



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

11



11. DE POSITIE VAN DE DERDE-BELANGHEBBENDE⁸⁷⁶

11.1 Inleiding

Bij de overtreding van een wettelijk voorschrift zijn er vaak derden die hinder (kunnen) ondervinden van die overtreding. Deze derden zijn dan meestal belanghebbend bij de bestuursrechtelijke handavingsprocedure die door het bevoegd gezag kan worden geïnitieerd. Daarnaast kunnen deze derden zelf het bestuursorgaan om handhaving verzoeken. Treedt het bestuursorgaan dan (ten onrechte) niet handhavend op, dan kan de derde dit via de bestuursrechter alsnog afdwingen. Een sanctie die wel wordt afgedwongen bij de bestuursrechter, maar vervolgens niet feitelijk wordt geëffectueerd, is alsnog zinloos vanuit het oogpunt van de derde-belanghebbende. Daarom is het van belang voor de derde-belanghebbende om ook invloed te kunnen hebben op het besluit tot effectuering van de bestuurlijke geldelijke sanctie.

In dit hoofdstuk van het proefschrift onderzoek ik de positie van de derde bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties. Daarbij ga ik eerst in op de vraag wie er belanghebbende is bij de effectuering. Vervolgens bestudeer ik de mogelijkheden voor de derde om het in- of terugvorderingsbesluit af te dwingen, om feitelijke invordering af te dwingen en om de verjaring van de rechtsvordering of de bevoegdheid tot in- of terugvordering te voorkomen. Tot slot stel ik een technische aanpassing voor om de positie van de derde-belanghebbende te verbeteren.

11.2 Wie is er belanghebbend bij in- of terugvordering?

Het in- of terugvorderingsbesluit is de beslissing van het bestuursorgaan omtrent het opeisen van een bestuurlijke geldelijke sanctie. Het is dus in de kern het besluit van het bestuursorgaan om een geldschuld op te eisen. In beginsel is dan ook verdedigbaar dat alleen de debiteur (de overtreder) een rechtstreeks belang heeft bij dat besluit. Het besluit om een sanctie in te vorderen wordt door de wetgever echter gezien als het sluitstuk van de handhaving.⁸⁷⁷ Hierdoor is de kring van belanghebbenden groter dan bij een 'normale' bestuursrechtelijke geldschuld. Immers, het is voorshands verdedigbaar dat diegene die belang heeft bij handhaving ook belang heeft bij de daadwerkelijke effectuering van die handhaving. Deze hypothese zal ik hierna toetsen.

⁸⁷⁶ Dit deel van het proefschrift verscheen eerder (deels) in artikelvorm als T.N. Sanders, 'De derdebelanghebbende bij de invordering van een dwangsom: op zoek naar een nieuwe balans', NTB 2015/8.

⁸⁷⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr.3, p. 116.

De rol en positie van de derde-belanghebbende is bij de invoering van de vierde tranche expliciet aan de orde gekomen bij de invoering van het verzoek tot invordering van dwangsommen op grond van artikel 5:37, lid 2, Awb. Een derde-belanghebbende kan zich tot het bestuursorgaan richten met het verzoek om een besluit te nemen strekkende tot de invordering van een (vermeendelijk) door de overtreder verbeurde dwangsom. Daarmee heeft de derde een expliciete positie verkregen bij het besluit om een dwangsom in te vorderen. Omdat er – zeker in vergelijking met de andere bij dit onderzoek betrokken sancties – veel jurisprudentie beschikbaar is over de positie van de derde-belanghebbende bij de invordering van dwangsommen, neem ik de invordering van dwangsommen tot uitgangspunt, waarna ik mijn bevindingen omtrent wie er derde-belanghebbende kan zijn toets bij de overige sancties.

Voor de goede orde merk ik op dat waar ik spreek van de derde-belanghebbende in dit hoofdstuk, bedoeld wordt op de derde-belanghebbende met een aan de overtreder *tegengesteld* belang. Derde-belanghebbenden met een *parallel* belang (denk aan de aandeelhouder of het familielid van de overtreder) laat ik in dit hoofdstuk verder buiten beschouwing nu zij geen belang hebben bij het kunnen afdwingen van effectuering en alleen een belang hebben bij het voorkomen van de effectuering.

11.2.1 *Bij de invordering van dwangsommen*

De wetgever noemt als belanghebbend bij een invorderingsbeschikking “*de derde [...] die in een eerder stadium om handhaving heeft verzocht of een andere derde-belanghebbende [...]*”.⁸⁷⁸ De wetgever merkt op dat het belang bij het invorderingsverzoek door een wijziging in de feitelijke situatie kan wegvallen en noemt als voorbeeld dat de omwonende die overlast ondervond van de overtreding inmiddels is verhuisd.⁸⁷⁹ De derde ervaart in dat geval immers geen hinder meer en verliest daarmee zijn belang.⁸⁸⁰ In dat verband merk ik op dat het (proces)belang⁸⁸¹ bij handhaving⁸⁸² (als ook invordering⁸⁸³) door de bestuursrechter ex nunc wordt getoetst. Het lijkt dan ook dat de vraag wie er belanghebbend is bij een verzoek tot invordering gekoppeld wordt aan de vraag wie belang heeft bij handhavend optreden tegen de overtreding. Dat is “*degene die [...] werkelijk hinder of schade van die activiteit*

⁸⁷⁸ Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr.3, p. 116.

⁸⁷⁹ Ibid, p. 103.

⁸⁸⁰ Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 november 2012, JM 2013/16, m.nt. T.N. Sanders.

⁸⁸¹ Te onderscheiden zijn het procesbelang en de vraag of de procespartij belanghebbende is. Bij invorderingsbeschikkingen hangen de vragen – en de antwoorden daarop – of de derde belanghebbende is en of de derde procesbelang heeft met elkaar samen. Heeft een derde geen procesbelang meer bij invordering, dan zal deze bij invordering noodzakelijkerwijs geen belanghebbende meer zijn.

⁸⁸² ABRvS 28 november 2012, JM 2013/16, m.nt. T.N. Sanders.

⁸⁸³ ABRvS 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1264.

[ondervindt]”.⁸⁸⁴ Dat kan ook een concurrent van de overtreder zijn.⁸⁸⁵ De ABRvS lijkt in een uitspraak van 25 september 2013 te bevestigen dat het belang bij invordering het belang bij handhaving volgt. In deze uitspraak oordeelde de ABRvS dat indien een derde belang heeft bij handhavend optreden tegen de overtreding, hij daarmee tevens belanghebbend is bij de invorderingsbeschikking. Daaraan voegt de ABRvS toe dat het voor de vraag of de derde belang heeft niet relevant is of het bestuursorgaan ambtshalve of op verzoek van de derde invordert.⁸⁸⁶

Bestaat er een belang bij handhavend optreden, dan lijkt er dus een belang bij de invordering van een verbeurde dwangsom te bestaan. Maar daarmee is nog niet gezegd dat er geen zelfstandig belang bij invordering kan bestaan. Is het mogelijk dat een derde nog belang heeft bij invordering als er geen belang meer bestaat bij handhaving? De wetsgeschiedenis van de vierde tranche van de Awb geven geen antwoord op deze vraag. Hierna zal ik daarom aan de hand van een aantal situaties toetsen of er een zelfstandig belang bij invordering kan bestaan. Daartoe onderscheid ik een drietal situaties. Ten eerste het geval waarin een voortdurende overtreding van een last (bijvoorbeeld tot verwijdering van een illegaal bouwwerk) wordt beëindigd voor het toetsingsmoment. Ten tweede het geval waarbij er sprake is van een reeks incidentele zelfstandig herhaalbare overtredingen van een last (bijvoorbeeld het conformeren aan de geluidsvoorschriften) waarbij op het toetsingsmoment echter geen sprake is van een actuele overtreding. Ten derde de situatie dat de dwangsombeschikking is gevolgen (dat wil zeggen, het maximale bedrag aan dwangsommen is verbeurd).

a. Voortdurende overtreding

In de eerste situatie is er op het toetsingsmoment geen overtreding meer. De appellant heeft dan geen (proces)belang meer bij handhavend optreden. Kan hij dan nog wel belang bij invordering hebben? De rechtbank Den Haag beantwoorde deze vraag ontkennend: de derde heeft dan geen (proces)belang meer bij invordering.⁸⁸⁷ De reden daarvoor is – aldus de rechtbank – dat het afdwingen van invordering alleen is bedoeld als middel om een einde aan de overtreding te maken, niet om de derde een middel te geven om de overtreder te ‘bestrafen’. Is er dus geen

884 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuursdwang en dwangsom, (Deventer, 2014), p. 151.

885 ABRvS 10 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2648: “Zoals de rechtbank heeft overwogen is volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling degene wiens concurrentiebelang rechtstreeks is betrokken bij een besluit, belanghebbende. In deze zaak betekent dat dat Pottendijk belanghebbende is indien zij in hetzelfde verzorgingsgebied en marktsegment werkzaam is als de stichting.”

886 ABRvS 25 september 2013, AB 2013/418, m.nt. T.N. Sanders.

887 Rb. Den Haag 3 april 2013, Gst. 2013/68, m.nt. T.N. Sanders.

belang meer bij handhaving, dan heeft de derde zijn belang bij invordering verloren – hij ervaart immers geen hinder meer van de overtreding. In een andere uitspraak is de rechtbank Den Haag tot een soortgelijke conclusie gekomen. In dat geval was de overtreding na oplegging van de last en beëindiging van de begunstigingstermijn alsnog gelegaliseerd en werd de last ingetrokken. Het besluit tot legalisering en de intrekking van de last waren echter nog niet onherroepelijk. Gelet daarop was de rechtbank van oordeel dat de derde in dat geval wel nog belang had bij zijn beroep tegen de weigering om dwangsommen in te vorderen – het stond immers nog niet in rechte vast dat de overtreding beëindigd (gelegaliseerd) was.⁸⁸⁸ In een uitspraak van 28 oktober 2015 bevestigde de ABRvS deze lezing naar aanleiding van een hoger beroep tegen een (niet-gepubliceerde) uitspraak van de rechtbank Overijssel die goed vergelijkbaar is met de voornoemde uitspraak van de rechtbank Den Haag. De Afdeling oordeelde:

“Het belang dat de derde, in dit geval [appellant], heeft bij het nemen van de invorderingsbeschikking is afgeleid van het belang dat hij heeft bij het voorkomen of beëindigen van de overtreding waarvoor de last is opgelegd. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat artikel 5:37, tweede lid, van de Awb de verzoeker om handhaving een rechtsmiddel geeft teneinde ongedaanmaking van de overtreding te waarborgen. In dit geval is, nu de overtreding vóór het nemen van het besluit van 26 augustus 2014 geheel en definitief is beëindigd en er geen reële kans op herhaling van de overtreding bestaat, het met de last onder dwangsom beoogde doel bereikt en kan een voortzetting van de procedure voor [appellant] niet tot verdergaande resultaten leiden. Dat pas aan de last is voldaan na ommekomst van de begunstigingstermijn doet daar niet aan af. Dat [appellant] het college vóór de beëindiging van de overtreding heeft verzocht om tot invordering over te gaan maakt het voorgaande niet anders, nu het processuele belang wordt beoordeeld naar de stand van zaken op het moment van de uitspraak.”⁸⁸⁹

Het belang van de derde bij invordering is na beëindiging van de voortdurende overtreding slechts nog gelegen in het ‘bestrafen’ van de overtreder en het bewaken van de effectiviteit van de sanctie. Dat is echter niet meer zijn belang, maar het algemene belang. Reden waarom naar mijn mening de derde geen (proces)belang bij invordering meer heeft. Nu het belang bij handhaving in dit scenario ook eindigt op het moment dat de overtreding wordt beëindigd, verschilt het belang bij invordering in dit geval dus niet van het belang bij handhaving.

888 Rb. Den Haag 26 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8039.

889 ABRvS 28 oktober 2015, AB 2016/32 m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2015/137, m.nt. P.H.J. de Jonge.

b. *Zelfstandig herhaalbare overtreding*

In de tweede situatie is er eveneens geen overtreding op het toetsingsmoment – het betreft immers een zelfstandig herhaalbare overtreding die kort na het plegen ervan is beëindigd. Gelet op het oordeel van de rechtbank Den Haag en de ABRvS ten aanzien van de eerste situatie is bepleitbaar dat indien de incidentele overtreding is beëindigd de derde geen belang meer heeft bij invordering. Hij zal immers (hoogstwaarschijnlijk) op het moment van de ex nunc toetsing geen hinder meer ondervinden. Dat lijkt mij echter onjuist. Als bij zelfstandig herhaalbare overtreding overtredingen de zelfstandige overtreding zou moeten voortbestaan tot en met het (ex nunc) toetsingsmoment om als derde invordering af te kunnen dwingen, dan zal er vrijwel nooit een belang bij invordering kunnen bestaan en verliest het invorderingsverzoek zijn nut. Denk bijvoorbeeld aan het zelfstandig overtreden van (de last om zich te houden aan) geluidsvoorschriften door een horeca inrichting. Op de avond dat de geluidsvoorschriften worden overtreden is er sprake van een overtreding, maar de dag daarop zal de geluidsoverlast – en dus de overtreding – er niet meer zijn. Het lijkt mij echter niet verdedigbaar dat in een scenario als dit de derde de volgende dag geen belang meer heeft bij de invordering van de dwangsom die de vorige avond is verbeurd. Het belang bij invordering blijft in dit geval, omdat het voldoende aannemelijk is dat de derde nogmaals geconfronteerd zou kunnen worden met dezelfde overtreding op grond van dezelfde last. Het is dus aannemelijk dat hij nog hinder zou kunnen ondervinden, reden waarom hij nog een belang bij invordering heeft. Bij handhaving wordt dezelfde maatstaf gehanteerd bij incidentele overtredingen. Indien de derde-belanghebbende nog *hinder zou kunnen ondervinden*, dan heeft hij belang bij handhaving.⁸⁹⁰ Nu dezelfde toetsingsmaatstaf moet worden gehanteerd voor de vraag of er (nog) belang is bij invordering, als voor de vraag of er (nog) belang is bij handhaving, concludeer ik dat in het scenario van een zelfstandig herhaalbare overtreding van dezelfde last de derde slechts belang bij invordering kan hebben indien hij nog belang heeft bij handhaving.

Hoewel elke derde-belanghebbende (ook de buurman van een illegaal bouwwerk) de kans op herhaling aanwezig zal achten en het dus aannemelijk zal vinden dat dezelfde last opnieuw zal worden overtreden (en dus dat ook zijn belang bij de invordering van de dwangsom nog bestaat om 'te voorkomen dat de buurman het nog een keer doet'), lijkt het mij dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de verschillende gevallen op basis van hoe aannemelijk het is dat een overtreding wordt herhaald. Denk bijvoorbeeld aan het verschil tussen het opnieuw bouwen van een verwijderd illegaal bouwwerk in strijd met een last die ook strekt tot het verwijderd houden van dat bouwwerk (een voortdurende overtreding) en het opnieuw overtreden van geluidsvoorschriften door een horeca inrichting (een zelfstandig herhaalbare overtreding). Beide overtredingen zijn wellicht (theoretisch)

⁸⁹⁰ Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 maart 2005, AB 2005/170, m.nt. A.B. Blomberg.

herhaalbaar, maar in het tweede geval is het vele malen aannemelijker dat de overtredding zal worden herhaald en dus dat de derde hinder *zou kunnen ondervinden*. Reden waarom de derde naar mijn mening wel belang heeft bij de invordering van de dwangsom nadat de individuele overtreding is beëindigd in het tweede geval (de incidentele overtreding) en niet in het eerste geval (de voortdurende overtreding). Steun voor deze lezing zie ik in de uitspraak van de ABRvS van 28 oktober 2015 nu er in dat geval, belang werd gehecht aan het feit dat er “*geen reële kans op herhaling*” bestond.⁸⁹¹ Die overweging impliceert dat indien er nog wel een reële kans op herhaling zou zijn, er nog wel belang bij handhaving en daarmee ook belang bij invordering zou zijn.

c. *Een volgelopen dwangsombeschikking*

Het derde scenario betreft een volgelopen dwangsombeschikking (lees: alle dwangsommen zijn reeds verbeurd). Heeft de derde-belanghebbende in een dergelijk geval nog belang bij invordering van de verbeurde dwangsommen? Denkbaar is namelijk dat omdat er geen dwangsommen meer kunnen worden verbeurd, de derde niet door invordering af te dwingen kan bewerkstelligen dat de overtreding wordt beëindigd. Er kunnen immers geen dwangsommen meer worden verbeurd. Ik meen echter dat de derde bij een volgelopen dwangsom net zoals bij incidentele overtredingen belang blijft houden bij invordering, zolang hij hinder van de overtreding kan blijven ondervinden. Ook indien de dwangsombeschikking reeds is volgelopen. Dat is anders indien na het vollopen van de dwangsombeschikking redelijkerwijs geen overtredingen van het voorschrift meer plaats kunnen vinden. Denk aan een (eenmalig) evenement waarbij de geluidsvoorschriften niet worden nageleefd. Het maximale dwangsombedrag wordt verbeurd, maar daarna eindigt het evenement. In dat geval lijkt het mij dat de derde na het einde van het evenement geen belang meer heeft bij de invordering van de reeds verbeurde dwangsom: hij kan immers geen hinder meer ondervinden. Dat is ook het geval voor wat betreft zijn belang bij handhaving. Deze situatie moet overigens worden onderscheiden van een jaarlijks terugkerend evenement. In dat geval is het immers voldoende aannemelijk dat de derde weer hinder zou kunnen gaan ondervinden en dat hij dus belang heeft bij invordering van de dwangsommen.

d. *Tussenconclusie – het belang bij invordering*

Op basis van het voorgaande concludeer ik dat een derde-belanghebbende belang heeft bij invordering indien voldoende aannemelijk is dat deze nog *hinder zou kunnen ondervinden* van eenzelfde overtreding. Dat is dezelfde toets die de ABRvS toepast bij de vraag of er (nog) een belang bij handhaving bestaat.⁸⁹² Daarom concludeer ik dat er slechts belang bij invordering kan bestaan indien er nog belang bij hand-

⁸⁹¹ ABRvS 28 oktober 2015, AB 2016/32, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2015/137, m.nt. P.H.J. de Jonge.

⁸⁹² Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 maart 2005, AB 2005/170, m.nt. A.B. Blomberg.

having bestaat. Dat lijkt mij ook een rechtvaardige uitkomst. De derde heeft belang bij handhaving en bij het beëindigen van de overtreding. Daar is ook het invorderingsverzoek voor in het leven geroepen door de wetgever. Maar nadat de overtreding is beëindigd heeft hij naar mijn mening onvoldoende belang bij het daadwerkelijk betalen van de dwangsom door de overtreder aan de overheid om te rechtvaardigen dat hij een rechtsmiddel zou moeten kunnen aanwenden. In het bijzonder wijs ik erop dat het belang van de derde (het waarborgen van de effectiviteit van het handhavingsmiddel / het afstraffen van een overtreder) zich na beëindiging van de overtreding niet onderscheidt van het belang van een willekeurige andere derde.

Dit heeft wel tot gevolg dat de norm dat verbeurde dwangsommen moeten worden ingevorderd (de zogenaamde ‘beginselplicht tot invordering’) in gevallen waarbij de overtreding alsnog wordt beëindigd vóór het toetsingsmoment (lees: het moment van het besluit of de uitspraak) slechts beperkt afdwingbaar is bij de bestuursrechter. Als de derde namelijk geen belang meer heeft dan is invordering niet langer door hem afdwingbaar. Het bestuursorgaan kan er dan voor kiezen om toch niet in te vorderen. Aangezien de overtreder de invordering zelf niet zal gaan afdwingen, wordt daarmee de invordering effectief belet. Hoewel het mij niet onredelijk lijkt dat het bestuursorgaan enige ruimte heeft om af te zien van invordering indien de overtreding alsnog is beëindigd, staat dit feit wel op gespannen voet met de beginselplicht tot invordering en het belang van het borgen van de effectiviteit van de handhaving. Er bestaat dan ook het gevaar dat (met de medewerking van het bestuursorgaan) de overtreding wordt voortgezet tot op het allerlaatste moment – net voor de zitting bij de hoger beroepsrechter – waarna de overtreding wordt beëindigd. Ter zitting blijkt dan dat er geen overtreding meer is en dat de derde-belanghebbende dus geen procesbelang meer heeft. Uiteindelijk heeft dit tot gevolg dat er geen dwangsom wordt ingevorderd. Hoewel dit door de derde-belanghebbende als frustrerend en onrechtvaardig kan worden ervaren, doet dit niet af aan het feit dat zijn te respecteren doel (en daarmee zijn belang) bij de procedure – het beëindigen van de overtreding waar hij hinder van ondervindt – is bereikt.

11.2.2 *Bij het kostenverhaal*

Anders dan bij de invordering van dwangsommen, is het kostenverhaal bij bestuursdwang niet de enige effectuering van het sanctiebesluit. Bij bestuursdwang is de daadwerkelijke uitvoering van de bestuursdwang de primaire effectuering en is het kostenverhaal een secundaire effectuering met als doel het verhalen van de gemaakte kosten op de overtreder. Het kostenverhaal dient aldus niet om de overtreding op te heffen, maar om de overtreder voor de kosten te laten opdraaien. Dit betekent echter niet dat de hoofdregel voor de vraag of iemand derde-belanghebbende is bij de invordering van dwangsommen (‘alleen belang bij invordering als er nog belang is bij handhaving’) niet toepasbaar is bij het kostenverhaal bij bestuursdwang. In tegendeel, ik meen dat die hoofdregel ook bij kostenverhaal van toepassing is. Het resultaat van die toets zal

naar mijn mening altijd moeten zijn dat er geen belang bij handhaving meer bestaat, zodat er geen belang bij kostenverhaal kan bestaan. Dit licht ik nader toe. Kostenverhaal volgt op de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang. Slechts de noodzakelijke, redelijke, daadwerkelijk gemaakte kosten van de toepassing van bestuursdwang kunnen worden verhaald op de overtreder (zie hoofdstuk 3). Voor kostenverhaal is dus vereist dat de bestuursdwang is geëffectueerd. De bestuursdwang zal – als het goed is – de daadwerkelijke overtreding waar de last onder bestuursdwang op ziet opheffen. Dit betekent dat tegen de tijd dat er kosten worden verhaald de overtreding reeds zal zijn beëindigd. Toepassing van de eerder genoemde hoofdregel ('het belang bij effectuering volgt het belang bij handhaven') zal daarom mijns inziens altijd moeten leiden tot de conclusie dat er bij kostenverhaal geen derde-belanghebbende (met een aan de overtreder tegengesteld belang) kan zijn omdat er geen derden zijn die nog een belang kunnen hebben bij handhaving.

Het voorgaande verklaart ook de keuze van de wetgever om wel te voorzien in de mogelijkheid voor de derde om een zogenaamde 'toepassingsbeschikking' te vragen op grond van artikel 5:31a, lid 1, Awb (strekken tot het daadwerkelijk toepassen van bestuursdwang),⁸⁹³ maar om niet expliciet te voorzien in de mogelijkheid voor de derde om een kostenverhaalsbeschikking te vragen. Het is immers niet voorstelbaar dat een derde (let wel: met een tegengesteld belang tot de overtreder) daadwerkelijk belang heeft bij een kostenverhaalsbeschikking. Overigens stellen Michiels, Blomberg en Jurgens dat de derde-belanghebbende "*ook de kostenverhaalsbeschikking [kan] aanvechten, maar dat is voor [hem] niet van belang*".⁸⁹⁴ Deze stelling onderschrijf ik niet. Het feit dat de derde geen belang kan hebben bij de kostenverhaalsbeschikking leidt tot de conclusie dat de derde geen belanghebbende is en aldus niet-ontvankelijk is in een eventueel bezwaar en/of beroep tegen die beschikking. Hij zal die beschikking dus niet aan kunnen vechten.

Gelet op het voorgaande is het ook niet verwonderlijk dat het in de praktijk niet voorkomt dat een derde-belanghebbende zich roert in het kader van het kostenverhaal bij bestuursdwang: die zijn er immers niet. Voorbeelden in de jurisprudentie of anderszins waarin een derde met een tot de overtreder tegengesteld belang zich meldt in het kader van kostenverhaal zijn mij verder ook niet bekend.

11.2.3 *Bij het terugvorderen van subsidies*

Bij het intrekken en terugvorderen van subsidies komt het voor dat er derde-belanghebbenden zijn met een tot de overtreder tegengesteld belang die verzoeken

⁸⁹³ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr.3, p. 103.

⁸⁹⁴ F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, (Deventer, 2016), p. 326 (voetnoot 71).

om intrekking en terugvordering van een subsidie.⁸⁹⁵ Dat valt te verklaren op basis van het feit dat dergelijke belanghebbenden vaak concurrenten zijn van de overtreder en een economisch belang hebben bij het daadwerkelijk terugvorderen door de overheid van de ten onrechte aan de overtreder betaalde subsidies. De mij bekende voorbeelden van dit soort gevallen in de gepubliceerde jurisprudentie zijn echter op één hand te tellen: zo vaak komt het dus niet voor. Relatief gezien komt het (veel) vaker voor dat de concurrent derde-belanghebbende tracht om de oorspronkelijke subsidieverlening te voorkomen, maar ook deze beroepen zijn als zeldzaam te kwalificeren volgens Den Ouden, Jacobs en Verheij.⁸⁹⁶

De derde-belanghebbenden in het subsidierecht kunnen in twee categorieën worden verdeeld. Ten eerste de derde-belanghebbenden die geen concurrent zijn van de subsidieontvanger, maar belang menen te hebben bij intrekking van de subsidie zodat zij zelf in aanmerking kunnen komen voor subsidiëring uit dezelfde pot. Ten tweede de derde-belanghebbenden die concurrent van de subsidieontvanger zijn en menen dat zij door de subsidieverstrekking aan de concurrent worden benadeeld vanuit het perspectief van (vermeende) concurrentie vervalsing.

De eerste categorie derde-belanghebbenden (de ‘Holland Opera’⁸⁹⁷ derde-belanghebbenden) zal ik hier verder buiten beschouwing laten. De reden daarvoor is dat deze derde-belanghebbenden bij handhaving en terugvordering geen belang kunnen hebben. Dit komt ten eerste omdat het belang van dit soort derde-belanghebbende de strekking heeft dat hij belang heeft bij intrekking van de subsidie omdat hij zonder die intrekking niet uit dezelfde subsidiepot kan worden gefinancierd. Sinds de Holland Opera uitspraak van de Afdeling, is duidelijk dat deze derde-belanghebbende niet hoeft te bewerkstelligen dat de andere subsidieverleningen worden ingetrokken, omdat een redelijke wetsuitleg van artikel 4:25, lid 3, Awb volgens de Afdeling met zich mee brengt dat een subsidieplafond de Holland Opera derde-belanghebbende niet kan worden tegengeworpen. Ten tweede omdat bij de intrekking als sanctie (handhaving) er een subsidievoorwaarde niet wordt nageleefd. Een derde die geen concurrent is heeft geen belang bij handhavend optreden omdat hij geen hinder van de overtreding ondervindt. De Holland Opera derde-belanghebbende opereert immers niet in dezelfde markt als de ontvanger van de subsidie zodat hij niet wordt geraakt in zijn concurrentiebelang.⁸⁹⁸

⁸⁹⁵ Zie voor de twee mij bekende gevallen: ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2054 en ABRvS 4 mei 2011, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden.

⁸⁹⁶ W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, (Deventer, 2011), p. 203.

⁸⁹⁷ ABRvS 15 juli 2015, m.nt. W. Den Ouden.

⁸⁹⁸ Zie voor een uitgebreide beschouwing van de positie van de Holland Opera derde-belanghebbende en kritiek op de lijn van de Afdeling: E.M.J. Hardy, ‘De kunst van het subsidiëren’, JBplus 2016/1.

De tweede categorie derde-belanghebbenden is de concurrent-belanghebbende. Ten aanzien van deze groep derde-belanghebbenden gelden de algemene bestuursrechtelijke regels voor concurrent-belanghebbendheid. De Afdeling overweegt daaromtrent dat een derde belang kan hebben bij een besluit tot intrekking en terugvordering van subsidie:

“2.3.3. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 28 november 2007 in zaak nr. 200704307/1 wordt overwogen dat een derde op grond van zijn concurrentiepositie kan worden aangemerkt als belanghebbende bij een besluit als hier aan de orde is, indien de subsidie waarvan de terugvordering wordt verzocht strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de derde werkzaam is.”⁸⁹⁹

De kanttekening die hierbij kan worden geplaatst is dat indien de subsidie een ondergeschikt deel is van het te subsidiëren project, geen belang aanwezig wordt geacht.⁹⁰⁰ Derden die nog niet actief zijn in dezelfde markt als de subsidieontvanger, maar wel concrete plannen daarvoor hebben, kunnen wel als belanghebbenden worden aangemerkt. Vereist daarvoor is dat zij *“concrete plannen hebben en zijn begonnen met de uitvoering daarvan”* om actief te worden op dezelfde markt.⁹⁰¹ De ABRvS toetst de mate van invloed van de subsidieverlening op de relevante markt zeer marginaal. Hardy concludeert dan ook: *“[r]ichten concurrenten zich op dezelfde afzetmarkt, dan staat [voor de ABRvS] vast dat die markt wordt beïnvloed door subsidieverlening aan een van hen.”*⁹⁰² De begrenzing van de afzetmarkt lijkt eveneens vrij grof te worden getoetst door de Afdeling, aldus Wieland, die concludeert dat *“in de jurisprudentie vaak in algemene termen wordt beoordeeld of sprake is van hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied”*, in tegenstelling tot het mededingingsrecht waar de marktafbakening vrij nauwgezet wordt beoordeeld.⁹⁰³ Dat verschil laat zich volgens Wieland verklaren *“door de context waarbinnen de markt wordt afgebakend”*.⁹⁰⁴ Bij het algemene bestuursrecht is dat een formele context waarbij de toegang tot de rechter aan de orde is, terwijl het bij het mededingingsrecht een materiële context is waarbij de mogelijke effecten van een fusie (of kartel) op een bepaalde markt in kaart moeten worden gebracht.⁹⁰⁵ Het gaat te ver om in het kader van dit proefschrift de toetsing van de afzetmarkt en de mate van

⁸⁹⁹ ABRvS 4 mei 2011, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden.

⁹⁰⁰ ABRvS 28 november 2007, AB 2008/73, m.nt. K.F. Bolt.

⁹⁰¹ ABRvS 13 april 2011, AB 2011/215, m.nt. J. Dijkgraaf.

⁹⁰² E.M.J. Hardy, ‘De kunst van het subsidiëren’, JBplus 2016/1, onder 3.2.

⁹⁰³ J. Wieland, ‘De concurrent in het bestuursrecht, de relevante markt ruim afgebakend’, NTB 2013/17, onder 2.4.

⁹⁰⁴ Ibid, onder 4.

⁹⁰⁵ Ibidem.

invloed op de markt door de subsidiëring te beoordelen. Ik volsta hier daarom met de constatering dat de ABRvS geen hoge drempel lijkt op te werpen: is het enigszins aannemelijk dat iemand concurrent is of zal worden op ongeveer dezelfde afzetmarkt, dan wordt belanghebbendheid vrij snel aangenomen.

Hoewel daarvoor geen expliciete wettelijke grondslag bestaat (in tegenstelling tot bij de invordering van dwangsommen), kunnen derde-belanghebbenden met een tegengesteld belang het bestuursorgaan verzoeken om intrekking en terugvordering van een subsidie.⁹⁰⁶ De hoofdregel voor derde-belanghebbendheid bij invordering van dwangsommen (en bij kostenverhaal) – dat er geen belang bij in- of terugvordering bestaat zonder belang bij handhaving – gaat naar mijn mening ook op bij de terugvordering van subsidies. Naar de aard van de zaak heeft een derde-belanghebbende naar mijn mening belang bij het terugvorderingsbesluit tot aan het moment waarop de overtreder het gehele ten onrechte betaalde subsidiebedrag aan het bestuursorgaan heeft terugbetaald. Pas als het bedrag is terugbetaald is de overtreding hersteld en vervalt dus het belang bij handhaving. Anders dan bij dwangsommen is in de jurisprudentie en de literatuur geen discussie omtrent de vraag of het (proces) belang van de derde-belanghebbende op enig moment vervalt. Dat valt volgens mij te verklaren op grond van het feit dat zo lang de subsidie nog niet is teruggevorderd, de overtreding voortduurt zodat er nog belang bij handhaving bestaat.

Interessant om nog te signaleren is dat de effectuering van de terugvordering als sanctie een blinde vlek lijkt te zijn voor veel derde-belanghebbenden. In de gepubliceerde jurisprudentie zijn er aanzienlijk meer zaken waarbij de concurrent derde-belanghebbende opkomt tegen de vaststellingsbeschikking, dan waarbij de derde-belanghebbende vraagt om een intrekking- en terugvorderingsbesluit.⁹⁰⁷ In die zaken zullen doorgaans voorschotten zijn betaald aan de subsidieontvanger. Bij gebrek aan gepubliceerde jurisprudentie waarbij de derde-belanghebbende na een succesvol appel tegen de verlenings- of vaststellingsbeschikking ook verzoekt om terugvordering, zijn er twee mogelijk conclusies. Ten eerste dat het bestuursorgaan altijd de ten onrechte verleende voorschotten terugvordert. Ten tweede dat derde-belanghebbenden geen oog hebben voor de effectuering. Ik vermoed dat de tweede conclusie de juiste is. De reden daarvoor is dat (zoals ook uit hoofdstuk 4 van dit proefschrift blijkt) er geen terugvorderingsverplichting is. Het bestuursorgaan kan er dus voor kiezen om ondanks de vernietiging van de verlenings- of vaststellingsbeschikking, de betaalde voorschotten toch niet terug te vorderen (behoudens staatssteunrechtelijke bezwaren). Het bestuursorgaan (blijkens de bereidheid om de subsidie te verlenen en over die verlening te procederen) acht de subsidiëring voorts wenselijk. De combinatie van een bestuursorgaan dat genegen is om de subsidie-

⁹⁰⁶ ABRvS 4 mei 2011, AB 2011/317, m.nt. W. den Ouden.

⁹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld: ABRvS 17 mei 2001, AB 2002/58, m.nt. N. Verheij, ABRvS 14 februari 2007, AB 2008/76, m.nt. N. Verheij en ABRvS 17 augustus 2011, AB 2011/316, m.nt. W. den Ouden.

ontvanger in het bezit te laten van de ten onrechte verstrekte subsidiegelden alsmede het ontbreken van een terugvorderingsverplichting, maken dat ik het niet waarschijnlijk acht dat bestuursorganen in alle gevallen altijd daadwerkelijk terugvorderen, zodat ik tot de tweede conclusie kom.

Ik wijs er in dat kader nog op dat hoewel het ontbreken van een terugvorderingsverplichting in algemene zin in het subsidierecht verdedigbaar is,⁹⁰⁸ er gelet op het voorgaande veel valt te zeggen voor het aannemen van een terugvorderingsverplichting indien de terugvordering geschiedt in het kader van de handhaving. Niet valt immers in te zien dat de terugvordering van een (deel van een) subsidie niet zou moeten worden geëffectueerd, al is het maar omdat (in de woorden van de Afdeling over de beginselplicht tot invordering bij dwangsommen): “[e]en andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een [sanctie] besluit”.⁹⁰⁹ Dit ondersteunt mijn voorstel in hoofdstuk 7 om tot een algemene effectueringsplicht te komen.

11.2.4 *Bij het terugvorderen van uitkeringen*

Bij het bij wijze van sanctie terugvorderen van uitkeringen is het mijns inziens niet mogelijk dat er een derde-belanghebbende is met een tegengesteld belang tot de overtreder (die dus belang heeft bij de effectuering van de sanctie). De toetsingsmaatstaf voor de vraag of iemand belang heeft bij handhaving is immers of “*degene [...] werkelijk hinder of schade van die activiteit [ondervindt]*”.⁹¹⁰ Hoewel het voorstelbaar is dat er in Nederland derden zullen zijn die zich zodanig storen aan uitkeringsfraude dat zij zich erg betrokken voelen bij de terugvordering, is het niet goed voorstelbaar dat er een derde-belanghebbende is die werkelijk hinder of schade ondervindt van het door de overheid ten onrechte betalen van een uitkering. Bij gebrek aan derde-belanghebbenden blijft de terugvordering van uitkeringen in dit hoofdstuk daarom ook verder buiten beschouwing.

11.2.5 *Bij het invorderen van een bestuurlijke boete*

Het is niet ongebruikelijk dat er bij de oplegging van een bestuurlijke boete derde-belanghebbenden zijn met een aan de overtreder tegengesteld belang. Er zijn ook daadwerkelijk gevallen bekend waarbij derden hebben verzocht om handhaving in de vorm van het opleggen van een bestuurlijke boete.⁹¹¹ Gevallen waarbij echter ook

908 Zie daarvoor F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, (Deventer, 2016), p. 144 en W. Den Ouden, M.J. Jacobs en N. Verheij, *Subsidierecht*, (Deventer, 2011), p. 102.

909 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2186.

910 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, (Deventer, 2014), p. 151.

911 ABRvS 6 oktober 2016, AB 2017/22, m.nt. R. Stijnen en ABRvS 6 oktober 2016, AB 2017/23, m.nt. R. Stijnen, betreffende respectievelijk een werknemer en een vakbond die om handhavend optreden jegens een bedrijf in de Rotterdamse haven verzochten.

om daadwerkelijke effectuering van een bestuurlijke boete is verzocht zijn mij echter niet bekend in de rechtspraak of literatuur. Ik verwijs in dit kader naar hoofdstuk 6 van dit proefschrift, waarin ik concludeer dat de bestuurlijke boete vanwege het geïntegreerde karakter van de oplegging en de invordering zodanig verschilt dat geschillen omtrent de effectuering zich vermoedelijk nooit voor doen. Het gevolg daarvan is dat de bestuurlijke boete niet goed vergelijkbaar is met de overige bestuurlijke geldelijke sancties. Om dezelfde reden blijft de vraag wie er derde-belanghebbend is bij de daadwerkelijke invordering van een bestuurlijke boete hier verder buiten beschouwing.

11.3 Het afdwingen van een in- of terugvorderingsbesluit⁹¹²

Eenmaal gekwalificeerd als derde-belanghebbende en nadat de oplegging van een bestuurlijke geldelijke sanctie door het bestuursorgaan is afgedwongen, zal een derde zich (nogmaals) tot het bestuursorgaan moeten wenden met het verzoek om een besluit te nemen ertoe strekkende de sanctie daadwerkelijk te effectueren. Gelet op hetgeen ik heb toegelicht in het vorige onderdeel zal slechts het besluit tot invordering van dwangsommen en het besluit tot het bij wijze van sanctie terugvorderen van een subsidie aan de orde komen.

11.3.1 *Het afdwingen van een invorderingsbeschikking*

Voor het besluit tot invordering van een dwangsom heeft de derde-belanghebbende sinds de invoering van de vierde tranche van de Awb de mogelijkheid om het bestuursorgaan te verzoeken om te beslissen om tot invordering over te gaan op grond van artikel 5:37, lid 2, Awb.⁹¹³ Voor de invoering van de vierde tranche was er weliswaar een (beginself)plicht voor het bestuursorgaan om verbeurde dwangsommen in te vorderen, maar was deze plicht niet (bestuursrechtelijk) afdwingbaar.⁹¹⁴ Besloot het bestuursorgaan dus om de dwangsom niet in te vorderen, dan stond de derde met lege handen. Met de invoering van het verzoek tot invordering en daarmee het door de derde expliciet afdwingbaar maken van de invorderingsbeschikking, hoopte de wetgever dat de derde “*het bestuur [...] tot daadwerkelijk optreden [zou kunnen] bewegen.*”⁹¹⁵ Op grond van artikel 5:37, lid 2, Awb geeft een bestuursorgaan een beschikking omtrent de invordering van de dwangsom indien een belanghebbende daarom verzoekt. Het bestuursorgaan moet ingevolge lid 3 binnen vier weken beslissen op het verzoek. Tegen het niet (tijdig) beslissen op dit verzoek staat beroep open bij de rechtbank en is het middel van de dwangsom bij niet tijdig

⁹¹² Dit deel van het proefschrift verscheen eerder (deels) in artikelvorm als T.N. Sanders, ‘De derdebelanghebbende bij de invordering van een dwangsom: op zoek naar een nieuwe balans’, NTB 2015/8.

⁹¹³ Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr.3, p. 101.

⁹¹⁴ ABRvS 10 januari 1995 AB 1995/516 m.nt. F.C.M.A. Michiels, Vzr. ABRvS 25 april 1996 nr. F03.96.0289 en Gerechtshof Leeuwarden 27 februari 2002 JB 2002/136.

⁹¹⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr.3, p. 116.

beslissen beschikbaar. Het afdwingen van een invorderingsbeschikking waarin wordt besloten om over te gaan tot invordering is dus – mits de dwangsom daadwerkelijk is verbeurd en dit goed aan te tonen is – zeer goed afdwingbaar door de derde-belanghebbende.

Dat de overtreder de dwangsom heeft verbeurd door de last te overtreden moet uiteraard wel bewezen worden. Dat is bij uitstek een taak voor het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan levert het bewijs dat de last is overtreden vaak in een zogenaamde feitenvaststelling, waarin een toezichthouder op ambtseed verklaart bepaalde zaken te hebben waargenomen waaruit blijkt dat de last is overtreden. Een dergelijke feitenvaststelling dient aan door de ABRvS geformuleerde voorwaarden te voldoen (zie hoofdstuk 2.5).⁹¹⁶ In beginsel staat de overtreding vast indien de feitenvaststelling aan deze voorwaarden voldoet en uit de feitenvaststelling volgt dat de last is overtreden. Het kan echter gebeuren dat een bestuursorgaan geen controles uitvoert of geen feitenvaststelling opstelt. Dat kan moedwillig gebeuren, of het kan gewoon aan de aandacht van het bestuursorgaan ontsnappen. Dat heeft de consequentie dat in beginsel niet vaststaat dat de last is overtreden. Wat kan de derde-belanghebbende in dat geval ondernemen om aan te tonen dat er sprake is van een overtreding van de last?

De derde-belanghebbende kan ten eerste feitelijke controles door het bestuursorgaan bestuursrechtelijk afdwingen ondanks dat er geen apart bestuursrechtelijk middel bestaat daartoe. In de procedure waarbij de derde-belanghebbende opkomt tegen de afwijzing van het verzoek tot invordering zal de bestuursrechter uiteraard kritisch zijn indien het bestuursorgaan het verzoek heeft afgewezen zonder enige feitelijke controle te hebben uitgevoerd of de last al dan niet is overtreden. Het afwijzen van het verzoek zonder enig onderzoek lijkt mij ook in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel – reeds op deze wijze zou het mogelijk moeten zijn om de controle af te dwingen. Ten tweede lijkt het mij dat het theoretisch mogelijk is om de civiele rechter te adiëren om feitelijke controles af te dwingen. Dat lijkt mij echter een dure en omslachtige oplossing. Een derde mogelijkheid is dat de derde zelf bewijs kan leveren. De uitdaging voor de derde-belanghebbende in dat verband is echter dat een verklaring van hemzelf omtrent zijn eigen waarnemingen in beginsel geen bijzondere bewijskracht toekomt. Dat is anders bij een feitenvaststelling. Dat is immers een op ambtseed opgesteld stuk. Daarvan mag men in beginsel van de juistheid uitgaan.⁹¹⁷ Het gebrek aan bewijskracht van de verklaring van de derde kan

⁹¹⁶ Zie ABRvS 13 juni 2012, JM 2012/103, m.nt. T.N. Sanders.

⁹¹⁷ Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1836, “[...] *het college [mag] in beginsel uitgaan van de juistheid van een op ambtseed dan wel ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal. Dat geldt evenzeer voor de rechter, tenzij de wederpartij tegenbewijs heeft geleverd dat noopt tot afwijking van dit uitgangspunt.*”

ertoe leiden dat de derde, die (bijvoorbeeld) poogt tezamen met andere buurtbewoners aan te tonen dat een inrichting ook buiten de vergunde tijden in werking is (en daarmee de opgelegde last overtreedt), met zijn eigen verklaring en e-mails van andere buurtbewoners dat zij hetzelfde hebben geconstateerd niet ver komt.⁹¹⁸ Bewijs van de derde lijkt dan ook stuk te lopen op het feit dat de ontkenning van de overtreder (dan wel het bestuursorgaan) evenveel kracht heeft als bewijsmiddel,⁹¹⁹ behalve als het bewijs van de derde eveneens een op ambtsead opgemaakt stuk betreft (bijvoorbeeld een proces-verbaal van een politieambtenaar⁹²⁰ of een deurwaarder⁹²¹). Een andere mogelijkheid is om een deskundige in te schakelen die een rapport opstelt omtrent waarom er sprake is van een overtreding.⁹²² Uiteraard brengt het inschakelen van een deskundige of een deurwaarder kosten met zich mee, dus zal niet iedere derde-belanghebbende daartoe in staat zijn. Van belang is echter dat hoewel het voor de derde-belanghebbende niet ideaal is als het bestuursorgaan zelf niet controleert – hij wel in staat is om zelf bewijs te leveren dat de last is overtreden. In bepaalde gevallen zal een feitenvaststelling door het bestuursorgaan echter de enige mogelijkheid zijn voor de derde-belanghebbende om een overtreding vast te stellen. Dat is het geval indien de last zo is geformuleerd dat er pas sprake is van een overtreding als er *tijdens een controle door het bestuursorgaan* blijkt dat aan bepaalde voorschriften of eisen niet wordt voldaan.⁹²³ Een op deze wijze geformuleerd last moet een derde-belanghebbende dan ook proberen te voorkomen door reeds bij de oplegging van de last onder dwangsom hiertegen te ageren. Uit het voorgaande concludeer ik echter dat indien het bestuursorgaan niet – of onvoldoende – inspanningen verricht om vast te stellen dat de last wordt (dan wel is) overtreden, de derde voldoende mogelijkheden heeft om zelf het bewijs van de overtreding te leveren.

11.3.2 *Het afdwingen van een terugvorderingsbesluit bij subsidies*

In tegenstelling tot bij de invordering van dwangsommen heeft de derde-belanghebbende bij subsidies geen expliciete wettelijke mogelijkheid om het bestuursorgaan om terugvordering te verzoeken. Dat heeft de derde-belanghebbende tot dusver echter niet belet om het toch te doen. Blijkens de jurisprudentie acht de bestuursrechter het ook gewoon mogelijk. Als derde-belanghebbende bij terugvordering heeft de derde immers een belang bij het besluit tot terugvordering op grond van artikel

⁹¹⁸ ABRvS 3 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:115.

⁹¹⁹ Ibidem.

⁹²⁰ Rb. Den Haag 10 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7936.

⁹²¹ Als bedoeld in artikel 20, lid 3, onder e, Gerechtshofdeurwaarderswet – “het opmaken van een schriftelijke verklaring betreffende door de gerechtsdeurwaarder persoonlijk waargenomen feiten van stoffelijke aard;”

⁹²² Zie voor een – overigens onsuccesvol – voorbeeld: Vzr. Rb. Breda 6 december 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY5330.

⁹²³ Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 26 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8309.

4:57, lid 1, Awb, dan wel artikel 4:95 Awb. Het verzoek om een dergelijk besluit te nemen is dan ook een aanvraag als bedoeld in artikel 1:3, lid 3, Awb. Gelet hierop heeft de derde-belanghebbende bij subsidies een aan artikel 5:37, lid 2, Awb gelijkwaardige mogelijkheid om het bestuursorgaan te vragen om te besluiten tot terugvordering (en bij weigering is er ook een rechtsingang bij de bestuursrechter). Terzijde merk ik op dat dit bij mij de vraag oproept of artikel 5:37, lid 2, Awb wel bestaansrecht heeft – immers, via dezelfde redenering als de bestuursrechter toepast bij artikel 4:57, lid 1, Awb en 4:95 Awb besluiten is een derde-belanghebbende ook als aanvrager van een besluit tot invordering ex artikel 5:37, lid 1, Awb te kwalificeren. De enige meerwaarde van artikel 5:37, lid 2, Awb is volgens mij dan ook gelegen in het feit dat met die bepaling de mogelijkheid van de (derde-)belanghebbende om het bestuursorgaan te vragen om een invorderingsbeschikking te nemen volledig buiten twijfel wordt gesteld.

11.4 Het afdwingen van daadwerkelijke invordering

Is het besluit tot in- of terugvordering eenmaal onherroepelijk dan zal het bestuursorgaan over moeten gaan tot daadwerkelijke invordering via een dwangbevel of een dagvaarding. Het is echter mogelijk dat het bestuursorgaan een positief in- of terugvorderingsbesluit neemt (waarin het bestuursorgaan besluit om de sanctie te effectueren), maar vervolgens niet daadwerkelijk over gaat tot invordering. Ook al heeft het bestuursorgaan in dat geval de gewenste beschikking gegeven, toch staat de derde-belanghebbende dan met lege handen. Er is mij geen jurisprudentie van een dergelijke casus bekend. Het probleem heeft dus wellicht een theoretisch karakter. Anderzijds is het zo dat het uitvaardigen van een dwangbevel en de daadwerkelijke invordering door het bestuursorgaan zich volledig onttrekt aan het zicht van de derde-belanghebbende. Het is dus goed denkbaar dat bestuursorganen niet daadwerkelijk invorderen maar dat de derde daar niet van op de hoogte is en dus geen stappen onderneemt. Dat is onderdeel van een breder probleem, namelijk dat (zoals ook uit de evaluatie van de geldschuldenregeling blijkt) daadwerkelijke invordering nog steeds door bestuursorganen wordt gepercipieerd als iets ‘tussen het bestuursorgaan en de overtreder’ waar de derde-belanghebbende weinig mee te maken heeft (en er dus ook niet over hoeft te worden geïnformeerd).⁹²⁴ Er echter van uitgaande dat de derde-belanghebbende wel op de hoogte is van het niet daadwerkelijk invorderen (bijvoorbeeld via informatieverzoeken): hoe kan de derde dan daadwerkelijke invordering afdwingen?

Er lijken twee oplossingen te zijn. De eerste bestuursrechtelijk, de tweede civielrechtelijk. De eerste oplossing is voorgesteld door Blomberg, die reeds voor de invoering

⁹²⁴ W. den Ouden, C.N.J. Kortmann, A.W. Jongbloed, J.E. van den Brink en M.K.G. Tjepkema, De bestuursrechtelijke geldschuldenregeling, titel 4.4 Awb geëvalueerd, WODC (Den Haag, 2013), p. 115.

van de vierde tranche het gebrek aan een (goede) mogelijkheid om daadwerkelijke effectuering af te dwingen signaleerde. Zij merkt op: “[v]oor derden rest in zo’n geval geen andere optie dan bezwaar of beroep in te stellen tegen de impliciete of fictieve intrekking van de effectueringsbeschikking.”⁹²⁵ De redenering hierachter lijkt te zijn dat indien een bestuursorgaan weigert uitvoering te geven aan een rehtens onaanastbaar besluit (tot invordering), daarmee het besluit feitelijk wordt ingetrokken. In een dergelijk geval kan dan uitgegaan worden van de fictie dat het besluit wordt ingetrokken. Daarmee staat een bestuursrechtelijke rechtsingang open. Vooropgesteld is dit een enigszins verwrongen oplossing. Er is namelijk geen besluit, dus moet er door middel van een fictie toch een soort besluit worden gecreëerd, anders is er immers geen rechtsbescherming bij de bestuursrechter mogelijk (een ‘strategisch besluit’ dus). Het strategisch besluit wringt, maar omdat in het huidig bestuursrecht de vraag of er sprake is van een besluit nu eenmaal bepalend is voor de vraag of het geschil aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd, dient een dergelijke verwrongen redenering te worden gebruikt om toch toegang tot de bestuursrechter te krijgen.⁹²⁶ Mij is overigens geen voorbeeld bekend in de jurisprudentie van deze handelwijze met betrekking tot de invorderingsbeschikking. Bij handhavingsbeschikkingen in bredere zin bestaat echter wel jurisprudentie waarin de bestuursrechter de weigering om daadwerkelijk handhavend op te treden (na wel het besluit te hebben genomen om bestuursdwang toe te passen) aanmerkt als de intrekking van de eerdere handhavingsbeschikking.⁹²⁷ Deze opvatting is ook door Jurgens in haar proefschrift verdedigd⁹²⁸ en door Van Buuren in zijn noot bij de uitspraak van de ABRvS van 5 februari 1996.⁹²⁹ Daartegenover staat een uitspraak van de voorzitter van de ABRvS die juist een andere richting op wijst, waarbij de schriftelijke weigering om aan-gezegde bestuursdwang te effectueren juist geen besluit was.⁹³⁰ Rustig bezit is dit onderwerp dus niet. Gelet op het uitgangspunt dat een bestuursorgaan uitvoering moet geven aan zijn besluiten lijkt het mij echter in ieder geval niet uitgesloten dat

925 A.B. Blomberg, ‘De gevolgen van de Vierde tranche Awb voor de handhavingspraktijk’, BR 2005/845.

926 Van Ommeren, Huisman, Van de Veen en De Graaf waren het in hun preadviezen voor de VAR-vergadering van 2013 (F.J. van Ommeren, P.J. Huisman, G.A. van der Veen en K.J. de Graaf, Het besluit voorbij, VAR pre-adviezen 2013, Den Haag 2013) niet voor niets met elkaar eens dat het besluitbegrip niet langer als enige rechtsingang zou moeten dienen. Het besluitbegrip is te beperkt. De preadviseurs bieden diverse oplossingen aan. Ik kan mij in het bijzonder vinden in het preadvies van De Graaf, inhoudende dat er een soort ‘allgemeine Leistungsklage’ (een actie naar Duits recht waarbij het bestuur kan worden verplicht tot een andere prestatie dan het nemen van een besluit) zou moeten worden geïntroduceerd (p.300 van het preadvies). Dat zou het verwrongen karakter van de fictieve intrekking onnodig maken. Zo ver zijn wij echter helaas nog niet.

927 Zie: ABRvS 5 februari 1996, AB 1996/311, m.nt. P.J.J. van Buuren, ARRvS 22 mei 1984, AB 1985/153.

928 G.T.J.M. Jurgens, Bestuurlijk gedogen, (diss.), (Zwolle, 1996), p. 99–100.

929 ABRvS 5 februari 1996, AB 1996/311, m.nt. P.J.J. van Buuren.

930 V.zr. ABRvS 23 jan. 1995, KG 1995, nr. 164.

de bestuursrechter de ‘fictieve intrekking’ toepast. Vanuit de wens van de wetgever om (bij dwangsommen – maar vermoedelijk ook bij subsidies) geschillen omtrent de in- of terugvordering zo veel mogelijk bij de bestuursrechter te houden lijkt het mij voorts ook wenselijk dat de bestuursrechter dit daadwerkelijk doet.

De tweede mogelijke oplossing is dat de derde-belanghebbende zich tot de civiele rechter wendt. Als er immers geen appellabel besluit is, is de civiele rechter als rest-rechter bevoegd. Onder het oude recht heeft de ABRvS ook geoordeeld dat indien de derde-belanghebbende van mening was dat het niet daadwerkelijk invorderen (het niet uitvaardigen van een dwangbevel) onrechtmatig was jegens hem, hij zich tot de civiele rechter kon wenden.⁹³¹ Michiels, Blomberg en Jurgens lijken te betogen dat dit het enige alternatief is, nu het (niet) uitvoeren van het in- of terugvorderings-besluit een feitelijke handeling (een nalaten) is. Daarbij tekenen ze aan dat *“[o]rganen zullen in het algemeen een door een derde bij de rechter afgedwongen invorderingsbeschikking wel ten uitvoer leggen, om de rechter niet te bruskeren, maar wellicht ook omdat ze bij invordering een eigen financieel belang hebben.”*⁹³²

Hoe dan ook, er lijken dus twee (alternatieve) rechtsmiddelen te bestaan voor het geval dat het bestuursorgaan geen uitvoering geeft aan het besluit om in- of terug te vorderen. Mede gelet op het gesignaleerde mogelijk theoretische karakter van het probleem acht ik dat voldoende om de feitelijke effectuering zo nodig af te kunnen dwingen.

11.5 De verjaring en de derde-belanghebbende

Tijdens de in- of terugvordering lopen de verjaringstermijnen gewoon door. Dit betekent dat de derde-belanghebbende ook oog moet hebben voor de verjaring en dat hij – zo nodig – moet ingrijpen. Dit blijkt een knelpunt te zijn omdat de derde-belanghebbende daartoe geen middel heeft gekregen van de wetgever. De derde-belanghebbende kan de verjaring ogenschijnlijk niet voorkomen en dat acht ik geen evenredige uitkomst. Dit punt voldoet dus niet aan mijn toetsingscriterium ‘evenredig’ (zie onderdeel 1.2). Het probleem doet zich in de praktijk voornamelijk voor bij de invordering van dwangsommen (gelet op de korte verjaringstermijn van één jaar ex artikel 5:35 Awb), maar kan zich blijkens de jurisprudentie ook voordoen bij de terugvordering van subsidies. Hierna ga ik eerst in op de verjaring en de derde-belanghebbende bij de invordering van dwangsommen en vervolgens ga ik in op de verjaring en de derde-belanghebbende bij de terugvordering van subsidies.

⁹³¹ V.zr. ABRvS 10 januari 1995, AB 1995/516, m.nt. F.C.M.A. Michiels, V.zr. AGvB 7 februari 1992, AB 1992/267, m.nt. F.C.M.A. Michiels en V.zr. ABRvS 25 april 1996, nr. F03.96.0289.

⁹³² F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg en G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, (Deventer, 2016), p. 325.

11.5.1 *De verjaring en de derde-belanghebbende bij dwangsommen*

Wordt een last onder dwangsom overtreden, dan heeft de overtreder de dwangsom verbeurd en is hij de dwangsom verschuldigd (artikel 5:33 Awb). Op dat moment begint de verjaring van de invorderingsbevoegdheid van rechtswege te lopen en na een jaar is deze voltooid (artikel 5:35 Awb). Net zoals in het civiele recht kan de verjaring (tijdelijk) worden voorkomen door de crediteur (het bestuursorgaan). Er zijn daartoe twee mogelijkheden. Het verlengen van de verjaring en het stuiten van de verjaring. Kortheidshalve verwijs ik hiervoor naar hoofdstuk 10.

De derde-belanghebbende heeft bij de verjaring van de invordering ingevolge de Awb eigenlijk geen rol. Dat is in beginsel ook niet nodig, omdat het bestuursorgaan middelen heeft om de verjaring te voorkomen en dat in de regel zelf ook zal willen doen. Maar wat als het bestuursorgaan de verjaring niet wil voorkomen? Bij het nemen van een (afwijzende) invorderingsbeschikking naar aanleiding van een verzoek tot invordering van de derde-belanghebbende zal de verjaring van de invorderingsbevoegdheid gedurende het bezwaar en beroep gewoon door blijven lopen. Goed denkbaar is dat een derde-belanghebbende hier niets tegen onderneemt en dat het bestuursorgaan de invordering laat verjaren tijdens de bezwaar- dan wel beroeps-procedure. In deze gevallen zal de derde-belanghebbende zich dus dienen te roeren om de verjaring van de bevoegdheid tot invordering te voorkomen. Maar de derde-belanghebbende kan zelf geen stuitingshandelingen (of verlengingshandelingen) verrichten, die zijn immers voorbehouden aan het bestuursorgaan. Op de één of andere manier zal de derde-belanghebbende dus het bestuursorgaan moeten bewegen om over te gaan tot het stuiten of verlengen van de verjaring.

Wat kan de derde-belanghebbende hiertegen ondernemen? De stuiting van de verjaring of het verlenen van uitstel van betaling lijkt mij een rechtshandeling,⁹³³ maar hoe kan de derde-belanghebbende deze rechtshandeling afdwingen en bij welke rechter? De ABRvS instrueert in een uitspraak van 24 december 2013 de derde-belanghebbende wat te doen indien het bestuursorgaan de verjaring van de dwangsom niet tijdig stuit of verlengt.⁹³⁴ De ABRvS overweegt dat *“degene die in bezwaar en beroep opkomt tegen de weigering om tot invordering over te gaan [kan het bestuursorgaan] in verband hiermee [...] verzoeken de verjaringstermijn te stuiten of de verjaringstermijn te verlengen door uitstel van betaling te verlenen, en [kan] bij afwijzing van dit verzoek de bevoegde rechter [...] verzoeken om een voorlopige voorziening te treffen tot verlenging van de verjaringstermijn of om het college op te dragen de verjaringstermijn te stuiten.”* Bij mijn annotatie bij deze uitspraak was ik kritisch ten aanzien van de door de ABRvS gekozen bewoordingen. Zo was mijns

⁹³³ Zie artikel 3:317 BW en M.W. Scheltema, Bestuursrechtelijke geldschulden, (Deventer, 2015), p. 109, voetnoot 86.

⁹³⁴ ABRvS 24 december 2013, AB 2014/57, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2014/24, m.nt. C.J. IJdema.

inziens niet duidelijk of de ABRvS *zelf* uitstel van betaling zou verlenen, of met ‘de bevoegde rechter’ de bestuursrechter werd bedoeld. Later bleek dat de ABRvS (en andere bestuursrechtshoven) inderdaad bedoelde dat de voorzieningenrechter zelf uitstel van betaling zou verlenen en dat de bestuursrechter de bevoegde rechter was.⁹³⁵ De keuze om de voorzieningenrechter zelf uitstel van betaling te laten verlenen is weliswaar praktisch, maar mijn inziens een nodeloze afwijking van het stelsel in het civiele recht (de schuldeiser moet de handeling verrichten) en het bestuursrecht (de bestuursrechter draagt het bestuursorgaan op om een bepaald besluit te nemen). Daarnaast is voor het oordeel dat de bestuursrechter zelf uitstel van betaling kan verlenen geen wettelijke grondslag.⁹³⁶ Hoe dan ook, thans kan de derde-belanghebbende een verzoek indienen bij het bestuursorgaan om de verjaringstermijn te stuiten of te verleggen. Bij gebreke aan een tijdige of positieve beslissing op het verzoek door het bestuursorgaan (of als de verjaring aanstaande is⁹³⁷) kan de derde-belanghebbende de voorzieningenrechter verzoeken om uitstel van betaling te verlenen aan de overtreder. Hoewel omslachtig, lijkt de derde-belanghebbende – bij voldoende kennis van zaken – hiermee een middel in handen te hebben om de verjaring van de invorderingsbevoegdheid te voorkomen.

Wel signaleer ik dat er een aantal bezwaren bestaan tegen deze oplossing. Ten eerste: deze oplossing lijkt niet in het systeem van de geldschuldenregeling te passen. Immers, de aanmaning (de voornaamste stuitingshandeling) is juist expliciet van bezwaar en beroep uitgesloten door de wetgever om te voorkomen dat daar over geprocedeerd kon worden.⁹³⁸ Nu merkt de ABRvS (onder meer) de beslissing van het bestuursorgaan op een verzoek om te stuiten (lees: op een verzoek om een aanmaning te sturen) als wél voor bezwaar- en beroep vatbaar. De keuze van de ABRvS om dit toch mogelijk te maken is een toepassing van de praktijk van het ‘strategisch besluit’ – waarbij het doel (rechtsbescherming bij de bestuursrechter) het middel (iets wat in beginsel geen appellabel besluit is toch aanmerken als zodanig) heiligt. Maar wenselijk lijkt mij dit niet. Ten tweede: de Awb bevat deze mogelijkheid niet. Een buitenwettelijke oplossing zoals deze heeft niet mijn voorkeur omdat slechts de derde-belanghebbende die een gemachtigde heeft die goed op de hoogte is van de jurisprudentie op dit vlak bekend zal zijn met deze mogelijkheid. Dat lijkt mij eveneens onwenselijk. Ten derde ligt van de twee opties de verlenging van de verjaring door het verlenen van uitstel van betaling het meest voor de hand (bij stuiting moet de derde-belanghebbende immers één keer per jaar stuiting af gaan dwingen, terwijl de invorderingsprocedure wel eens langer zou kunnen duren dan één jaar). Maar de

935 V.zr. ABRvS 29 januari 2016, AB 2016/224 m.nt. T.N. Sanders, zie ook: Rb. Limburg 13 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9287 en Rb. Gelderland 25 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6056.

936 Zie in dat verband ook de annotatie van C.J. IJdema bij deze uitspraak in Gst. 2014/24.

937 Rb. Limburg 13 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9287.

938 Artikel 8:4, lid 1, onder b, Awb.

figuur van uitstel van betaling is bedacht om de overtreder tegemoet te kunnen komen – niet om ‘tegen’ hem te gebruiken. Nu blijkt het mogelijk om uitstel van betaling te verlenen zonder dat de overtreder daar zelf om verzoekt. Dat heeft iets oneigenlijks.

Kortom, de ABRvS heeft een oplossing bedacht om het probleem van het gebrek aan mogelijkheden voor de derde-belanghebbende om de verjaring te voorkomen te ondervangen. Wel bestaan er enkele bezwaren tegen deze oplossing. Hoewel deze bezwaren deels theoretisch van aard zijn, meen ik dat het tweede bezwaar (dat de mogelijkheid niet aanstonds kenbaar is) een wezenlijk probleem vormt. Derde-belanghebbenden en/of hun gemachtigden zullen hier veelal niet van op de hoogte zijn omdat het niet in de Awb staat. Nu de oplossing bovendien niet in het systeem past (en dus niet zonder meer logisch is), kan slechts een gemachtigde die op de hoogte is van deze specifieke jurisprudentie de mogelijkheid benutten. Er dient naar mijn mening daarom een oplossing te worden gezocht die deze bezwaren niet kent. Hier ga ik later in dit proefschrift (onderdeel 11.6) nader op in.

11.5.2 *De verjaring en de derde-belanghebbende bij subsidies*

Bij de terugvordering van subsidies geldt een langere verjaringstermijn (vijf jaar ex artikel 4:57, lid 4, Awb). Dit betekent echter niet dat de verjaring (en het gebrek aan mogelijkheden om die te beletten) voor derde-belanghebbenden een louter theoretisch probleem is. In de jurisprudentie is ook daadwerkelijk een voorbeeld te vinden waarbij er een serieuze kans bestond dat de verjaring de terugvordering in de weg stond. Hoewel die casus niet ziet op de terugvordering in het kader van handhaving, meen ik dat dit niet afdoet aan de relevantie daarvan voor dit onderdeel van het proefschrift. Het betreft de zogenaamde Mosselzaad-uitspraken, een langslappende kwestie over ten onrechte verstrekte subsidies om mosselzaad banken op te zetten.

De Minister van Economische Zaken had in 2004 aan Prins & Dingemanse een subsidie verstrekt voor het realiseren van mosselzaad banken. Daartegen was een concurrent – met succes – opgekomen. Eerst tegen het oordeel dat hij geen derde-belanghebbende was⁹³⁹ en vervolgens tegen de daadwerkelijke subsidieverlening. De ABRvS oordeelde op 8 juli 2009 uiteindelijk dat de Minister de subsidieaanvraag had moeten afwijzen en voorzag zelf in de zaak door de aanvraag alsnog te weigeren.⁹⁴⁰ De subsidie was dus ten onrechte betaald. De Minister ging vervolgens over tot terugvordering en richtte dat besluit (d.d. 8 juli 2008) aan Prins & Dingemanse. Daarbij ging de Minister echter voorbij aan het feit dat Prins & Dingemanse het project tussentijds had overgedragen aan Mosselzaad Bedrijf. Daar had de Minister

⁹³⁹ ABRvS 14 februari 2007, AB 2008/76, m.nt. N. Verheij.

⁹⁴⁰ ABRvS 8 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1893.

bij besluit van 30 maart 2007 ook mee ingestemd. Het gevolg van deze overdracht was, aldus de ABRvS dat de Minister het subsidiebedrag (€ 508.821,-) niet bij Prins & Dingemanse kon terugvorderen, maar dat bij het Mosselzaad Bedrijf had moeten doen. Het terugvorderingsbesluit werd daarom door de ABRvS bij uitspraak van 16 oktober 2013 vernietigd.⁹⁴¹ In haar annotatie van de uitspraak merkt Den Ouden op dat de verjaringstermijn ex artikel 4:57, lid 4, Awb in dit geval was aangevangen op 8 juli 2008 en dat, *“rekent u zelf maar uit...”*⁹⁴² de verjaring ten tijde van de einduitspraak van de ABRvS vermoedelijk al was ingetreden, zodat het voor de Minister niet meer mogelijk was om alsnog bij Mosselzaad Bedrijf de subsidie terug te vorderen. Bij uitspraak van 13 oktober 2016 oordeelde het CBb echter dat de uitspraak van de Afdeling als Unierechtelijke stuitingshandeling moest worden aangemerkt, zodat de verjaring toch niet was ingetreden. Daaruit volgt echter ook dat als het een zuiver nationaalrechtelijk geschil was geweest, de verjaring wel zou zijn ingetreden.⁹⁴³

De concurrent zal het een en ander knarsetandend hebben moeten aanzien, totdat hij eindelijk ruim 12 jaar later alsnog aan het langste eind trok. Ook ten aanzien van de verjaring op voet van artikel 4:57, lid 4, Awb is er immers geen expliciete wettelijke grondslag voor een ingrijpen door de derde-belanghebbende. Ik acht het echter aannemelijk dat de bestuursrechter de uitspraak van de ABRvS van 24 december 2013⁹⁴⁴ mutatis mutandis ook zal toepassen in andere gevallen waarbij een derde-belanghebbende dreigt te worden benadeeld door het intreden van de verjaring. Ik zie geen reden waarom de werking van die uitspraak zou moeten worden beperkt tot de invordering van dwangsommen.

Hoe dan ook: de mosselzaad casus toont mijns inziens aan dat het probleem dat de derde-belanghebbende geen middelen heeft om de verjaring te voorkomen zich ook buiten de invordering van dwangsommen (en in bredere zin: de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties) kan voordoen. Zodoende ligt het voor de hand om – als er een wettelijke regeling wordt getroffen om dit probleem op te lossen – deze niet alleen te laten zien op de invordering van dwangsommen, maar ook op andere bestuursrechtelijke geldschulden

11.6 Op weg naar een betere (rechts)positie voor de derde?

Uit het voorgaande is gebleken dat één knelpunt met betrekking tot de positie van de derde-belanghebbende bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties nadere regeling behoeft. Het betreft de mogelijkheden (of eerder het gebrek daarvan) van de derde-belanghebbende om de verjaring te voorkomen.

⁹⁴¹ ABRvS 16 oktober 2013, AB 2013/394, m.nt. W. Den Ouden.

⁹⁴² Ibidem.

⁹⁴³ CBb 13 oktober 2016, AB 2016/460, m.nt. J.E. van den Brink.

⁹⁴⁴ ABRvS 24 december 2013, AB 2014/57, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2014/24, m.nt. C.J. IJdema.

Het gebrek aan een mogelijkheid voor de derde-belanghebbende om de verjaring te voorkomen is onbevredigend. Het betreft een niet door de wetgever voorziene situatie die – hoewel het aantal zaken in de jurisprudentie niet duidt op een omvangrijk probleem – toch ingrijpen aan de zijde van de wetgever noodzaakt. De positie van de derde is nu namelijk, in de woorden van Kortmann en Den Ouden: “[schrijnend] omdat [de derde], ook als hij de verjaring wel ziet aankomen, geen reële middelen heeft om deze te voorkomen.”⁹⁴⁵ Zoals geschetst (onderdeel 11.5.1.) voldoet de oplossing van de ABRvS mijns inziens niet, zowel vanuit theoretisch als vanuit praktisch oogpunt. Het is dus wenselijk dat de wetgever ingrijpt.

Bij het kiezen van (de vorm van) de ingreep zijn er een aantal belangen die tegen elkaar moeten worden afgewogen. Ten eerste is er de wens van de wetgever dat er enige spoed achter het invorderingsproces zit (bij dwangsommen).⁹⁴⁶ Ten tweede is er de functie van de figuur van de verjaring – dat de overtreder niet tot in de lengte van dagen voorbereid moet zijn op het betwisten van de invordering en dat hij wordt beschermd tegen de opstapeling van rente.⁹⁴⁷ Ten derde is er het belang van de derde in zoverre dat de verjaring er niet toe moet kunnen leiden dat zijn recht op daadwerkelijk handhavend optreden wordt gefrustreerd. De huidige stand van zaken doet recht aan de eerste twee belangen. Deze belangen heeft de wetgever tegen elkaar afgewogen bij het bepalen van hoe de verjaring in de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling functioneert. De wetgever heeft het belang van de derde echter destijds niet voor ogen gehad waardoor dat niet is meegewogen. Een eventuele aanpassing zou mijn inziens dus recht moeten doen aan het belang van de derde, zonder daarmee de afweging van de wetgever met betrekking tot de andere belangen te wijzigen. Er zijn een aantal mogelijke oplossingen.

De eerste oplossing zou beperkt zijn tot de invordering van dwangsommen. Deze oplossing zou behelzen dat de bijzondere verjaringstermijn in artikel 5:35 Awb wordt geschrapt. Dit zou als gevolg hebben dat de algemene verjaringstermijn van vijf jaar in artikel 4:104 Awb ook voor de invordering van dwangsommen zou gelden, zoals bepleit door de VNG bij de parlementaire behandeling van de vierde tranche. Deze oplossing zou het grootste probleem in de praktijk wegnemen (namelijk, dat de

945 C.N.J. Kortmann & W. Den Ouden, ‘Titel 4.4 Awb geëvalueerd: wat minder ambitie voor meer resultaat’, JBplus 2014/2.

946 Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, nr. 8, p. 46-47: “[v]erdere verlenging [van de verjaringstermijn van 6 maanden naar 1 jaar – TS] zou te zeer afbreuk doen aan de rechtszekerheid van de (vermeende) overtreder en zou ook niet passen bij de aard van de last onder dwangsom. Een last onder dwangsom strekt er toe de overtreder te dwingen om de wet (alsnog) na te leven. Dit doel wordt slechts bereikt als het bestuursorgaan bij niet-naleving van de last de dwangsom daadwerkelijk en spoedig effectueert [...]”.

947 Zie hiervoor A.S. Hartkamp en S. Sieburgh, 6-II, nr. 408 en de ratio achter de korte verjaringstermijn van vijf jaar met betrekking tot geldschulden in artikel 3:308 BW. Zij overigens opgemerkt dat de rente op een dwangsom automatisch begint te lopen.

invorderingsbevoegdheid bij dwangsommen zeer snel verjaart zodat derde-belanghebbenden snel moeten ingrijpen), maar zou zeer beperkt zijn in zoverre dat het geen oplossing is voor andere bestuurlijke geldelijke sancties. Deze oplossing lijkt mij reeds daarom niet wenselijk. Daarenboven wijs ik erop dat de dwangsom bedoeld is als prikkel om een overtreding te beëindigen. Als de dwangsom niet meer kan prikkelen (bijvoorbeeld omdat de overtreding al is beëindigd), dan is het nut van invordering beperkt. Daarbij past dan ook dat de dwangsom snel daadwerkelijk wordt ingevorderd. De korte verjaringstermijn van één jaar speelt ook een belangrijke rol bij het dwingen van bestuursorganen om snel daadwerkelijk in te vorderen. Een verjaringstermijn van vijf jaar lijkt mij dan ook te lang. Ik ben dus geen voorstander van het schrappen van de bijzondere verjaringstermijn in artikel 5:35 Awb.

De tweede oplossing zou zijn om de oude figuur van de schorsing van de verjaring in ere te herstellen. Schorsing houdt in dat de verjaring wordt ‘gepauzeerd’ voor de duur van de schorsing. Onder het oude recht vond de discussie over of (bijvoorbeeld) een dwangsom was verschuldigd plaats in het kader van een executiegeschil bij de burgerlijke rechter en schorste een executiegeschil automatisch de verjaring. Daardoor speelde verjaring – als eenmaal een executiegeschil aanhangig was – geen rol. Een oplossing zou dus kunnen zijn om schorsende werking toe te kennen aan enig handelen van een derde-belanghebbende of aan een gebeurtenis om zo te bewerkstelligen dat de derde niet geconfronteerd wordt met de verjaring. Ik wijs er echter op dat het effect van de schorsing van de verjaring zeer goed vergelijkbaar is met het effect van de verlenging van de verjaring. De schorsing ‘pauzeert’ de verjaring, de verlenging vult de verjaringstermijn aan met een termijn gelijk aan de duur van de verlenging. In beide gevallen is het praktisch effect echter gelijk: de lengte van de periode waarbinnen de verjaring niet in kan treden wordt langer met de duur van de schorsing/verlenging. Een schorsingsoplossing is in mijn optiek dus inwisselbaar met een verlengingsoplossing. Waar dus in het vervolg van dit onderdeel wordt gesproken over de verlenging, gelden die overwegingen *mutatis mutandis* voor schorsing. Omdat de wetgever er echter voor heeft gekozen om afscheid te nemen van de figuur van de schorsing en in de plaats daarvan te kiezen voor verlenging, lijkt het mij nuttig om bij deze keuze aan te sluiten en bij gelijke geschiktheid (zoals het geval lijkt te zijn) te kiezen voor een verlengingsoplossing. Dit is dan ook de reden waarom de schorsingsoplossing niet mijn voorkeur heeft.

Er resten wat mij betreft dus twee mogelijke oplossingen. Een verlengingsoplossing en een stuitingsoplossing. Voor de overweging dienaangaande moeten (met de uitgangspunten voor het zoeken van een oplossing zoals eerder verwoord in gedachte) twee keuzes worden gemaakt. Ten eerste moet er een keuze worden gemaakt tussen of de ingreep moet inhouden dat de verjaring wordt gestuit of wordt verlengd. Ten tweede moeten de modaliteiten van de stuiting of verlenging worden bepaald. Bij de keuze tussen het verlengen en het stuiten is het belangrijk dat er geen reden

lijkt te zijn om een keuze te maken voor één van de twee. De keuze zal dus gebaseerd moeten worden op praktische overwegingen en het gewenste effect met het oog op de eerder genoemde belangen. De belangrijkste praktische verschillen tussen stuiting en verlenging zijn: i) dat stuiting gekoppeld is aan een handeling die één keer per jaar zal moeten plaatsvinden (zie artikel 4:110 Awb) terwijl verlenging aan een gebeurtenis wordt gekoppeld en één keer per gebeurtenis geschiedt (zie artikel 4:111 Awb) en ii) dat stuiting een nieuwe verjaringstermijn doet lopen terwijl verlenging de lopende verjaringstermijn tijdelijk onderbreekt.

Omdat de duur van de verlenging niet vooraf vaststaat, is het moeilijk om de praktische uitwerking van stuiting en verlenging goed te vergelijken. Ik ga er in het vervolg daarom vanuit dat een eventuele verlenging in de regel *langer* zou duren dan één verjaringstermijn van artikel 5:35 Awb (één jaar). De reden voor deze aanname is dat in de situatie dat de derde-belanghebbende ‘mee-procedeert’ (de situatie waarvoor deze ingreep is bedoeld) er een grote kans is dat de procedure (bezwaar/beroep/hoger beroep) langer dan een jaar duurt. De eventuele ingreep door de wetgever is bedoeld om juist in deze situatie de derde-belanghebbende te helpen, dus bij het bepalen van de vorm lijkt het mij nuttig om aan te nemen dat een verlenging die gekoppeld is aan de procedure in de regel langer dan een jaar zal duren. Ik ga er verder wel vanuit dat de duur van de verlenging korter is dan één verjaringstermijn van artikel 4:104 Awb (vijf jaar) omdat dit één jaar langer is dan de redelijke termijn voor het beslechten van een bestuursrechtelijk geschil zodat ik er vanuit ga dat een langer durend geschil hoge uitzondering zal zijn.

Vanuit het oogpunt van de overtreder is er geen duidelijke voorkeur. Bij dwangsommen heeft een stuitingsoplossing de voorkeur voor de overtreder. Het effect van de stuiting is namelijk duidelijk in tijd omljnd en de verjaringstermijn van één jaar in artikel 5:35 Awb blijft telkens lopen. Bij kostenverhaal, uitkeringen, subsidies en boetes heeft juist een verlengingsoplossing voor de overtreder de voorkeur. Dan is de reguliere verjaringstermijn van vijf jaar immers van toepassing (artikel 4:104 Awb, dan wel de toepasselijke bijzondere bepalingen) zodat stuiting in dat geval (aldus ook de wetgever) juist in het *nadeel* van de overtreder is.⁹⁴⁸ Het verschil is verklaarbaar gelet op het feit dat bij invordering, zoals eerder toegelicht, de kans reëel is dat de termijn waarmee wordt verlengd langer is dan de korte verjaringstermijn van één jaar in artikel 5:35 Awb. Bij de reguliere termijn zou bij stuiting een nieuwe

948 Kamerstukken II 1989-1990, 20 588, nr.3, p. 79: "Wij hebben uitdrukkelijk gekozen voor verlenging en niet voor stuiting. Vanuit de belastingschuldige gezien is deze keuze in zijn voordeel. Door de verjaringstermijn te verlengen met de tijd gedurende welke een situatie als bedoeld in artikel 28, tweede lid, zich voordoet, wordt in beginsel bewerkstelligd dat de verjaring eerder intreedt dan in het geval de verjaring wordt gestuit op het moment dat zich een situatie als vorenbedoeld voordoet. Stuiting houdt immers in dat opnieuw een verjaringstermijn van vijf jaren gaat lopen."

verjaringstermijn van *viij* jaar gaan lopen. De kans dat een verlenging langer dat die vijf jaar duurt is beperkt, waardoor stuiting voor de overtreder in dat geval ongunstiger is.

Vanuit het oogpunt van de derde-belanghebbende verdient verlenging vermoedelijk de voorkeur in beide gevallen omdat er (in principe) maar één keer een verlenging plaats hoeft te vinden. De derde hoeft dan niet elk jaar een stuitingshandeling te (laten) verrichten. Vanuit het oogpunt van de wens van de wetgever om voortvarend in te vorderen lijkt stuiting de (lichte) voorkeur te verdienen – dit vanuit de gedachte dat er ‘druk op de ketel moet blijven’ om snel in te vorderen. Zo blijft de invordering bij het bestuursorgaan ook onder de aandacht en kan het bestuursorgaan niet achterover leunen. Als de derde zich geen zorgen hoeft te maken over de verjaring (zoals het geval bij een automatische verlenging van de verjaring voor de gehele procedure), dan hoeft het bestuursorgaan dat immers ook niet.

Er is dus geen duidelijke voorkeur voor stuiting of voor verlenging gelet op de mee te wegen belangen. De voorkeur voor een bepaalde vorm zal dus afhankelijk zijn van de specifieke praktische invulling.

Verlenging moet gekoppeld worden aan een gebeurtenis (of toestand). De verlenging blijft van kracht zolang die gebeurtenis (of toestand) nog bestaat. Een goed voorbeeld van de praktische werking van verlenging is het verlenen van uitstel van betaling op grond van artikel 4:94 Awb. De overtreder krijgt uitstel van betaling voor een bepaalde duur en op grond van artikel 4:111, lid 1, Awb wordt de verjaringstermijn van rechtswege verlengd *“met de tijd gedurende welke de schuldenaar na de aanvang van die termijn uitstel van betaling heeft”*. Deze verlengingsmogelijkheid heeft de ABRvS ook genoemd in de uitspraak van 24 december 2013. De derde kan het bestuursorgaan volgens deze uitspraak verzoeken om aan de overtreder uitstel van betaling te verlenen. De inzet van deze mogelijkheid lijkt mij, zoals reeds toegelicht, onwenselijk omdat het een oneigenlijk karakter heeft. Uitstel van betaling is dus een oneigenlijk middel om de positie van de derde-belanghebbende te verbeteren. Er dient naar mijn mening een keuze te worden gemaakt voor een andere gebeurtenis gedurende welke de verlenging zou gelden. Voor de hand ligt om de verlenging te koppelen aan een procedurele gebeurtenis die de lengte van de (bestuursrechtelijke) invorderingsprocedure bestrijkt. Het voordeel van de verlenging is immers dat deze niet meerdere malen door de derde-belanghebbende hoeft te worden bewerkstelligd. Hiermee wordt het aantal mogelijke gebeurtenissen beperkt tot één: het onherroepelijk worden van het besluit om in- of terug te vorderen. Iedere andere mogelijkheid vereist namelijk meerdere verlengingshandelingen of zal niet de gehele (bestuursrechtelijke) invorderingsprocedure bestrijken. Realistisch gezien is er dus maar één optie voor een verlengingsoplossing. Deze optie hebben Kortmann en Den Ouden e.a. voorgesteld. Zij hebben in de evaluatie van de vierde tranche voorgesteld dat

aan artikel 5:37 Awb een vierde lid zou kunnen worden toegevoegd waarin is opgenomen: *“De verjaringstermijn van artikel 5:35 wordt verlengd met de tijd gedurende welke de in het eerste lid genoemde beschikking nog niet onherroepelijk is geworden.”* Deze oplossing zou ook kunnen worden toegepast bij de overige verjaringstermijnen door een artikel toe te voegen aan titel 4.4 met de strekking dat de verjaringstermijn wordt verlengd met de tijd gedurende welke de betalingsbeschikking nog niet onherroepelijk is geworden.

Indien gekozen wordt voor een oplossing inhoudende een stuiting van de verjaring, dan zal een bepaalde handeling als zelfstandige stuitingshandeling moeten worden gekwalificeerd of een stuitingshandeling tot gevolg moeten hebben. Voor de hand ligt dat de derde-belanghebbende deze handeling moet kunnen verrichten. Het doel is immers om de derde-belanghebbende de mogelijkheid te geven om zelf de verjaring te voorkomen. Eerder heb ik twee mogelijkheden genoemd.⁹⁴⁹ Ten eerste kan aan het invorderingsverzoek van de derde stuitende werking worden toegekend. Ten tweede kan op verzoek van de derde-belanghebbende het bestuursorgaan onverwijld de verjaring stuiten door middel van een aanmaning. Van deze twee mogelijkheden gaat mijn voorkeur uit naar het op verzoek van de derde-belanghebbende stuiten van de verjaring. De reden hiervoor is dat het ongewenst is als de derde-belanghebbende telkens een nieuw verzoek om in te vorderen moet doen. Daarnaast gaat het toekennen van stuitende werking aan een handeling van de derde – gelijk dat het niet wenselijk is om de bestuursrechter zelf te laten stuiten of verlengen – wellicht iets te ver. Beter lijkt het mij daarom de derde-belanghebbende een verzoek om te stuiten te laten doen. Het op verzoek van de derde-belanghebbende stuiten is overigens ook de oplossing via stuiting die de ABRvS in haar uitspraak van 24 december 2013 omarmt. Praktisch gezien zou deze ingreep vorm gegeven kunnen worden door aan titel 4.4 een artikel toe te voegen welke luidt: *“Op verzoek van een belanghebbende stuit het bestuursorgaan onverwijld de verjaringstermijn”*.⁹⁵⁰

De voordelen van de verlengingsoplossing zijn dat deze van rechtswege in werking treedt. Hierdoor wordt de derde-belanghebbende beschermd tegen een gebrek aan kennis. Hij hoeft zelf immers geen handelingen te verrichten om de verjaring te voorkomen. Daarnaast loopt de verlenging direct voor de gehele bestuursrechtelijke procedure.

949 Zie: T.N. Sanders, ‘De invorderingsbeschikking – Een analyse van de knelpunten bij de invordering van dwangsommen onder de vierde tranche’, NTB 2013/25.

950 Ik merk daarbij op dat deze oplossing als gevolg heeft dat het bestuursorgaan de plicht heeft om te stuiten. Enige speelruimte voor het bestuursorgaan om alsnog niet te hoeven stuiten lijkt mij hier niet op zijn plaats. Ten eerste omdat ik niet inzie welk – te respecteren – belang het bestuursorgaan heeft bij het alsnog niet stuiten (nu er in dit geval een derdebelanghebbende betrokken is). Ten tweede omdat de derdebelanghebbende naar verwachting slechts van deze mogelijkheid gebruik zal maken als het bestuursorgaan zelf in gebreke blijft (zij het per ongeluk of moedwillig).

De voordelen van de stuitingsoplossing zijn dat deze oplossing een actief handelen van de derde-belanghebbende vereist, waardoor slechts in de gevallen dat de derde zich actief mengt in de procedure de verjaring wordt voorkomen. Dit heeft ook als voordeel dat de oplossing niet *alle* in- of terugvorderingsbesluiten raakt (dus ook die waar geen derde-belanghebbende bij betrokken is), maar alleen de beschikking waar de derde-belanghebbende zich tegen wenst te keren. Daarnaast vereist deze oplossing een blijvende betrokkenheid van de derde-belanghebbende bij de procedure en een blijvend oog van het bestuursorgaan voor de verjaring omdat deze niet volledig buiten spel wordt gezet. Op deze wijze wordt de verjaringstermijn dus niet onnodig lang opgerekt. Verder respecteert deze oplossing de afweging van de wetgever met betrekking tot de verhoudingen tussen de overtreder en het bestuursorgaan voor wat betreft de verjaring.

De voordelen van de ene oplossing zijn ook direct de nadelen van de andere oplossing. Zo is het nadeel van de stuitingsoplossing dat deze de derde-belanghebbende minder goed beschermt tegen een gebrek aan kennis en dat er meerdere stuitingsverzoeken van de derde noodzakelijk zijn als de procedure langer duurt. De nadelen van de verlengingsoplossing zijn dat deze oplossing zich niet beperkt tot alleen de gevallen waar de derde-belanghebbende zich in mengt en dat de verjaring voor de duur van de bestuursrechtelijke procedure niet kan intreden. Daarmee doet deze oplossing geen recht aan de wensen van de wetgever.

Alles overziend meen ik dat de verlengingsoplossing weliswaar vanuit de eenvoud en effectiviteit van de oplossing de voorkeur verdient,⁹⁵¹ maar dat deze oplossing te zeer ingrijpt in de door de wetgever afgewogen verhouding tussen de belangen van de overtreder en die van het bestuursorgaan bij de verjaring. In dat verband acht ik het zeer onwenselijk dat er een oplossing wordt gekozen waarbij de verjaring in het geheel geen rol meer speelt gedurende de bestuursrechtelijke procedure. Er is dan geen enkele aanleiding meer voor het bestuursorgaan om snel daadwerkelijk in te vorderen. Hoewel er dus kritiek mogelijk is op de stuitingsoplossing, ben ik van mening dat deze oplossing de voorkeur moet genieten bij de keuze voor een ingreep door de wetgever.

11.7 Tussenconclusie

Uit de analyse in dit hoofdstuk volgt dat de positie en de belangen van de derde-belanghebbende over het algemeen goed zijn gewaarborgd, behalve voor de moge-

⁹⁵¹ Zoals ik in mijn annotatie bij ABRvS 24 december 2013, AB 2014/57 betoogde – het is de meest praktische oplossing voor het bestuursorgaan. Ik merk op dat ik in het kader van dit artikel een andere afweging maak omdat ik hierbij het perspectief van de wetgever in neem in plaats van die van het bestuursorgaan.

lijkheden van de derdebelanghebbende om de verjaring te voorkomen. Dit mankement is van dien aard dat ingrijpen door de wetgever wenselijk is. Deze ingreep zou vorm kunnen worden gegeven door middel van het introduceren van een verlengingsgrond of een stuitingsmogelijkheid. Alles overwegend verdient naar mijn mening de introductie van een stuitingsmogelijkheid de voorkeur. Deze ingreep zou vorm gegeven kunnen worden door aan artikel 4:104 Awb een lid 4 toe te voegen, dat zou luiden: *“Op verzoek van een belanghebbende stuit het bestuursorgaan onverwijld de verjaringstermijn”*, met daaraan gekoppeld een verwijzing in artikel 5:37 Awb waarin deze bepaling bij dwangsommen van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.