanctiebeschikking. De bestuursrechter is daar blijkens dit onderzoek streng in. Uitzondering vormt de kostenverhaalsbeschikking bij bestuursdwang. Daar lijkt de bestuursrechter soms coulant. Dit lijkt echter voornamelijk te komen doordat er twijfel mogelijk was over de vraag in welke beschikking de redelijkheid van het kostenverhaal aan de orde moet worden gesteld.

7.3 Hoe wordt het effectueringsbesluit genormeerd?

Het tweede thema is de wijze waarop het effectueringsbesluit materieel wordt genormeerd. Uit het onderzoek in hoofdstukken 2 tot en met 5 blijkt dat alle vier de effectueringsbesluiten in meer of mindere mate een plicht kennen om te effectueren, met daaraan gekoppeld een uitzondering voor niet nader gespecificeerde gevallen waarbij van de effectuering van de sanctie dient te worden afgezien. In de onderstaande tabel zijn per sanctie de volgende gegevens verzameld: (i) het antwoord op de vraag of de effectuering van de sanctie een bij de wet gebonden bevoegdheid betreft (ii) of de bevoegdheid in de rechtspraak materieel is genormeerd in de rechtspraak en (iii) wanneer moet worden afgezien van effectuering.

	Gebonden bevoegdheid?	Normatief kader in de rechtspraak?	Uitzondering?
Dwangsom	Nee	Beginselflicht om in te vorderen. <i>“2.8.1. Bij een besluit omtrent invordering van een verbeurde dwangsom, dient aan het belang van de invordering een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom. Steun voor dit uitgangspunt kan worden gevonden in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:37, eerste lid, van de Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 115). Hierin is vermeld dat een adequate handhaving vergt dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen worden ingevorderd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien.”⁵³¹</i>	Tenzij: Bijzondere omstandigheden

⁵³¹ Voor het eerst overwogen in: ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5935 en ABRvS 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2587.

	Gebonden bevoegdheid?	Normatief kader in de rechtspraak?	Uitzondering?
Bestuurs- dwang	Nee	Kostenverhaal als regel. <i>“Ingevolge artikel 5:25 van de Awb gaan bestuursdwang en kostenverhaal als regel samen. Voor het maken van een uitzondering kan blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling onder meer aanleiding bestaan indien de aangeschrevene van de ontstane situatie geen verwijt kan worden gemaakt en bij het ongedaan maken van de met het recht strijdige situatie het algemeen belang in die mate is betrokken, dat de kosten redelijkerwijze niet of niet geheel voor rekening van de aangeschrevene behoren te komen. Ook andere bijzondere omstandigheden kunnen het bestuursorgaan nopen tot het geheel of gedeeltelijk afzien van het kostenverhaal. Daarnaast dient te worden afgewogen of de hoogte van de kosten van de bestuursdwang aanleiding geeft om daar geheel of gedeeltelijk van af te zien.”⁵³²</i>	Tenzij: - Bijzondere omstandigheden - Ontbreken verwijtbaarheid & algemeen belang - Hoogte kosten

532 BRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1568.

	Gebonden bevoegdheid?	Normatief kader in de rechtspraak?	Uitzondering?
Subsidie	Nee	Schuldenaar dient te betalen. <i>“4.6. Het Zorgkantoor dient ook bij de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid tot terugvordering [...] rekening te houden met de in artikel 3:4 van de Awb neergelegde verplichting tot evenredige belangenafweging. [De door appellant aangedragen] omstandigheden maken niet dat geoordeeld moet worden dat het Zorgkantoor niet in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen. Voorop staat dat de schuldenaar de schulden dient te betalen (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 13). Dit geldt ook voor de persoon die als rechtsopvolger van de schuldenaar een schuld onder algemene titel verkrijgt en daarmee de schuldenaar wordt. Niet is gebleken dat de terugvordering bij appellant tot onaanvaardbare psychische gevolgen leidt. Ook kunnen de genoemde financiële gevolgen niet als onaanvaardbaar worden aangemerkt.”</i>⁵³³	Tenzij: Terugvordering onaanvaardbare gevolgen heeft (psychisch, financieel of anders)

⁵³³ CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie.

	Gebonden bevoegdheid?	Normatief kader in de rechtspraak?	Uitzondering?
Uitkering	Ja (artikel 58, lid 1, Pw: <i>“Het college van de gemeente die de bijstand heeft verleend <u>vordert</u> de kosten van bijstand terug [...]”</i>)	Bestuursorgaan op grond van de Pw gehouden tot terugvordering. <i>“4.5. Wat in 4.4 is overwogen brengt mee dat het college op grond van artikel 58, eerste lid, van de PW eveneens was gehouden om de kosten van bijstand van appellante terug te vorderen. [...] Dringende redenen als bedoeld in artikel 58, achtste lid, van de PW om van terugvordering af te zien kunnen slechts zijn gelegen in onaanvaardbare sociale en/of financiële gevolgen van een terugvordering van een betrokkene. Het moet dan gaan om incidentele gevallen, waarin iets bijzonders en uitzonderlijks aan de hand is en waarin een individuele afweging van alle relevante omstandigheden plaatsvindt.”</i> ⁵³⁴	Tenzij: Artikel 58, lid 8, Pw: <i>“Indien daarvoor dringende redenen aanwezig zijn kan het college besluiten geheel of gedeeltelijk van terugvordering af te zien”</i> In de rechtspraak: als het besluit ‘onaanvaardbare gevolgen’ heeft (sociaal, financieel of anders)

Een van de vier effectueringsbevoegdheden (de terugvordering van uitkeringen) is een bij de wet gebonden bevoegdheid. De Participatiewet bepaalt namelijk dat het bestuursorgaan moet terugvorderen (bij het schenden van de inlichtingenplicht). De drie overige effectueringsbevoegdheden zijn – naar de letter van de wet – discretionair van aard. Het bestuursorgaan *kan* deze sancties effectueren maar is daar op grond van de Awb of de bijzondere wet niet toe verplicht. Van de drie discretionaire bevoegdheden is er één door de bestuursrechter ingekaderd door middel van een beginselplicht om de bevoegdheid toe te passen (de invordering van dwangsommen). De twee andere discretionaire bevoegdheden zijn door de bestuursrechter ingekaderd door middel van het uitgangspunt dat de schuldenaar in beginsel moet betalen (het kostenverhaal en de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie). Hieruit lijkt te volgen dat er een schaal is voor de mate waarin het bestuursorgaan gehouden is om te effectueren, afhankelijk van de sanctie. Deze schaal vat ik in de onderstaande tabel samen.

⁵³⁴ CRvB 31 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:491.

Mate waarin effectuering verplicht is		
‘Uitgangspunt’	‘Beginselplicht’	Gebonden
- Terugvordering subsidie - Kostenverhaal bestuursdwang	Invordering dwangsom	Terugvordering uitkering

Verdedigbaar is dat de ruimte om af te zien van effectuering evenredig zou moeten zijn aan de mate waarin het bestuursorgaan de vrijheid heeft om al dan niet te effectueren. Vanuit dat perspectief zou te verwachten zijn dat de gevallen waarin de bestuursrechter oordeelt dat afgezien dient te worden van de terugvordering van een uitkering bij wijze van sanctie (veel) schrijnender zouden moeten zijn dan de gevallen waarin de bestuursrechter oordeelt dat moet af worden gezien van de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie en dat de gevallen waarin afgezien moet worden van de invordering van een dwangsom schrijnender zijn dan de gevallen waarin moet worden afgezien van het kostenverhaal bij bestuursdwang.

Verrassend genoeg blijkt dat echter niet het geval te zijn. Bij de terugvordering van uitkeringen wordt wel aan het verwachtingspatroon voldaan in zoverre dat de verwachting van een (zeer) hoge drempel voor het alsnog afzien van effectuering vanwege het gebonden karakter van de bevoegdheid overeenstemt met de resultaten van dit onderzoek. Uit de – toch vrij omvangrijke jurisprudentie van de rechtbanken en de CRvB – is mij geen enkel geval bekend geworden van een geslaagd beroep op een dringende reden als bedoeld in artikel 58, lid 8, Pw. Dat past naar mijn mening echter goed bij het gebonden karakter van de terugvordering: er is geen ruimte voor een belangenafweging door het bestuursorgaan bij de effectuering zodat er, in de woorden van de CRvB, *“iets bijzonders en uitzonderlijks aan de hand”*⁵³⁵ moet zijn wil er toch een plicht zijn om niet te effectueren.

De invordering van dwangsommen, de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie en het kostenverhaal bij bestuursdwang blijken echter zeer goed met elkaar te vergelijken qua (materieel) toetsingskader en qua uitkomsten – terwijl de standaard-overwegingen in de rechtspraak en de daarop geformuleerde uitzonderingen wel significant van elkaar afwijken. Dat acht ik een knelpunt. Het doet namelijk af aan de eenvoud (toegankelijkheid) en duidelijkheid (rechtszekerheid) van het recht zodat het niet voldoet aan mijn toetsingscriterium ‘praktisch’ (zie onderdeel 1.2). Zoals in de hypothese in de inleiding van dit hoofdstuk geformuleerd, is immers niet goed te rechtvaardigen dat (onder dezelfde omstandigheden), wel van kostenverhaal moet worden afgezien en niet van de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie. Dat verhoudt zich ook niet goed met de rechtseenheid en daarmee met de rechtszekerheid.

535 Ibidem.

De veronderstelling dat de invordering van dwangsommen in verdere mate zou zijn gebonden dan het kostenverhaal bij bestuursdwang en de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie blijkt geen steun te vinden in de resultaten van dit onderzoek. Bij zowel de invordering van dwangsommen, de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie als het kostenverhaal bij bestuursdwang dient de overtreder in de kern genomen een (zeer) onevenredige uitkomst bij effectuering aannemelijk te maken om te kunnen bewerkstelligen dat de bestuursrechter oordeelt dat alsnog moet worden afgezien van effectuering. Of dat nu is dat de overtreding de overtreder bezwaarlijk kan worden tegengeworpen, dan wel dat de overtreder zodanig onevenredig hard wordt geraakt door effectuering dat zijn belang zwaarder moet wegen dan het algemene belang bij effectuering; het lijkt voor de materiële uitkomst van een zaak weinig uit te maken of het de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie, de invordering van een dwangsom of het kostenverhaal bij bestuursdwang betreft.

Om dit te illustreren zet ik hier de belangrijkste gevallen uit de rechtspraak op een rij waarin – ondanks dat de bestuurlijke geldelijke herstelsanctie verschuldigd was – de bestuursrechter tot de conclusie kwam dat deze niet mocht worden ingevorderd.

Ten eerste de krakers casus van de ABRvS.⁵³⁶ Het betrof de bewoning van een bedrijfspand in strijd met het bestemmingsplan. De eigenaar van het bedrijfspand had ter voorkoming van het kraken het pand laten bewonen door anti-kraakwachten. Ten gevolge van de last onder dwangsom moest hij de bewoning door anti-kraakwachten beëindigen. Daarna werd het pand gekraakt en verbeurde de eigenaar de dwangsom. De ABRvS oordeelde dat omdat de krakers verklaarden zonder toestemming aanwezig te zijn, de eigenaar aangifte had gedaan van het kraken en de eigenaar geen huur ontving van de krakers, vaststond dat de eigenaar de verbeurde niet viel te verwijten zodat het ook niet redelijk was om deze in te vorderen. Het besluit tot invordering van de verbeurde dwangsom werd daarom vernietigd.

Ten tweede de hoarding casus van de ABRvS.⁵³⁷ In die uitspraak nam de ABRvS een bijzondere omstandigheid aan die noopte tot matiging van de kosten van bestuursdwang met 50% in het geval van een appellant die hoarding-syndroom heeft (een ziekelijke verzamelwoede die zich kenmerkt door persisterende moeite om bezittingen weg te doen of er afstand van te nemen, ongeacht de werkelijke waarde). Daartoe overwoog de ABRvS dat de appellant “*geen doch in ieder geval een minder groot verwijt*” kon worden gemaakt ten aanzien van de overtreding en om die reden een matiging van het kostenverhaal met 50% redelijk was.

⁵³⁶ ABRvS 28 december 2016, AB 2017/48, m.nt. T.N. Sanders.

⁵³⁷ ABRvS 19 april 2017, AB 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.

Ten derde de bodemnorm casus van de rechtbank Almelo.⁵³⁸ De rechtbank oordeelde toen in een geval waarin tussen de oplegging van de last onder dwangsom en het einde van de begunstigingstermijn een bodemonderzoeksnorm was gewijzigd, er aanleiding was voor matiging van de dwangsom wegens bijzondere omstandigheden. De overtreder had in dat geval de nieuwe bodemonderzoeksnorm toegepast in plaats van de aan hem in de dwangsombeschikking opgedragen oude bodemonderzoeksnorm. Daarbij achtte de rechtbank ook van belang dat verweerder niet voldoende tijdig informatie had verstrekt over de mogelijke oorsprong van een aangetroffen bodemverontreiniging, waardoor de overtreder pas vanaf het moment dat die informatie was verstrekt aan de lastgeving kon voldoen. Dit alles leidde volgens de rechtbank tot verminderde verwijtbaarheid zijdens de eiser. De slotsom was, aldus de rechtbank, dat de dwangsom van € 4.000,- onevenredig moest worden geacht en gematigd diende te worden tot € 2.000,-.

Ten vierde de hekwerk casus van de rechtbank Limburg. Daarin oordeelde de rechtbank dat er een bijzondere omstandigheid was die het bestuursorgaan had moeten nopen tot het (gedeeltelijk) afzien van het verhalen van de gemaakte kosten voor het door middel van bestuursdwang verwijderen van een hekwerk. De rechtbank nam aan dat het feit dat het voor een belangrijk deel aan het bestuursorgaan te wijten was dat er een gespannen toestand was ontstaan die extra veiligheidsmaatregelen noodzakelijk maakte (en dus hogere kosten), betekende dat de extra kosten – hoewel op zich noodzakelijk gelet op de omstandigheden – niet op de overtreder verhaald konden worden omdat het zou leiden tot een onevenredige uitkomst. Dit betekende dat de eiser in dat geval niet € 8.663,32 hoefde te betalen, maar slechts € 1.964,75 (lees: iets meer dan 22% van het oorspronkelijke bedrag).⁵³⁹

Ten vijfde de terrasvergunning casus van de rechtbank Utrecht.⁵⁴⁰ De rechtbank oordeelde dat sprake was van bijzondere omstandigheden in een geval waarbij alsnog aan de lastgeving was voldaan na ommekomst van de begunstigingstermijn, de overtreding vergunbaar was en verder ook niet door het bestuursorgaan was beoogd om de overtreding te beëindigen (maar het oogmerk legalisering van de situatie was). Onder die omstandigheden was een dwangsom van € 30.000,- (opgelegd aan een particulier), onevenredig en diende de invordering te worden beperkt tot € 5.000,-.

Ten zesde de kuilvoer casus van de rechtbank Limburg.⁵⁴¹ De rechtbank oordeelde dat het bevoegd gezag weinig duidelijk was geweest over de vraag hoe aan de last-

⁵³⁸ Rb. Almelo 22 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV7750.

⁵³⁹ Rb. Limburg 12 april 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:3866.

⁵⁴⁰ V.zr. Rb. Utrecht 25 mei 2010, AB 2010/174, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

⁵⁴¹ Rb. Limburg 11 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1166.

geving kon worden voldaan, terwijl er tevens conflicterende signalen van verweerder waren gegeven omtrent wanneer zou moeten worden voldaan aan de lastgeving, zodat er sprake was van bijzondere omstandigheden die het bestuursorgaan hadden moeten nopen tot het (gedeeltelijk) afzien van invordering. De rechtbank matigde de dwangsom in dat geval van € 2.000,- tot € 1.000,-.

Ten zevende de administratieve fouten casus van de rechtbank Zwolle-Lelystad.⁵⁴² In dat geval oordeelde de rechtbank dat het bestuursorgaan ten onrechte niet tijdig had ingegrepen bij onterecht verrichte betalingen die vervolgens bij wijze van sanctie werden teruggevorderd. De rechtbank nam aan dat het feit dat de administratie van het bestuursorgaan te wensen overliet en dat het bestuursorgaan meerdere fouten had gemaakt waardoor vanwege een gebrek aan effectieve controle bij het bestuursorgaan de hoogte van de terugvordering fors was opgelopen, leidde tot het onevenredig zijn van een volledige terugvordering en derhalve tot onaanvaardbare gevolgen. De rechtbank matigde toen de terugvordering tot 70% van het terug te vorderen bedrag.

Ten achtste de voorspelbare terugvorderingscasus van de rechtbank Midden-Nederland.⁵⁴³ De rechtbank oordeelde dat omdat het bestuursorgaan: (i) op de hoogte was van het feit dat de aanvrager over zeer beperkte intellectuele capaciteiten beschikte; (ii) gelet daarop de aanvrager had aangeraden om een bewindvoerder aan te nemen; (iii) wist dat de zorginstelling die de aanvrager wenste te contracteren werd onderzocht vanwege fraudevermoedens; en (iv) desondanks een subsidie verstrekke die bij die zorginstelling werd besteed; het bestuursorgaan volledig moest afzien van terugvordering vanwege de onaanvaardbare gevolgen daarvan.

Ten slotte de aanstaande wees casus van de rechtbank Midden-Nederland.⁵⁴⁴ Daarin overwoog de rechtbank dat omdat het (i) eiser niet persoonlijk kon worden verweten dat de subsidie niet op de juiste wijze was besteed en verantwoord; (ii) eiser ten tijde van belang minderjarig was en zijn moeder de subsidie beheerde; (iii) eiser slechts een illusoire verhaalsmogelijkheid had omdat zijn moeder ongeneeslijk ziek was; (iv) het bedrag van de terugvordering zeer hoog was; er sprake was van onaanvaardbare financiële gevolgen nu de toekomst van eiser vanwege de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar werd beïnvloed. Het bestuursorgaan moest om die reden in het geheel van terugvordering afzien.

De casuïstiek kijkt in alle gevallen sterk van elkaar af. In zoverre lijken de genoemde zaken geenszins op elkaar. De toetsingsmaatstaf en de uitkomsten

⁵⁴² Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8656.

⁵⁴³ Rb. Midden-Nederland 16 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5392.

⁵⁴⁴ Rb. Midden-Nederland 5 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2331.

daarvan zijn volgens mij echter wel goed te vergelijken. De bestuursrechter voert in alle gevallen feitelijk een (marginale) evenredigheidstoets uit van het besluit om de sanctie te effectueren. Belangrijker nog is dat, als ik alle rechtspraak bij de effectuering van de drie sancties vergelijk, ik tot de conclusie kom dat de omstandigheden die relevant zijn voor het oordeel dat moet worden afgezien van invordering of terugvordering voor de drie sancties (nagenoeg) gelijk zijn. In de tabel hieronder werk ik dit nader uit. In de tabel is per sanctie opgenomen of: (i) het feit dat het doel van de handhaving is bereikt; (ii) financiële en/of sociale gevolgen van de invordering; (iii) het ontbreken van verwijtbaarheid zijdens de overtreder dan wel het verwijtbaar handelen van de overheid; dan wel (iv) gronden gericht tegen het sanctiebesluit; een omstandigheid kan zijn die leidt tot een plicht om af te zien van de effectuering van de sanctie.

Kan de genoemde omstandigheid leiden tot een plicht om af te zien van effectuering?			
	Invoering dwangsom	Kostenverhaal bestuursdwang	Terugvordering subsidie
Doel handhaving bereikt	Ja ⁵⁴⁵	Ja ⁵⁴⁶	NVT ⁵⁴⁷
Absoluut beletsel uitvoering last	Ja ⁵⁴⁸	Ja ⁵⁴⁹	NVT ⁵⁵⁰
Financiële en/of sociale gevolgen invordering	Ja, maar in beginsel niet ⁵⁵¹	Ja, maar in beginsel niet ⁵⁵²	Ja ⁵⁵³
Ernst van de overtreding	Ja, voor wat betreft overtreding last ⁵⁵⁴	Ja, voor wat betreft overtreding last ⁵⁵⁵	Ja ⁵⁵⁶
Ontbreken verwijt- baarheid overtreder of verwijtbaar handelen overheid	Ja, voor wat betreft overtreding last ⁵⁵⁷	Ja, voor wat betreft overtreding last ⁵⁵⁸	Ja ⁵⁴⁸
Gronden tegen sanctiebesluit	Nee ⁵⁶⁰	Nee ⁵⁶¹	Nee ⁵⁶²

⁵⁴⁵ ABRvS 15 januari 2014, AB 2014/108, m.nt. T.N. Sanders.

⁵⁴⁶ ARRvS 23 augustus 1983, AB 1984/17, m.nt. J.H. van der Veen en ARRvS 7 juni 1985, AB 1986/48, m.nt. P.J.J. van Buuren.

⁵⁴⁷ Bij de terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie wordt het doel van de handhaving immers pas bereikt als de overheid weer beschikt over de ten onrechte betaalde gelden. Het wekt dan ook geen verbazing dat ik geen betoog met die strekking heb aangetroffen in de jurisprudentie.

Mijn conclusie is gelet hierop dat de criteria voor beantwoording van de vraag wanneer moet worden afgezien van effectuering bij de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang materieel gelijk zijn. Het toetsingskader bij de terugvordering van subsidie wijkt echter af. De oorzaak daarvan is dat de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang doorgaans een voorwaardelijk karakter hebben. Het is nog mogelijk om de sanctie te voorkomen door gevolg te geven aan de lastgeving. Dat is anders dan bij de intrekking van een subsidie. Daar staat al vast dat er een betalingsverplichting zal gaan ontstaan. Dit onderscheid maakt dat de vraag of het doel van de handhaving is bereikt en of er een reden is waarom de overtreding niet alsnog is beëindigd in het geheel niet relevant zijn voor de vraag of de sanctie mag worden geëffectueerd bij de terugvordering van een subsidie. Ook is de ernsttoets en de verwijtbaarheidstoets bij de terugvordering van een subsidie anders dan bij de invordering van een dwangsom en het kostenverhaal bij bestuursdwang. Bij de invorderings- en kostenverhaalsbeschikking gaat de ernsttoets en de verwijtbaarheidstoets immers over de vraag of *het overtreden van de last* ernstig of verwijtbaar is (of het gevolg is van verwijtbaar handelen van de overheid). Bij de terugvordering van subsidies gaat het om de vraag of de *oorspronkelijke* overtreding ernstig of verwijtbaar is. Daar zit een subtiel onderscheid in, omdat in het eerste geval de vraag in feite is: 'is het verwijtbaar dat de overtreder – na te zijn gewaarschuwd – de overtreding heeft begaan', terwijl in het tweede geval de

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

549 Zie de hierboven genoemde verwijzingen die mutatis mutandis ook van toepassing zijn bij de last onder bestuursdwang.

550 Bij de intrekking van een subsidie is er immers geen voorafgaande lastgeving.

551 ABRvS 30 december 2015, Gst. 2016/44, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, ABRvS 29 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2383, CBb 19 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:292 en ABRvS 10 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2186.

552 ABRvS 21 december 2016, AB 2017/65, m.nt. T.N. Sanders, ABRvS 19 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6748, ABRvS 5 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2452 en CBb 30 augustus 2013, ECLI:NL:CBB:2013:124.

553 ABRvS 29 augustus 2012, AB 2013/423, m.nt. M.M. Claessens, CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2975, en CRvB 16 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3232.

554 ABRvS 4 maart 2015, JG 2015/26, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok, ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553.

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

556 Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8656.

557 ABRvS 4 maart 2015, JG 2015/26, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok, ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553.

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

559 Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8656.

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

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

562 CRvB 15 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3464 en CRvB 8 augustus 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2667.

vraag is 'is het verwijtbaar dat de overtreder de overtreding heeft begaan'. In zoverre meen ik dat het daarom niet goed mogelijk is om het toetsingskader ten aanzien van (de effectuering van een onvoorwaardelijke herstelsanctie inhoudende) de terugvordering van subsidie te harmoniseren met (de effectuering van een voorwaardelijke herstelsanctie inhoudende) de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang. Wel zou het mogelijk zijn om de beginselplicht tot effectuering ook toe te passen in het kader van de terugvordering van een subsidie bij wijze van sancties. Nu de uitzonderingen daarop echter anders zullen zijn in het geval van de terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie vergeleken met de invordering van een dwangsom of het kostenverhaal bij bestuursdwang, acht ik het echter niet zinvol om dit te doen. Dat wekt namelijk de (verkeerde) indruk dat het toetsingskader van de drie verschillende sancties gelijk is.

Mijns inziens zijn er wel grote materiële overeenkomsten in de aard van de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang, het thans gehanteerde toetsingskader voor de effectuering daarvan en de resultaten van die toetsing. Dat dit niet tot uiting wordt gebracht in een inzichtelijk gemeenschappelijk toetsingskader acht ik een knelpunt, omdat het in de weg staat aan kruisbestuiving tussen verschillende bestuursrechters en daarmee afbreuk doet aan de rechtseenheid en de rechtszekerheid.

7.4 Een geharmoniseerd toetsingskader voor effectuering?

De invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang betreffen allebei de effectuering van bestuurlijke geldelijke herstelsancties waarbij die effectueringsbevoegdheid in beginsel discretionair is, maar waarbij de rechtspraak in bepaalde mate de bevoegdheid heeft gebonden door middel van een beginselplicht of een uitgangspunt. In dit onderdeel onderzoek ik of het wenselijk is om te komen tot een geharmoniseerd toetsingskader voor de effectuering van deze twee sancties. Daarna ga ik in op de vraag hoe dat kader er dan uit zou moeten zien.

7.4.1 *Is een geharmoniseerd toetsingskader wenselijk?*

Harmonisatie is geen doel op zich. Het integreren van de verschillende toetsingskaders moet dus wenselijk zijn voor de effecten daarvan. Dat is naar mijn mening het geval als de voordelen van harmonisatie opwegen tegen de nadelen daarvan. Het is dus niet vanzelfsprekend dat er één gezamenlijk toetsingskader komt voor beantwoording van de vraag wanneer een bestuursorgaan moet invorderen. Hierna ga ik in op de voor- en tegenargumenten voor een geharmoniseerd toetsingskader. Daarna concludeer ik of het wenselijk is om tot een geharmoniseerd toetsingskader te komen.

Voor een geharmoniseerd toetsingskader pleit ten eerste dat er naar mijn mening geen goede reden is waarom een bestuursorgaan bij gelijke omstandigheden niet zou moeten afzien van de invordering van een dwangsom maar wel van het kostenverhaal bij bestuursdwang (of andersom), zie anders: A-G Wattel in zijn Conclusie van 4 april 2018. Het betreffen namelijk alle twee bestuurlijke geldelijke herstelsancties. Voor allebei gelden bovendien dezelfde twee uitgangspunten: (i) een opgelegde sanctie dient in beginsel te worden geëffectueerd in het belang van de geloofwaardigheid van die sanctie en daarmee van de effectiviteit van de handhaving en (ii) een schuldenaar dient zijn schulden te betalen. Die uitgangspunten wijzen er op hun beurt op dat voor alle twee de sancties de norm zou moeten zijn dat het bestuursorgaan de sanctie in beginsel moet effectueren, tenzij er zich bijzondere omstandigheden voordoen waardoor van dat uitgangspunt moet worden afgeweken. De toepasselijke uitgangspunten zijn dus gelijk, zodat harmonisatie voor de hand ligt.

Ten tweede is het integreren van de toetsingskaders goed te rijmen met de doelstellingen van de Awb en daarmee de teneur in het algemene bestuursrecht. De Awb heeft (onder meer) als doelstellingen: (i) het bevorderen van eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving en (ii) het systematiseren en, waar mogelijk, vereenvoudigen van de bestuursrechtelijke wetgeving.⁵⁶³ Door de toetsingskaders waar mogelijk te integreren, wordt aan de doelstellingen van het bevorderen van de eenheid en het systematiseren en vereenvoudigen van het bestuursrecht voldaan. Een geïntegreerd toetsingskader is overzichtelijker en duidelijker en daarmee vanuit de doelstellingen van de Awb bezien wenselijk.

Ten derde is een geharmoniseerd toetsingskader een goede manier om kruisbestuiving te bewerkstelligen. Op dit moment vergt het een proefschrift om (bijvoorbeeld) de overeenkomsten tussen de jurisprudentie van de CBb ten aanzien van het kostenverhaal en de jurisprudentie van de ABRvS ten aanzien van de invordering van dwangsommen aan te tonen (en dus ook de wederzijdse relevantie daarvan). Als er een geharmoniseerd toetsingskader zou bestaan, dan zou die kruisbestuiving veel makkelijker zijn. Kruisbestuiving is wenselijk omdat het ertoe leidt dat de hoogste bestuursrechters hun jurisprudentie afstemmen. Dat verhoogt de uniformiteit en transparantie van de rechtspraak. Daarmee is de rechtseenheid en de rechtszekerheid gediend. Daarbij merk ik op dat de materiële uitkomsten van de oordelen van de verschillende bestuursrechters bij de huidige toetsingskaders ten aanzien van de vraag wanneer er van effectuering kan worden afgezien elkaar nu al niet veel ontlopen, maar dat een geharmoniseerd toetsingskader naar mijn mening toch een positief

⁵⁶³ Kamerstukken II 1988/1989, 21 221, nr.3, p. 4.

effect zal kunnen hebben op de rechtseenheid en rechtszekerheid omdat daarmee de overeenkomsten en de kruisbestuiving duidelijker worden voor belanghebbenden en bestuursorganen.

Tegen een geharmoniseerd toetsingskader pleit ten eerste dat elk van de sancties zijn eigen bijzonderheden kent en ook aparte wettelijke grondslagen hebben (artikel 5:25 Awb dan wel artikel 5:32 Awb). Verder is bepleitbaar dat de invordering van een dwangsom 'windfall profit' is, terwijl kostenverhaal een vorm van schadevergoeding is (zie de Conclusie van A-G Wattel d.d. 4 april 2018). Daarenboven kent de invorderingsbeschikking bij dwangsommen (artikel 5:37 Awb) een andere wettelijke grondslag dan de kostenverhaalsbeschikking (4:86 jo. 5:25 Awb). Het aannemen van een geharmoniseerd toetsingskader miskent (kortom) dat het verschillende sancties zijn met hun eigen bijzonderheden.

Ten tweede, hoewel de invorderingsbeschikking in de wet niet materieel wordt genormeerd, kan betoogd worden dat de kostenverhaalsbeschikking wel materieel is genormeerd. Artikel 5:25 Awb heeft immers als kerncriterium dat de kosten 'redelijkerwijs' voor rekening van de overtreder moeten kunnen komen. Dat is dus anders dan artikel 5:37 Awb, waarin niet is vermeld dat de geldschuld 'redelijkerwijs' aan de overtreder in rekening moet kunnen worden gebracht. Dat onderscheid zou kunnen impliceren dat er meer ruimte zou moeten zijn bij het kostenverhaal dan bij dwangsommen om (bijvoorbeeld) de financiële omstandigheden van de overtreder mee te wegen.

Ten derde behelst het effectueren van bestuursdwang meer dan alleen de invordering van de door het bestuursorgaan gemaakte kosten. Het effectueren van bestuursdwang is primair het feitelijk handelen waarmee de overtreding wordt beëindigd. Dat is anders dan bij de invordering van een dwangsom, waarbij de invordering de primaire effectuering betreft. Bij bestuursdwang lijkt de afweging of de sanctie feitelijk moet worden geëffectueerd anders te zijn dan de afweging of de kosten van de feitelijke uitvoering van bestuursdwang voor rekening van de overtreder dienen te komen. Verdedigbaar is dat daarom een gezamenlijk toetsingskader niet goed denkbaar is.

Voor wat betreft het eerste tegenargument meen ik dat het enkele feit dat er een andere wettelijke grondslag is, niet in de weg hoeft te staan aan een gezamenlijk toetsingskader. Het betreffen twee effectueringsbevoegdheden die zien op hetzelfde soort sanctie (een bestuurlijke geldelijke herstelsanctie) die naar de letter van de wet in gelijke mate discretionair van aard zijn. Die overeenkomst acht ik belangrijker dan het feit dat de sancties verschillende wettelijke grondslagen kennen. Ik zie niet in dat er een goede reden is waarom onder dezelfde omstandigheden bijvoorbeeld

wel van het kostenverhaal zou moeten worden afgezien, maar niet van de invordering van een dwangsom. Verder zie ik in de effectueringsfase het verschil niet tussen de sancties. Ik deel eenvoudigweg niet de opvatting dat er meer aanleiding is om af te zien van de invordering van een dwangsom dan van het kostenverhaal bij bestuursdwang (zie onder 7.2).

Ten aanzien van het tweede tegenargument het volgende. De bepaling in artikel 5:25 Awb behelst dat kostenverhaal alleen mogelijk is als dat ‘redelijk is’. Dit artikel expliciteert slechts de evenredigheidstoets bij de effectuering, welke toets er in feite ook is bij de invordering van een dwangsom (zij het dat de toets niet in de Awb is geëxpliciteerd). Bovendien wijs ik erop dat uit de analyse in dit hoofdstuk duidelijk is geworden dat de uitkomsten van het toetsingskader bij artikel 5:25 Awb niet wezenlijk afwijken van de uitkomsten van het toetsingskader bij de invordering van dwangsommen. In zoverre lijkt – voor zover artikel 5:25 Awb wel zou moeten worden geacht de kostenverhaalsbeschikking materieel te normeren – artikel 5:25 Awb geen effect te hebben op de uitkomst van de procedure. Dit aspect vormt dan ook geen reden voor mij om te menen dat harmonisatie niet wenselijk is.

Het derde tegenargument lijkt mij terecht. Zoals in onderdeel 3.2 reeds betoogd acht ik de niet-toepassingsbeschikking op grond van artikel 5:31a Awb niet goed vergelijkbaar met de invordering van de kosten van bestuursdwang of de andere effectueringsbesluiten in dit onderzoek. De afweging en de context waarin die afweging plaatsvindt zijn daarvoor te verschillend. Het lijkt mij dan ook dat een eventueel geharmoniseerd toetsingskader niet kan zien op de niet-toepassingsbeschikking van artikel 5:31a Awb. Daarmee wordt naar mijn mening dit tegenargument ondervangen.

De tegenargumenten overtuigen mij niet. Mijn conclusie is dan ook dat een geharmoniseerd toetsingskader ten aanzien van de vraag onder welke omstandigheden van de effectuering moet worden afgezien (of juist niet) voor de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang wenselijk is. Een dergelijk geharmoniseerd toetsingskader is in het belang van de kruisbestuiving tussen de verschillende bestuursrechters en daarmee de uniformiteit en de transparantie van de rechtspraak en in het verlengde daarvan in het belang van de rechtseenheid en de rechtszekerheid.

7.4.2 Hoe zou het geharmoniseerd toetsingskader eruit moeten komen te zien?

Het tot stand brengen van een geharmoniseerd toetsingskader kan op twee manieren. De Awb zou kunnen worden gewijzigd, of de rechtspraak op dit vlak zou kunnen worden gewijzigd. Het lijkt mij dat in dit geval een wijziging van de rechtspraak voor de hand ligt. Ten eerste omdat de materiële normering van het besluit om de bestuurlijke geldelijke herstelsanctie te effectueren thans niet bij wet is geregeld, maar in de rechtspraak. Ten tweede omdat een wetgevingsoperatie minder flexibel is

en omslachtiger zal zijn vergeleken met een wijziging van de rechtspraak. Ten derde omdat codificering in de Awb naar mijn mening geen doel op zich is, terwijl er in dit geval geen noodzaak is om te codificeren. Omdat een wijziging van de rechtspraak voor de hand ligt, laat ik de mogelijkheid om de wet te wijzigen verder buiten beschouwing.

Ik stel voorop dat er een effectueringsplicht dient te zijn. Deze bestaat al bij de invordering van dwangsommen, maar bij het kostenverhaal bij bestuursdwang is er alleen een uitgangspunt dat schulden moeten worden betaald en dat de overheid die dus in de regel kan opeisen. Ten onrechte naar ik meen. Dat miskent dat er sprake is van een sanctie en niet alleen van een geldschuld. Ik zou menen dat er in het geharmoniseerd toetsingskader dus een algemene beginselplicht tot effectuering moet bestaan. Een wijziging van de rechtspraak op dit kan op vrij eenvoudige wijze geschieden als bestuursrechters de gehanteerde standaardoverwegingen aanpassen. Logisch uitgangspunt lijkt mij de standaardoverweging van de ABRvS aangaande de invordering van dwangsommen omdat die reeds de beginselplicht kent. De tekst die ik zou voorstellen is de volgende:

“Het besluit om een herstelsanctie te effectueren is een discretionaire bevoegdheid. Bij een besluit omtrent de effectuering van een herstelsanctie dient aan het belang van de effectuering echter een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van die sanctie. Een adequate handhaving vergt ook dat opgelegde sancties daadwerkelijk worden geëffectueerd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan daarom geheel of gedeeltelijk van effectuering worden afgezien.”

Uit de beginselplicht vloeit al voort dat er uitzonderingen zijn. Die kunnen mijns inziens allemaal worden geschaard onder het begrip ‘bijzondere omstandigheid’. Het lijkt mij wenselijk om nader te specificeren wat daaronder wordt bedoeld.

Voor het invullen van het geharmoniseerd toetsingskader lijkt het mij voor de hand te liggen om als uitgangspunt te nemen de door mij geformuleerde criteria voor de bijzondere omstandigheden in het kader van de invorderingsbeschikking en de kostenverhaalsbeschikking. In hoofdstuk 2 en 3 constateerde ik al dat de criteria gelijk zijn. Geherformuleerd om toepasbaar te zijn bij de effectuering van beide sancties zouden deze als volgt luiden:

1. De omstandigheid hoefde, of kon redelijkerwijs, niet al aan de orde te komen in de sanctiebeschikking.

EN

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

OF

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

Deze criteria spreken voor zich, nu zij mijns inziens thans reeds toegepast kunnen worden en in hoofdstukken 2 en 3 reeds zijn besproken. Een nadere specificering van de criteria voor de bijzondere omstandigheid in de standaardoverweging lijkt mij wenselijk. Dat kan dan aan de hand van de hiervoor geformuleerde criteria voor de bijzondere omstandigheid. De tekst die ik zou voorstellen op dit punt is de volgende:

“Van bijzondere omstandigheden kan alleen sprake zijn indien de aangevoerde omstandigheden redelijkerwijs niet al aan de orde konden of hoefden te komen bij de toetsing van het sanctiebesluit. Er is sprake van een bijzondere omstandigheid indien de omstandigheid niet binnen de risicosfeer van de overtreder valt en een absoluut beletsel vormde voor het tijdig voldoen aan de lastgeving. Voorts kan er sprake zijn van een bijzondere omstandigheid indien de beperkte ernst van de overtreding van de last, de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de last dan wel de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering leiden tot de conclusie dat invordering onevenredig moet worden geacht.”

De door mij voorgestelde ingreep is beperkt in zoverre dat het toetsingskader materieel niet tot een wijziging van de uitkomst van de procedures zal leiden ten opzichte van de huidige toetsingskaders, maar toch op eenvoudige wijze uniformering bewerkstelligt, daarmee kruisbestuiving mogelijk maakt en zodoende de rechtseenheid en de rechtszekerheid versterkt.

7.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht wat de verschillen en de overeenkomsten zijn tussen de besluiten strekkende tot de invordering van dwangsommen, het kostenverhaal bij bestuursdwang, de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie en de terugvordering van uitkeringen bij wijze van sanctie. Op basis van een vergelijking van deze besluiten kom ik tot de conclusie dat de belangrijkste gemene deler is dat er bij alle effectueringsbeschikkingen een vorm van een plicht om te effectueren bestaat en dat er eveneens onder bepaalde omstandigheden een plicht bestaat

om af te zien van effectuering. Vervolgens heb ik onderzocht hoe die plicht en de uitzonderingen daarop normatief zijn ingekaderd. Daaruit bleek dat de invordering van dwangsommen, het kostenverhaal bij bestuursdwang en de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie discretionaire bevoegdheden zijn die in de rechtspraak normatief zijn ingekaderd door middel van een beginselplicht of een uitgangspunt met de strekking dat ingevorderd moet worden tenzij er sprake is van een uitzonderingsgeval. De terugvordering van uitkeringen bij wijze van sanctie blijkt een gebonden bevoegdheid te zijn en om die reden sterk af te wijken van de overige onderzochte sancties. Deze sanctie heb ik daarom verder buiten beschouwing gelaten. Nader onderzoek naar de uitzonderingen op de in de rechtspraak aangenomen beginselplicht / uitgangspunten toont verder aan dat de in de rechtspraak geformuleerde uitzonderingen per sanctie zeer goed met elkaar te vergelijken zijn. Ik meen verder dat de uitkomsten van het huidige toetsingskader ook materieel goed te vergelijken zijn. Echter, de terugvordering van een subsidie bleek vanwege het onvoorwaardelijke karakter van de intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie qua karakter te zeer af te wijken van de effectuering van de voorwaardelijke sancties in dit onderzoek (zijnde de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang) om harmonisatie mogelijk en wenselijk te maken.

Het feit dat de standaardoverwegingen en de uitzonderingen daarop in de rechtspraak ten aanzien van de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang terminologisch sterk van elkaar afwijken, terwijl zij dat materieel niet doen, komt mij voor als een knelpunt omdat deze onnodige afwijking niet verenigbaar is met een van de doelstellingen van de Awb (harmonisatie) en omdat het de kruisbestuiving tussen de verschillende onderwerpen en de betrokken bestuursrechters onnodig belet. Dit knelpunt zou op een praktische, effectieve en evenredige wijze kunnen worden ondervangen door tot een geïntegreerd toetsingskader te komen ten aanzien van het discretionaire besluit om een bestuurlijke geldelijke herstelsanctie te effectueren.

Vervolgens heb ik onderzocht of het wenselijk is om dat inderdaad te doen. Mijn conclusie is dat dit inderdaad het geval is omdat het harmoniseren in het belang is van de uniformiteit, de duidelijkheid en de mogelijkheid voor kruisbestuiving. Daarmee is het harmoniseren in het belang van de rechtseenheid en de rechtszekerheid.

Mijn voorstel is om het geharmoniseerd toetsingskader te introduceren door middel van een standaardoverweging in de rechtspraak die ziet op wanneer de discretionaire bevoegdheid om een dwangsom of de kosten van bestuursdwang in te vorderen moet worden aangewend en wanneer daarvan dient te worden afgezien. Deze standaardoverweging zou als volgt kunnen luiden:

“Het besluit om een herstelsanctie te effectueren is een discretionaire bevoegdheid. Bij een besluit omtrent de effectuering van een herstelsanctie dient aan het belang van de effectuering echter een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van die sanctie. Een adequate handhaving vergt ook dat opgelegde sancties daadwerkelijk worden geëffectueerd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan daarom geheel of gedeeltelijk van effectuering worden afgezien. Van bijzondere omstandigheden kan alleen sprake zijn indien de aangevoerde omstandigheden redelijkerwijs niet al aan de orde konden of hoefden te komen bij de toetsing van het sanctiebesluit. Er is sprake van een bijzondere omstandigheid indien de omstandigheid niet binnen de risicosfeer van de overtreder valt en een absoluut beletsel vormde voor het tijdig voldoen aan de lastgeving. Voorts kan er sprake zijn van een bijzondere omstandigheid indien de beperkte ernst van de overtreding van de last, de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de last dan wel de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering leiden tot de conclusie dat invordering onevenredig moet worden geacht.”
