

De bijzondere omstandigheid bij invordering en kostenverhaal

Gst. 2018/35

Op 25 januari 2018 publiceerde de Raad van State een persbericht waarin kenbaar werd gemaakt dat de voorzitter aan Staatsraad advocaat-generaal Wattel een verzoek heeft gericht tot het nemen van een conclusie.² De voorzitter wenst – onder meer – te vernemen van A-G Wattel wat nu eigenlijk een “bijzondere omstandigheid” is die invordering van dwangsommen en kostenverhaal bij bestuursdwang in de weg kan staan. Met name is de voorzitter geïnteresseerd in de vraag of de financiële draagkracht van de betrokkene daarbij een rol kan spelen. In dit artikel beantwoord ik alvast (een deel van) de vragen van de voorzitter op basis van mijn proefschriftonderzoek.

1. Inleiding en spelveld

De afgelopen vijf jaar heb ik de invordering van bestuurlijke geldelijke sancties onderzocht. Daarbij heb ik de invordering van dwangsommen, het kostenverhaal bij bestuursdwang, de terugvordering van uitkeringen bij wijze van sanctie en de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie met elkaar vergeleken. Een van de doelen daarvan was het formuleren van een antwoord op de vraag wanneer een bestuursorgaan, ondanks dat niet in geschil is dat de sanctie op zich is verschuldigd, toch zou moeten afzien van invordering. Bij de invordering van dwangsommen is dat de ‘bijzondere omstandigheid’. Bij het kostenverhaal bij bestuursdwang zijn er naast de ‘bijzondere omstandigheid’ ook nog andere criteria zoals het ontbreken van verwijtbaarheid en het algemene belang. Bij de terugvordering van uitkeringen bij wijze van sanctie wordt gesproken van een ‘dringende reden’ om af te zien van terugvordering. Bij de terugvordering van een subsidie is het criterium dat terugvordering niet moet leiden tot ‘onaanvaardbare gevolgen’. Is dit allemaal hetzelfde? Wanneer moet het bestuursorgaan het belang van de burger zwaarder laten wegen dan het belang bij invordering? En spelen draagkracht en verwijtbaarheid een rol, en zo ja, wat voor een rol?

Ik heb dan ook al een antwoord geformuleerd op een deel van de vragen die de voorzitter aan A-G Wattel heeft gesteld. Ik pretendeer geenszins dat mijn antwoord het enige juiste antwoord kan zijn, maar ik denk wel dat ik een zinvolle bijdrage kan leveren aan het debat. Omdat mijn proefschrift nog niet gepubliceerd zal zijn tegen de tijd dat de A-G tot zijn conclusie komt, dreigt mijn onderzoek en antwoord (op dit punt) bovendien mosterd na de maaltijd te worden.

Daarom heb ik ervoor gekozen om delen van mijn proefschrift die relevant kunnen zijn voor de conclusie van A-G Wattel thans reeds in artikelvorm te publiceren.

De opbouw van dit artikel is dat ik eerst de achtergrond toelicht. Hoe wordt de evenredigheid van de hoogte van een dwangsom bepaald? Spelen verwijtbaarheid en draagkracht daar een rol? Vervolgens ga ik in op de verhouding tussen de dwangsombeschikking en de invorderingsbeschikking. Wat betekent het feit dat iets wel of niet aan de orde is gekomen in het kader van de dwangsombeschikking voor de invorderingsbeschikking? Daarna onderzoek ik de rechtspraak tot op heden: wanneer is er sprake van een bijzondere omstandigheid? Op basis van dat onderzoek formuleer ik zelf criteria voor de bijzondere omstandigheid. Vervolgens onderzoek ik nader of het terecht is dat draagkracht en verwijtbaarheid een rol spelen bij de invordering. Aan het einde van het artikel leg ik verder kort uit waarom het antwoord op deze vragen volgens mij hetzelfde moet zijn voor het kostenverhaal bij bestuursdwang en stel ik voor om de toetsingskaders te harmoniseren. De andere sancties uit mijn onderzoek laat ik in beginsel buiten beschouwing, maar omdat die andere sancties wel nuttige inzichten verschaffen zal ik ze op punten betrekken in mijn betoog.

2. Achtergrond: de evenredigheid van de hoogte van de dwangsom

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

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

De bestuursrechter toetst de evenredigheid van de hoogte van de dwangsommen bij de lastgeving dus terughoudend,⁴ waarbij het bestuursorgaan een ruime beoordelingsmarge krijgt van de bestuursrechter.⁵ Het kerncriterium voor wat betreft de hoogte van de dwangsom is dat de dwangsom wel zijn doel moet kunnen bereiken (herstel van de

1 T.N. Sanders is advocaat bij AKD te Breda en Eindhoven. Hij is promovendus aan de Universiteit Leiden.

2 www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=1112&summary_only=&category_id=8.

3 ABRvS 19 februari 2014, AB 2014/162, m.nt. C.M.M. van Mil.

4 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 227.

5 ABRvS 5 maart 2008, AB 2008/124, m.nt. A.G.A. Nijmeijer.

rechtmatige situatie), maar niet hoger mag zijn dan dat. Dat biedt in de praktijk weinig houvast. Is een dwangsom van € 10.000 ineens om een illegaal geplaatste schuur af te (doen) breken bijvoorbeeld evenredig? Daarbij lijkt de toepassing van de twee criteria in art. 5:32b, lid 3 Awb (zwaarte van het geschonden belang en beoogde werking van de dwangsom) tegenstrijdige resultaten op te kunnen leveren. Michiels, Blomberg en Jurgens noemen het voorbeeld van een kapitaalkrachtige overtreder die een lichte overtreding pleegt.⁶ Het eerste criterium (zwaarte geschonden belang) noopt dan tot een lage dwangsom, het tweede criterium (beoogde werking dwangsom) noopt daarentegen tot een hoge dwangsom: de overtreder kan zich een lage dwangsom immers gemakkelijk veroorloven zodat een lage dwangsom geen werking zal hebben. Michiels, Blomberg en Jurgens lijken in dergelijke gevallen voor te staan dat het tweede criterium dan doorslaggevend is,⁷ met welk standpunt ik mij kan verenigen. Voorop dient immers te staan dat handhaving effectief moet kunnen zijn.

2.1 Speelt draagkracht een rol?

Het met de overtreding te behalen financiële voordeel mag worden betrokken bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom,⁸ maar niet het met de overtreding reeds behaalde voordeel.⁹ Wat verder ook geen rol mag spelen bij het bepalen van de hoogte van de bedragen is de draagkracht van de overtreder, zo oordeelden zowel de ABRvS als het Cbb.¹⁰ Michiels, Blomberg en Jurgens wijzen er op dat dit niet in overeenstemming is met de wetsgeschiedenis,¹¹ maar dat zij dit oordeel onderschrijven.¹² Draagkracht past volgens hen niet goed bij het karakter van de last onder dwangsom als herstelsanctie, terwijl draagkracht volgens hen wel aan de orde kan komen bij de invordering in het kader van de bijzondere omstandigheden. Verweij betoogt in haar proefschrift daarentegen dat draagkracht juist wel een rol zou moeten spelen bij de oplegging, vanwege het feit dat het anders niet goed mogelijk is om te bepalen of de sanctie evenredig is.¹³

Ik onderschrijf het standpunt van Michiels, Blomberg en Jurgens dat de draagkracht geen rol zou moeten spelen bij de oplegging van een last onder dwangsom. In dat kader sluit ik mij ook aan bij het betoog van Michiels in zijn (instemmende) annotatie bij de uitspraak van de ABRvS van

10 mei 2006, waarin de ABRvS oordeelde dat draagkracht niet relevant was bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom. Daarin merkt hij op:

“het draagkrachtprincipe past niet goed bij een herstelsanctie. Men laat de kosten van bestuursdwang toch ook niet in sommige gevallen deels onverhaald omdat de overtreder wat krappier bij kas zit?”¹⁴

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

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

6 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 91.

7 Ibidem.

8 ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5884.

9 ABRvS 13 maart 2001, JB 2001/95, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

10 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 10 mei 2006, AB 2006/230, m.nt. F.C.M.A. Michiels en Cbb 20 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:104.

11 *Kamerstukken II* 1989/90, 21088, 6, p. 5-6, waarin de minister in reactie op een vraag uit de Tweede Kamer uiteenzet dat en waarom de draagkracht van de overtreder een factor is die meeweegt bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom.

12 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 92. Zie ook de noot van Michiels bij ABRvS 10 mei 2006, AB 2006/230 waarin hij betoogde: “Ik vind de opvatting van de ABRvS in elk geval praktisch (organen hoeven zich bijvoorbeeld niet te verdiepen in de vermogenspositie en de omzet van bedrijven als zij een dwangsom willen opleggen) en ook principiële zeker aanvaardbaar.”

13 J.H. Verweij, *De bestuurlijke dwangsom* (diss.) (Deventer, 1997), p. 184.

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

een (gebrek aan) draagkracht niet relevant is voor de toetsing van de evenredigheid van de last onder dwangsom. Er is gelet op het voorgaande discussie mogelijk over de juistheid van het buiten beschouwing laten van de draagkracht van de overtreder in het kader van de dwangsomoplegging. Het is echter van belang om te constateren dat de huidige stand van zaken in de jurisprudentie is dat de beperkte draagkracht van de overtreder geen rol speelt in het kader van de beoordeling van de evenredigheid van de vastgestelde dwangsombedragen.

2.2 Speelt verwijtbaarheid een rol?

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

“[O]ok als de illegale situatie niet verwijtbaar en/of bewust is geschapen, is herstel (in beginsel) mogelijk en nodig.”¹⁵

Daarbij merken zij wel op dat verwijtbaarheid op de achtergrond wel een rol kan spelen bij de vormgeving en uitvoering van de sanctie. Zij geven daarbij het voorbeeld dat als iemand per ongeluk een overtreding begaat, er wellicht wat meer tijd moet worden gegund voor het opheffen.¹⁶

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

worden gemaakt wel degelijk een rol speelt bij de vraag óf het bestuursorgaan handhavend optreedt (als er geen derdebelanghebbende is) en hoe het dat dan doet – maar strikt juridisch gezien kan het volgens mij geen rol spelen.

3. Verhouding tussen de dwangsombeschikking en de invorderingsbeschikking

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

De ABRvS past de in de wet opgenomen verdeling van onderwerpen over de twee beschikkingen streng toe. Zeker als de dwangsombeschikking formele rechtskracht heeft verkregen. In dat geval wordt de dwangsombeschikking geacht rechtsgeldig en rechtmatig te zijn. De rechtvaardiging en noodzaak voor het hanteren van de leer van formele rechtskracht binnen het bestuursrecht verdienen een uitgebreidere beschouwing. In mijn proefschrift geef ik die en beantwoord ik de vraag of de formele rechtskracht wellicht aan herziening toe is, dan wel of er niet een uitzondering moet worden gemaakt op die leer voor onrechtmatige, maar onaantastbare, sanctiebesluiten in het kader van de invordering. Voor dit artikel ga ik echter gemakshalve uit van het (voort)bestaan van die leer.

Onderwerpen die in het kader van de dwangsombeschikking aan de orde hadden kunnen komen, kunnen vanwege de formele rechtskracht niet meer aan de orde komen in het kader van de invorderingsbeschikking. De standaardoverweging van de ABRvS op dit vlak luidt:

“Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen [...] kunnen bezwaren die betrekking hebben op de rechtmatigheid van het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom, waaronder de bevoegdheid tot het opleggen van die last, niet meer aan de orde komen in het kader van de toetsing van de invorderingsbeschikking.”¹⁷

15 F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & G.T.J.M. Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 58.

16 Ibidem.

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

Hoe streng deze jurisprudentielijn kan uitpakken blijkt uit de uitspraak van de ABRvS van 9 december 2015 waarin een eigenaar van een recreatiewoning in een onherroepelijke dwangsombeschikking was aangemerkt als overtreder nu hij de woning 'liet gebruiken' in strijd met het bestemmingsplan. De ABRvS had echter eerder geoordeeld dat het desbetreffende bestemmingsplan niet het 'laten gebruiken' verbood. Appellant was dus met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet als overtreder aan te merken omdat zijn handelen niet als overtreding kon worden aangemerkt. In zijn beroep tegen de invorderingsbeschikking kreeg hij echter door de ABRvS toch de formele rechtskracht van het oordeel omtrent zijn overtrederschap in de dwangsombeschikking tegengeworpen.¹⁸

Belangrijk om nog te noemen is een uitzondering die een tegengesteld standpunt ondersteunt: dat er ook andere omstandigheden kunnen zijn om de formele rechtskracht van een onrechtmatig besluit ter zijde te stellen. Dat is een uitspraak van 20 september 2017 waarin de ABRvS lijnrecht tegen haar jurisprudentie ingaat. Daarin overweegt de ABRvS:

"2.1. De rechtbank heeft terecht overwogen dat hetgeen [appellant] heeft aangevoerd tegen de formulering van de last zich richt tegen het besluit van 20 mei 2015 tot het opleggen van de last. [appellant] heeft tegen dat besluit geen rechtsmiddelen aangewend, zodat dat besluit in rechte onaantastbaar is. De rechtmatigheid van de aan [appellant] opgelegde last is daarmee gegeven. In haar uitspraak van heden, ECLI:NL:RVS:2017:2494, ten aanzien van de recreatiewoning aan de [locatie 2], is [appellant] wel opgekomen tegen de last onder dwangsom. De Afdeling heeft in deze zaak en vier andere zaken geoordeeld dat de aan [appellant] en andere eigenaren van recreatiewoningen opgelegde lasten onder dwangsom om het gebruik van recreatiewoningen op het recreatiepark Toeristenmotel Otterlo in strijd met het bestemmingsplan te beëindigen en beëindigd te houden, onrechtmatig zijn. De onderhavige invordering betreft dezelfde feitelijke situatie en omstandigheden. De recreatiewoning bevindt zich in hetzelfde recreatiepark en valt onder hetzelfde bestemmingsplan. In dit licht is de Afdeling van oordeel dat in dit bijzondere geval niet in redelijkheid van de bevoegdheid tot invordering gebruik gemaakt kon worden. Het betoog slaagt."¹⁹

Ik kan mij niet vinden in deze uitspraak. Er wordt hier – hoe men het ook wendt of keert – een uitzondering op de formele rechtskracht gemaakt. Zo lang die leer nog geldt en noodzakelijk wordt geacht, acht ik het daarmee niet verenigbaar dat de ABRvS daar bij tijd en wijle uitzonderingen op gaat maken omdat een onaantastbaar besluit bij nader inzien onrechtmatig is. Al helemaal niet met de beperkte onderbouwing die daarvoor in deze uitspraak wordt geboden. Mijn kritiek verdient nadere onderbouwing, daarvoor verwijs ik naar mijn proefschrift.

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

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

4. De rechtspraak tot heden: beginselplicht en bijzondere omstandigheid

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

"2.8.1. Bij een besluit omtrent invordering van een verbeurde dwangsom, dient aan het belang van de invordering een zwaarwegend gewicht te worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat behoort uit te gaan van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom. Steun voor dit uitgangspunt kan worden gevonden in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 5:37, eerste lid, van de Awb (*Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, blz. 115). Hierin is vermeld dat een adequate handhaving vergt dat opgelegde sancties ook worden geëffectueerd en dus dat verbeurde dwangsommen worden ingevorderd. Slechts in bijzondere omstandigheden kan geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien."²⁰

Dit is de zogenaamde 'beginselplicht tot invordering'. Er dient dus te worden ingevorderd, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn waardoor er toch moet worden afgezien van invordering. In navolging van de ABRvS heeft ook het CBB de beginselplicht tot invordering aangenomen.²¹

Naast het *geheel* afzien van invordering overweegt de ABRvS (in navolging van de wetsgeschiedenis) dat de mogelijkheid bestaat om gedeeltelijk af te zien van invordering. Dit verdient enige nadere beschouwing omdat het geen vanzelfsprekendheid is. Feitelijk is het gedeeltelijk afzien van invordering namelijk te vergelijken met een matiging van de hoogte van de dwangsom. De hoogte van de dwangsom wordt echter vastgelegd in de dwangsombeschikking en kan dus niet meer in geschil zijn in het kader van de toetsing van de invorderingsbeschikking.²² Het alsnog matigen van de dwangsom betekent dus dat de rechter de formele rechtskracht van het eerdere besluit feitelijk omzeilt – zo werd althans betoogd onder het oude recht.²³ Onder het oude recht bestond daarom ook de discussie of de civiele verzetsrechter een matigingsbevoegdheid toekwam ten aanzien van verbeurde dwangsommen, waarbij de gerechtshoven ook onderling van mening verschilden.²⁴ De conclusie die A-G Langemeijer onder het oude recht trok was dat er weliswaar een matigingsmogelijkheid bestond, maar dat deze vanwege de formele rechtskracht van het dwangsombesluit

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

21 CBB 13 juli 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX3511.

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

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

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

slechts benut kon worden indien er sprake was van misbruik van recht door het bestuursorgaan.²⁵ De Hoge Raad heeft zich bij mijn weten niet inhoudelijk over het onderwerp uitgelaten nu de cassatiemiddelen op dit punt onder toepassing van art. 81 RO werden verworpen.²⁶ Onder de vierde tranche van de Awb wordt de matigingsbevoegdheid van de bestuursrechter wel aangenomen. Dat betekent dat hier in ieder geval nog, ondanks de formele rechtskracht van de dwangsombeschikking, een (zeer marginale) toetsing plaatsvindt van de verhouding tussen de omstandigheden van het geval en de hoogte van de dwangsom. Dat betekent mijns inziens echter niet dat de formele rechtskracht van de dwangsombeschikking wordt doorbroken. Immers, de matiging van de invordering geschiedt niet in het kader van de toetsing van de vraag of de hoogte van de dwangsom redelijk is gelet op art. 5:32, lid 3 Awb, maar in het kader van de vraag of de effectuering van de dwangsom redelijk is. Dat het bestuursorgaan recht heeft op de verbeurde dwangsom met een bepaalde hoogte staat dus vast, maar in het kader van de invorderingsbeschikking wordt nog bekeken of het ook redelijk is om dat bedrag in zijn geheel in te vorderen bij de schuldenaar. Met andere woorden: *'bestuursorgaan, u mag deze dwangsom invorderen, maar is het ook redelijk dat u dat thans doet gelet op zijn persoonlijke omstandigheden'*? Er kan slechts onder bijzondere omstandigheden geheel of gedeeltelijk van invordering worden afgezien. Naar zijn aard is de jurisprudentie vrij casuïstisch. Criteria zijn er nog niet. Mijns inziens zouden er wel criteria moeten worden geformuleerd. Om die criteria te formuleren categoriseer ik hierna de jurisprudentie naar de aard van de gestelde bijzondere omstandigheid. Vervolgens tracht ik criteria voor de bijzondere omstandigheid te formuleren.

4.1 Overtreder en overtreding

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

“5.1. In het kader van de toetsing van de invorderingsbeschikking kan niet meer aan de orde komen, of [appellante B] overtreder is. Dat heeft betrekking op de rechtmatigheid van het besluit van 15 oktober 2012 tot oplegging van de last onder dwangsom, waarin zij als overtreder is aangemerkt, en dat besluit is in rechte onaanastbaar.”²⁷

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

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

27 ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1583 en ABRvS 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4553.

De uitzondering daarop is de uitspraak van 20 september 2017 van de ABRvS,²⁸ maar die laat ik hier buiten beschouwing omdat ik die uitspraak als een eenmalige afwijking beschouw, nu deze niet te verenigen is met de leer van de formele rechtskracht.

De vraag of een bepaald handelen (of nalaten) een overtreding behelst wordt in het kader van de toetsing van bijzondere omstandigheden niet (meer) beantwoord door de bestuursrechter. Die vraag is immers al getoetst in het kader van de vraag of een dwangsom is verschuldigd.²⁹ Ook het betoog dat geen sprake kan zijn van een overtreding zodat bijzondere omstandigheden aan de orde zijn, is kansloos te achten.³⁰ De vraag of *de last* is overtreden wordt uiteraard wel beantwoord in het kader van de invorderingsbeschikking.

4.2 Hoogte dwangsom en draagkracht overtreder

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

“5.1. Voor zover [appellante] beoogt aan te voeren dat de hoogte van de dwangsom niet in redelijke verhouding staat tot de zwaarte van het geschonden belang als bedoeld in artikel 5:32b, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) en een onderbouwing van de hoogte van de dwangsom ontbreekt, kan zij deze gronden niet meer inbrengen tegen de invorderingsbeschikking.”³¹

Dat betekent dat de hoogte van de dwangsom in verhouding tot de omstandigheden van het geval niet meer aan de orde kan komen. Daaruit zou men ook kunnen afleiden dat ook de draagkracht van de overtreder niet meer aan de orde kan komen (zie ook paragraaf 2). Het uitsluiten van de mogelijkheid dat geringe draagkracht een bijzondere omstandigheid zou kunnen vormen heeft de ABRvS tot op heden echter nog niet gedaan:

“Een beroep op geringe draagkracht komt in de invorderingsfase in beginsel niet voor honorering in aanmerking. De Afdeling acht in dit geval geen bijzondere omstandigheden aanwezig die aanleiding geven hiervan af te wijken. Daarbij is van belang dat [appellant] het beroep op de geringe draagkracht niet heeft onderbouwd. Dit beroep slaagt reeds daarom niet. Overigens kan het algemeen bestuur desgewenst een betalingsregeling vaststellen die voorziet in gespreide betaling van het verschuldigde bedrag.”³²

Daarbij wordt soms ook opgemerkt dat het relevant is dat het in beginsel mogelijk is om een betalingsregeling te tref-

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

29 ABRvS 5 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6501.

30 Ibidem.

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

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

fen met het bestuursorgaan.³³ Ook het CBB sluit niet uit dat een goed onderbouwd betoog dat een belanghebbende de sanctie niet kan voldoen zou kunnen slagen. Evenwel lijkt de lat hoog te liggen: het enkele feit dat een bijstandsuitkering onvoldoende middelen biedt om de dwangsommen te betalen is daartoe onvoldoende, mede gelet op de mogelijkheid om een betalingsregeling te treffen.³⁴

4.3 Overtreding (alsnog/partieel) beëindigd

Van het betoog dat er geen overtreding is, moet worden onderscheiden het betoog dat de overtreding *alsnog is beëindigd* na het verstrijken van de begunstigingstermijn, dan wel het betoog dat de overtreding partieel was beëindigd voor het verstrijken van de begunstigingstermijn. Het *alsnog* voldoen aan de last na ommekomst van de begunstigingstermijn is in beginsel geen bijzondere omstandigheid.³⁵ In navolging daarvan is volgens de ABRvS het beëindigen van de overtreding tijdens het invorderingstraject in beginsel ook geen bijzondere omstandigheid.³⁶ Ook het gedeeltelijk hebben voldaan aan de last is in beginsel geen bijzondere omstandigheid.³⁷ De last dient voor het verstrijken van de begunstigingstermijn geheel en tijdig te worden uitgevoerd, anders is de volledige dwangsom verschuldigd. De uitzondering op deze regel is te vinden in de uitspraak van de ABRvS van 15 januari 2014. In dat geval was het feit dat slechts een deel van de lastgeving was overtreden wel een factor die meewoog voor het oordeel dat sprake was van bijzondere omstandigheden.³⁸ Op deze uitspraak kom ik hierna onder 4.5 terug.

4.4 Het niet (tijdig) kunnen voldoen aan de last

Het niet kunnen voldoen aan de last in verband met overmacht kan in beginsel wél een bijzondere omstandigheid opleveren.³⁹ Veelal betreffen deze betogen praktische belemmeringen voor het (tijdig) uitvoeren van de lastgeving. Daarbij moet het niet gaan om aspecten die al aan de orde hadden kunnen komen bij de dwangsombeschikking. Het betoog dat bij de last een onjuiste tekening is gevoegd waarbij het verkeerde gedeelte van een gebouw ter verwijdering was gemarkeerd kan bijvoorbeeld niet meer aan de orde komen bij de toetsing van een invorderingsbeschikking: de tekening was immers bij de dwangsombeschikking gevoegd.⁴⁰ De redelijkheid van de geleverde herstelmaatregelen en de geboden begunstigingstermijn zijn ook aspecten die de rechtmatigheid van het dwangsombesluit raken,

aldus de ABRvS, zodat ook deze aspecten niet meer aan de orde kunnen komen bij de invorderingsbeschikking.⁴¹ Het gaat dus om belemmeringen die niet op voorhand te onderkennen waren (lees: die niet bij de lastgeving hadden kunnen worden betrokken). Denk bijvoorbeeld aan weersomstandigheden, handelingen van derden of andere externe invloeden. Daarbij is de algemene tendens in de jurisprudentie dat omstandigheden die voor rekening en risico van de overtreder komen niet relevant zijn voor de vraag of er sprake is van een bijzondere omstandigheid.⁴² De bestuursrechter eist verder dat als het onmogelijk is om aan de last te voldoen, de belanghebbende in beginsel eerst om toepassing van het bepaalde in art. 5:34 Awb (wijziging van de last) moet hebben verzocht. Doet de belanghebbende dit niet, dan is geen sprake van een bijzondere omstandigheid.⁴³ Zo overweegt de ABRvS:

“[...] De voorzieningenrechter heeft terecht in de door [appellante] gestelde slechte weersomstandigheden en tijdsgebrek van de aannemer voor de afronding van de bouwwerkzaamheden geen aanleiding gezien dat het college wegens bijzondere omstandigheden geheel of gedeeltelijk van invordering had moeten afzien. Desgevraagd heeft [appellante] ter zitting van de Afdeling verklaard dat ze het college niet heeft verzocht om verlenging van de begunstigingstermijn, terwijl zij gelet op de door haar gestelde omstandigheden daartoe wel aanleiding had.”⁴⁴

De redenering hierachter lijkt te zijn dat als de belanghebbende niet de moeite heeft genomen om te vragen om wijziging van de lastgeving of de begunstigingstermijn, het dan aannemelijk is dat de belanghebbende de lastgeving heeft overtreden als gevolg van factoren die aan hem te wijten zijn (bijvoorbeeld slechte planning of het niet tijdig aanvangen met de uitvoering). Eenzelfde benadering kiest de ABRvS ten aanzien van een gestelde te korte termijn voor het voldoen aan de last. Indien de belanghebbende niet om uitstel heeft verzocht, dan kan geen sprake zijn van een bijzondere omstandigheid.⁴⁵ Zelfs als tijdig is verzocht om verlenging van de begunstigingstermijn, dan nog kan alleen sprake zijn van een bijzondere omstandigheid indien aannemelijk is dat de last nooit binnen de begunstigingstermijn had kunnen worden uitgevoerd (en dat dit pas duidelijk is geworden nader de last onherroepelijk is geworden).⁴⁶ Ook handelingen van derden die ertoe hebben geleid dat de last niet (tijdig) is uitgevoerd kunnen als externe belemmering aan de orde komen als bijzondere omstandigheid. Daar worden dan wel hoge eisen aan gesteld. Immers, in de dwangsombeschikking is reeds het overtreederschap van de appellant vastgesteld, zodat in beginsel vaststaat dat hij de

33 V.zr. Rb. Haarlem 19 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4353. Vergelijk ook: ABRvS (v.zr.) 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2261 en ABRvS (v.zr.) 7 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8816.

34 CBB 14 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:418 en CBB 23 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:425.

35 ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3978.

36 ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5864 en ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:29.

37 ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5935 en ABRvS 25 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX2587.

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

39 ABRvS 12 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY5864 en ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5949.

40 ABRvS 20 maart 2013, JM 2013/62, m.nt. T.N. Sanders.

41 ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4048.

42 CBB 7 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6064 en CBB 18 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:70.

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

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

45 ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4556.

46 ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:449.

macht over de overtreding heeft en dus ook vrij is om de overtreding te beëindigen zonder daartoe te worden belet door derden.

Een betoog dat in verband met een privaatrechtelijke belemmering de last niet kan worden uitgevoerd heeft slechts kans van slagen indien de privaatrechtelijke belemmering in absolute zin in de weg staat aan de uitvoering van de last (en de belemmering pas duidelijk kon worden nadat de last onherroepelijk is geworden). Dat is niet het geval indien pas enige weken na aanvang van de begunstigingstermijn wordt begonnen met het beëindigen van de overtreding zodat een opgezegd huurcontract nog doorloopt tot na het einde van de begunstigingstermijn. Die omstandigheid kan de overtreder worden aangerekend.⁴⁷ Ook gedeelde eigendom en gestelde weigering van de andere eigenaar om toestemming te verlenen is geen bijzondere omstandigheid. Immers, de overtreder heeft het als gedeeltelijk eigenaar ook in zijn macht om de overtreding te beëindigen, aldus de ABRvS.⁴⁸ Het door de overtreder overdragen van het eigendom met als kennelijk doel het frustreren van de handhaving kan geen bijzondere omstandigheid vormen. In een uitspraak van 1 juli 2015 heeft de ABRvS weliswaar niet uitgesloten dat een eigendomsoverdracht na de oplegging van een last onder dwangsom, maar voor invordering, een bijzondere omstandigheid kan vormen, maar in dat geval stond de eigendomsoverdracht niet in de weg aan invordering. Bij bouwwerken blijft ook de voormalig eigenaar immers overtreder, aldus de ABRvS, terwijl de voormalig eigenaar de hele begunstigingstermijn ter beschikking had om de overtreding te beëindigen en bovendien zelf vrijwillig de eigendom over had gedragen (en aldus feitelijk 'zelf' de bijzondere omstandigheid heeft gecreëerd).⁴⁹

Wel een bijzondere omstandigheid is een omstandigheid die in absolute zin het voldoen aan de last in de weg staat, maar die in het geheel niet kan worden verweten aan de overtreder. De ABRvS heeft tot dusver in één geval aangenomen dat daar sprake van was.⁵⁰ Het betrof de bewoning van een pand in strijd met het bestemmingsplan. De eigenaar van een bedrijfspand had ter voorkoming van het kraken het pand laten bewonen door anti-kraakwachten. Het bestemmingsplan staat bewoning echter niet toe, dus treedt het college van burgemeester en wethouders van de gemeente tegen de illegale bewoning op. Het college legt een last onder dwangsom op aan de eigenaar om de bewoning te beëindigen. Nadat deze onherroepelijk wordt, verbeuren er twee dwangsommen. Daarna zet de eigenaar van het pand zijn anti-kraakwachten het pand uit om te voorkomen dat hij nog meer dwangsommen verbeurt. Vervolgens wordt het pand echter gekraakt. Als gevolg van het kraken verbeurt de eigenaar wederom een dwangsom: het pand wordt immers nog steeds in strijd met het bestemmingsplan bewoond, maar nu door krakers in plaats van anti-krakers. Ten tijde van het opleggen van de last (en tot en met 1 maart 2016) was de eigenaar de bereidwillige

verhuurder van het pand. Hij stond toe dat zijn pand in strijd met de bestemming werd gebruikt en was daarmee zonder meer aan te merken als overtreder. Bovendien had de eigenaar het in zijn macht om de overtreding te beëindigen. Vanaf 1 maart 2016 werd het pand echter gekraakt. De nieuwe bewoners verklaren voorts dat zij er zonder toestemming van de eigenaar zitten, hebben een brief gekregen van de eigenaar waarin hij ze sommeert om te vertrekken, betalen geen huur en de eigenaar heeft bovendien aangifte tegen hen gedaan van lokaalvredebreuk. In feite is de eigenaar vanaf 1 maart 2016 de macht kwijt over de overtreding. Dit feit acht de Afdeling in haar uitspraak van 28 december 2016 een bijzondere omstandigheid die aan invordering van de derde dwangsom in de weg staat. De verbeurte van de dwangsom was immers, buiten zijn schuld om, niet door de eigenaar te voorkomen.

4.5. Overige omstandigheden

Buiten de vorenmelde categorieën zijn er ook nog andere (gestelde) bijzondere omstandigheden. Het vertrouwensbeginsel kan invordering slechts in de weg staan indien wordt voldaan aan de maatstaf dat sprake is van concrete ondubbelzinnige toezegging van het bevoegde bestuursorgaan die rechtens te honoreren verwachtingen (inhoudende dat niet zou worden ingevorderd) heeft opgewekt.⁵¹ Van een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel in de invorderingsfase is mij geen voorbeeld bekend. Verder wordt ook wel eens betoogd dat het gelijkheidsbeginsel zich verzet tegen invordering. Dit zou een bijzondere omstandigheid moeten vormen die het bestuursorgaan dus noopt tot het afzien van invordering. Of het bestuursorgaan al dan niet handhavend optreedt of invordert bij andere overtreders is voor de ABRvS niet relevant.⁵² Ook het feit dat bij meerdere overtreders voor dezelfde overtreding dwangsommen worden ingevorderd, is voor de ABRvS geen bijzondere omstandigheid.⁵³ Het CbB lijkt hier een soepelere koers te varen. Het bewust – bij wijze van voorbeeld – invorderen van een dwangsom bij één overtreder, terwijl er meerdere overtreders zijn, acht het CbB in strijd met het gelijkheidsbeginsel, hetgeen als bijzondere omstandigheid geldt die het bestuursorgaan tot het afzien van invordering zou moeten nopen.⁵⁴

De (slechte) gezondheid van de overtreder is ook geen bijzondere omstandigheid.⁵⁵ Persoonlijke fysieke of mentale omstandigheden – zoals bijvoorbeeld zware dyslexie – zijn in beginsel eveneens geen bijzondere omstandigheid. Deze worden verder geacht bij de dwangsombeschikking te zijn meegewogen bij het bepalen van de begunstigingstermijn en kunnen slechts een rol spelen indien die na de beslissing op bezwaar aangaande de dwangsombeschikking zijn opgetreden en in absolute zin de uitvoering van de lastgeving beletten.⁵⁶

47 ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:51.

48 ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4604.

49 ABRvS 1 juli 2015, AB 2015/362, m.nt. T.N. Sanders, Gst. 2015/109, m.nt. R. Benhadi.

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

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

52 ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3115, ABRvS 9 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3728.

53 ABRvS 24 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:449.

54 CbB 15 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW6629.

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

56 CbB 19 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:292.

4.6 *Gecombineerde omstandigheden*

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

Zo oordeelde de Rechtbank Limburg in een geval waarin het bevoegd gezag weinig duidelijk was geweest over de vraag hoe aan de last kon worden voldaan, terwijl er tevens conflicterende signalen van verweerder waren gegeven omtrent wanneer zou moeten worden voldaan aan de lastgeving, dat er sprake was van bijzondere omstandigheden die het bestuursorgaan hadden moeten nopen tot het (gedeeltelijk) afzien van invordering. De rechtbank matigde de dwangsom in dat geval van € 2.000 tot € 1.000.⁵⁷

De Rechtbank Almelo oordeelde dat in een geval waarin tussen de oplegging van de last onder dwangsom en het einde van de begunstigingstermijn een bodemonderzoeksnorm was gewijzigd, er een bijzondere omstandigheid was. De overtreder had in dat geval de nieuwe bodemonderzoeksnorm toegepast in plaats van de aan hem in de dwangsombeschikking opgedragen oude bodemonderzoeksnorm. Daarbij achtte de rechtbank ook van belang dat verweerder niet voldoende tijdig informatie had verstrekt over de mogelijke oorsprong van een aangetroffen bodemverontreiniging, terwijl de overtreder pas vanaf het moment dat die informatie was verstrekt aan de last kon voldoen. Dit alles leidde volgens de rechtbank tot verminderde verwijtbaarheid zijdens de eiser. De slotsom was, aldus de rechtbank, dat de invordering van de dwangsom van € 4.000 beperkt diende te worden tot € 2.000.⁵⁸

De Rechtbank Utrecht oordeelde dat sprake was van bijzondere omstandigheden in een geval waarbij alsnog aan de last was voldaan na ommekomst van de begunstigingstermijn, 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 gelet op art. 3:4, lid 2 Awb een dwangsom van € 30.000 (opgelegd aan een particulier) onevenredig en diende de invordering te worden beperkt tot € 5.000.⁵⁹

Ook de ABRvS heeft geoordeeld dat een combinatie van factoren kan leiden tot een bijzondere omstandigheid.⁶⁰ Appellant was in die casus (bij onherroepelijk besluit) een last onder dwangsom opgelegd inhoudende dat hij verplicht was om de asbest in een woning te saneren overeenkomstig de gemeentelijke bouwverordening. De asbestsaneringswerkzaamheden moest appellant uit laten voeren door een gecertificeerd bedrijf. Daarnaast moesten de werkzaamheden uiterlijk één week van te voren schriftelijk bij het bestuursorgaan worden gemeld. Na afronding moest een onafhankelijk laboratorium een eindcontrole uitvoeren. Appellant schakelde vervolgens een gecertificeerd bedrijf in om de asbestsaneringswerkzaamheden uit te voeren. Het bedrijf ver-

richtte een melding voor aanvang van de werkzaamheden. Voorts liet appellant een eindcontrole uitvoeren, conform de last. De melding was echter niet tijdig (lees: één week van te voren) gedaan, maar slechts twee dagen van te voren. Daarmee was de last niet tijdig uitgevoerd en was de dwangsom van € 25.000 door appellant verbeurd. Een hard gelag voor appellant, vonden de voorzieningenrechter en aansluitend de ABRvS. De ABRvS oordeelde in hoger beroep dat hoewel het gedeeltelijk voldoen aan de last in beginsel geen reden is voor het bestuursorgaan om geheel of gedeeltelijk af te zien van invordering, er in dit geval wel aanleiding was om te spreken van bijzondere omstandigheden die noopten tot het gedeeltelijk afzien van invordering. De ABRvS overwoog in dat verband dat aan het doel van de last (dat het asbest door een gecertificeerd bedrijf gesaneerd zou worden) wel was voldaan. Voorts was de last deelbaar in vier delen waarbij slechts aan één deel van de last (de melding) niet tijdig was voldaan. Daarbij was van belang dat de melding wel was gedaan (voor de saneringswerkzaamheden), alleen niet tijdig. De ABRvS liet gelet op deze bijzondere omstandigheden de beperking van de invordering door de voorzieningenrechter (tot € 10.000) in stand.

5. **Criteria voor de bijzondere omstandigheid**

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

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

De criteria voor een bijzondere omstandigheid zijn volgens mij:

1. de omstandigheid wordt niet gedekt door de formele rechtskracht van de dwangsombeschikking;
EN
2. A. de omstandigheid valt niet binnen de risicosfeer van de overtreder en vormt een (absoluut) beletsel voor het (tijdig) voldoen aan de last;
OF
B. Invordering van de gehele dwangsom leidt tot een onevenredige uitkomst gelet op de beperkte ernst van de overtreding van de last en/of de beperkte verwijtbaarheid van de overtreding van de last en/of de beperkte draagkracht van de overtreder, in verhouding tot het belang bij invordering.

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

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

59 Rb. Utrecht (vzr.) 25 mei 2010, AB 2010/174, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

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

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

5.1 *Criterion 1 – de formele rechtskracht mag niet doorbroken worden*

Als een onderwerp aan de orde had moeten komen in het kader van de dwangsombeschikking, dan verzet de formele rechtskracht zich tegen het alsnog beoordelen van die gronden in het kader van de invorderingsbeschikking. De vraag of er sprake is van een overtreding die handhavend optreden rechtvaardigt, of er rechtvaardigingsgronden zijn, of de last uitvoerbaar is, of de aangeschreven overtreder is, of de begunstigingstermijn redelijk is en of de hoogte van de dwangsom in overeenstemming is met art. 5:32b, lid 3 Awb, kunnen dus allemaal niet meer aan de orde komen als bijzondere omstandigheid. Uitzondering daarop is uiteraard als er aanleiding is om de formele rechtskracht te doorbreken.

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

5.2 *Criterion 2A – absolute beletsels buiten de risicosfeer van de overtreder*

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

De werking van criterium 2A wordt goed geïllustreerd door de uitspraken van de ABRvS van 1 juli 2015,⁶¹ 4 maart 2015⁶² en 28 december 2016⁶³ in onderling samenhang te bezien.

In de uitspraak van 1 juli 2015 had de overtreder zijn woning voor het einde van de begunstigingstermijn verkocht. Hij stelde dat het daardoor onmogelijk was voor hem om aan de last te voldoen omdat hij de beëindiging of ongedaanmaking van de gevolgen van de overtreding niet langer in zijn macht had. Dit geval voldeed aan criterium 1 omdat de omstandigheid zich voordeed na de (beslissing op bezwaar ten aanzien van de) last onder dwangsom. Voor wat betreft criterium 2A: vaststond dat de omstandigheid een absoluut beletsel voor het tijdig voldoen aan de last was. Omdat de

overdracht van de woning een handeling van de overtreder was (en daarmee binnen zijn risicosfeer viel), was echter geen sprake van een bijzondere omstandigheid.⁶⁴

In de uitspraak van 4 maart 2015 deden zich voor het einde van de begunstigingstermijn extreme weersomstandigheden voor die het tijdig voldoen aan de lastgeving absoluut onmogelijk maakte. Dit geval voldeed aan criterium 1 omdat de omstandigheid zich voordeed na de (beslissing op bezwaar ten aanzien van de) last onder dwangsom. Voor wat betreft criterium 2A: de gestelde omstandigheid was een absoluut beletsel voor het tijdig voldoen aan de last. De ABRvS oordeelde echter dat de overtreder niet tijdig was aangevangen met de uitvoering van de last. Daarmee had hij het risico aanvaard dat de weersomstandigheden een tijdige uitvoering van de last zouden beletten. Bovendien had de overtreder niet om verlenging van de begunstigingstermijn gevraagd. Daarmee viel de omstandigheid binnen de risicosfeer van de overtreder. Geen bijzondere omstandigheid dus.⁶⁵ In deze uitspraak komt duidelijk naar voren dat in het kader van de gestelde bijzondere omstandigheid niet alleen geen verwijt aan het adres van de overtreder moet kunnen worden gemaakt, maar dat de overtreder alles moet hebben gedaan (waaronder anticiperen op de – hypothetische – mogelijkheid van die omstandigheid door tijdig aan de uitvoering van de last te beginnen) om ondanks de omstandigheid toch aan de last te voldoen.

In de uitspraak van 28 december 2016 had de overtreder na het verstrijken van de begunstigingstermijn tegen zijn wil in krakers in zijn pand wonen. Het kraken van het pand kon niet aan de orde komen bij de dwangsombeschikking, simpelweg omdat het pand toen nog niet was gekraakt. Aan criterium 1 was dus voldaan. Voor wat betreft criterium 2A: de gestelde omstandigheid vormde een absoluut beletsel voor het tijdig voldoen aan de last – het pand werd immers in strijd met de last bewoond door derden. Voorts behoorde die omstandigheid niet tot de risicosfeer van de overtreder. Niet alleen omdat hij geen toestemming had gegeven, aangifte had gedaan tegen de krakers en geen huurpenningen ontving, maar ook omdat hij in eerste instantie door middel van anti-kraakwachten had geprobeerd om precies deze omstandigheid te voorkomen (en door het dwangsbesluit die anti-kraakwachten het pand uit moest zetten).⁶⁶ Zodoende was in dit geval aan zowel criterium 1 als criterium 2A voldaan en was dus sprake van een bijzondere omstandigheid.

5.3 *Criterion 2B – de onevenredige uitkomst*

Criterion 2B betreft de onderwerpen die niet aan de orde hadden kunnen komen bij de dwangsombeschikking, maar die aanleiding geven voor de conclusie dat de invordering van de gehele dwangsom onevenredig zou zijn. De invordering van een dwangsom is een discretionaire bevoegdheid. Dit betekent dat op de uitoefening van die bevoegdheid art. 3:4, lid 2 Awb gewoon van toepassing is. Ook het besluit om een dwangsom in te vorderen moet waarborgen dat “[d]e

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

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

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

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

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

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

voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit [...] niet onevenredig [mogen] zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen”.

De toepassing van art. 3:4, lid 2 Awb bij de invordering van dwangsom is ietwat contra-intuïtief. Immers, voor toetsing van de hoogte van de dwangsom aan art. 3:4, lid 2 Awb is volgens de ABRvS in het kader van de toetsing van de dwangsombeschikking geen ruimte gelet op art. 5:32b, lid 3 Awb.⁶⁷ Maar, gelet op criterium 1 staat de hoogte van de dwangsom bij de invordering vast. Die kan dus niet meer worden getoetst. Hetgeen aan de evenredigheidstoets van art. 3:4, lid 2 Awb wordt onderworpen is het besluit om de sanctie in te vorderen. De evenredigheidstoets bij invordering is dus niet: ‘is de opgelegde sanctie wel evenredig te achten’, maar enkel: ‘de sanctie is evenredig, maar is het ook evenredig om die thans (volledig) op te eisen gelet op de persoonlijke omstandigheden van de overtreder?’. In dat kader wijs ik er nog op dat bij de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie op het effectueringsbesluit art. 3:4, lid 2 Awb expliciet wordt toegepast.⁶⁸ In het kader van de invordering van dwangsommen gebeurt dat niet, maar wordt soms wel aangesloten bij de bewoordingen van art. 3:4 Awb. Zo overwoog de Rechtbank Almelo bij het aannemen van de bijzondere omstandigheid dat “[volledige] invordering [...] onvoldoende recht doet aan en onevenredig is met de met de invordering te dienen doelen”.⁶⁹

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

Voor wat betreft het zwaarwegende belang bij effectuering merk ik op dat de ABRvS volgens mij terecht als uitgangspunt neemt dat er een groot belang is bij de invordering. Uit de uitspraak van de ABRvS van 15 januari 2014 blijkt echter dat dit belang niet altijd even zwaarwegend is. Uit die uitspraak blijkt immers dat de ABRvS het relevant achtte dat in dat geval “aan het doel waarvoor de last is opgelegd, [was] voldaan”.⁷⁰ Dat droeg bij aan de conclusie dat er sprake was van een bijzondere omstandigheid. In de uitspraak van 12 april 2017 oordeelde de ABRvS dat in dat geval “anders dan in de uitspraak van 15 januari 2014 het geval was, [...] aan het doel van de last niet [was] voldaan” zodat juist geen sprake was van een bijzondere omstandigheid.⁷¹ De voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht hechtte tot slot belang aan het feit dat aan het doel van de last (legalisering van de overtreding – niet beëindiging) gewoon was voldaan – zij het na ommekomst van de begunstigingstermijn. Dat was reden om de dwangsom te matigen.⁷² In zoverre lijkt het belang bij invordering beperkter te worden geacht in die gevallen waarin aan het doel van de last is voldaan, hoewel het ge-

heel of gedeeltelijk (alsnog) voldoen aan de last op zichzelf genomen geen bijzondere omstandigheid kan zijn.

Voor wat betreft de belangen van de overtreder het volgende. De nadelige gevolgen van (de effectuering van) de dwangsom die al aan de orde hadden kunnen komen bij de last onder dwangsom, stuiten af op criterium 1 voor de bijzondere omstandigheid. De vraag of de hoogte van de dwangsom in redelijke verhouding staat tot “de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom” (art. 5:32b, lid 3 Awb), kan dus niet meer aan de orde komen (zie ook paragraaf 2). In zoverre is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht, waarbij de hoogte van de dwangsom de belangrijkste aanleiding was tot matiging, hoe goed deze ook materieel te rechtvaardigen is, naar mijn mening juridisch onjuist.⁷³ Omdat de hoogte van de dwangsom in verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsom echter de kern van de evenredigheidstoetsing is bij een dwangsom, betekent dit dat er (heel) weinig meer over blijft voor de evenredigheidstoets bij de invordering. Dit verklaart volgens mij voor een groot deel de beperkte hoeveelheid gevallen waarin een bijzondere omstandigheid is aangenomen.

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

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

Ik stel daarbij voorop dat van belang blijft dat een aspect niet reeds beoordeeld kan zijn in het kader van de last onder dwangsom – gelet op criterium 1. Voor wat betreft (ii) en (iii) is dat vanzelfsprekend nu deze niet aan de orde *kunnen* komen bij de last onder dwangsom.⁷⁴ Voor wat betreft (i) merk ik op dat de ernst van de overtreding reeds wordt meegevoerd in het kader van de last onder dwangsom onder de noemer ‘zwaarte van het geschonden’ belang. Het kan hier dus alleen maar gaan om de ernst van de overtreding van de last en niet de ernst van de (oorspronkelijke) overtreding die tot handhavend optreden heeft geleid (anders dan bij de terugvordering van subsidies het geval is).

Een voorbeeld van (i) is te vinden in de uitspraak van 15 januari 2014. Daarin overweegt de ABRvS dat:

“[e]nkel het voorschrift dat ten minste één week voorafgaande aan de aanvang van het slopen de gemeente schriftelijk op de hoogte wordt gesteld van de data en tijdstippen waarop het slopen, voor zover betrekking had op asbest, plaats zou vinden is niet nagekomen. Hierbij is niet zonder belang dat de melding wel heeft plaatsgevonden, zij het dat de daarvoor gegeven termijn is overschreden nu, deze is gedaan twee dagen vóór aanvang van de werkzaamheden in plaats van de voorschreven week.”⁷⁵

67 ABRvS 19 februari 2014, AB 2014/162, m.nt. C.M.M. van Mil.

68 ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:205 en CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt.

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

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

71 ABRvS 12 april 2017, AB 2017/291, m.nt. T.N. Sanders.

72 Rb. Utrecht (vzr.) 25 mei 2010, AB 2010/174, m.nt. F.C.M.A. Michiels.

73 Ibidem.

74 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 17 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2336.

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

Met andere woorden, indien de overtreding van de last een zeer beperkt karakter heeft, kan dit bijdragen aan de conclusie dat er sprake is van een bijzondere omstandigheid.

Een voorbeeld van (ii) is te vinden in een aantal uitspraken. Ik wijs ten eerste op de uitspraak van de Rechtbank Almelo waarin de overtreder de nieuwe bodemonderzoeksnorm toepaste in plaats van de in de last voorgeschreven norm, hetgeen deels te wijten was aan het bestuursorgaan en de niet (tijdige) uitvoering van de last daarom de overtreder niet “*volledig [viel] te verwijten*”.⁷⁶ Het viel de overtreder minder te verwijten dat hij de last had overtreden, reden voor een matiging van 50%. Ten tweede de zaak waarin de Rechtbank Limburg oordeelde dat het bestuursorgaan onvoldoende duidelijk had gemaakt hoe aan de last moest worden voldaan, waarbij op herhaalde vragen van de overtreder steeds andere antwoorden kwamen.⁷⁷ De overtreder kon om die reden minder worden verweten dat hij de last had overtreden, reden voor een matiging met 50%.

Voor wat betreft (iii), de draagkracht, zijn er bij mijn weten geen voorbeelden in de jurisprudentie dat dit expliciet wordt meegewogen om tot de conclusie te komen dat sprake is van een bijzondere omstandigheid. De ABRvS heeft dienaangaande wel geoordeeld dat draagkracht “*in beginsel*” geen bijzondere omstandigheid is.⁷⁸

6. Is het terecht dat draagkracht en verwijtbaarheid mee worden gewogen?

Voor de vraag of het redelijk is om de sanctie in de gegeven omstandigheden daadwerkelijk te effectueren (lees: om de overtreder daadwerkelijk de pijnprikkel toe te dienen) is het volgens mij relevant op *wie* de sanctie wordt geëffectueerd en in welke omstandigheden de overtreder zich bevindt. Voor die beoordeling zijn de verwijtbaarheid en de draagkracht volgens mij van belang. Het evenredigheidsbeginsel dicteert volgens mij dat de mate waarin iemand iets kan worden verweten en de gevolgen van de sanctie voor die persoon relevant moeten zijn voor het antwoord op de vraag of het wel redelijk is om iemand daadwerkelijk te sanctioneren – zoals met de invordering van een dwangsom gebeurt. Bovendien is, zoals toegelicht, op het invorderingsbesluit volgens mij gewoon art. 3:4 lid 2 Awb van toepassing (in tegenstelling tot bij de oplegging van de dwangsom), zodat ook daarom goed bepleitbaar is dat verwijtbaarheid en draagkracht zouden moeten kunnen leiden tot het aannemen van een bijzondere omstandigheid.

Als draagkracht en verwijtbaarheid niet aan de orde zouden kunnen komen in het kader van de toetsing van de invorderingsbeschikking, dan komt het nergens in het sanctioneringsproces aan de orde. Er zijn een drietal fases in het proces van sanctionering bij een last onder dwangsom. Ten eerste wordt de last onder dwangsom opgelegd. Ten tweede wordt besloten om tot invordering over te gaan. Ten derde

wordt aangemaand, een dwangbevel uitgevaardigd en feitelijk ingevorderd. De bestuursrechter biedt in de eerste twee fases rechtsbescherming. In de derde fase biedt de civiele rechter rechtsbescherming. Hiervoor is in paragraaf 2 van dit artikel gebleken dat verwijtbaarheid en draagkracht in de eerste fase geen rol spelen. Uit een eerder artikel van mijn hand in dit blad blijkt verder dat verwijtbaarheid en draagkracht in de derde fase ook geen rol spelen.⁷⁹ In de executiefase gaat de civiele rechter uit van de formele rechtskracht (de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid) van de last onder dwangsom en de invorderingsbeschikking. Daaruit vloeit voort dat de sanctie terecht is opgelegd en verschuldigd is. De civiele rechter beperkt zich daarom tot een toetsing van de vraag of sprake is van evidente juridische of feitelijke misslagen dan wel van een noodtoestand. Het betreft hier een zeer terughoudende toetsing. Hieruit volgt dat draagkracht en verwijtbaarheid, als deze niet in het kader van de invorderingsbeschikking een rol spelen, op geen enkel moment in het sanctioneringsproces bij de last onder dwangsom aan de orde zullen kunnen komen.

Daartegenover staat dat draagkracht en verwijtbaarheid zich niet goed tot het herstellende karakter van de sanctie verhouden. De invordering van de dwangsom draagt naar mijn mening in beginsel hetzelfde reparatoire karakter als de last onder dwangsom (daar kan over gediscussieerd worden, maar voor die discussie verwijs ik naar mijn proefschrift). Bij dat reparatoire karakter passen draagkracht en verwijtbaarheid gewoon niet goed. De invordering van de dwangsom is in beginsel ook onderdeel van het noodzakelijke herstel. Verdedigbaar is daarom dat het meewegen van draagkracht en verwijtbaarheid daarom geen rol zouden moeten spelen bij de beoordeling van die invordering. In het verlengde daarvan zou men ook kunnen verdedigen dat het desalniettemin betrekken van draagkracht en verwijtbaarheid bij het beoordelen van de last onder dwangsom afbreuk doet aan de principiële keuze om die omstandigheden juist niet te betrekken in de beoordeling van het opleggen van die sanctie. Bovendien: als de effectuering niet evenredig wordt geacht vanwege de beperkte verwijtbaarheid en draagkracht, waarom is de oplegging van die sanctie dan wel evenredig te achten? In hoeverre kan dan nog geloofwaardig worden geweigerd om draagkracht en verwijtbaarheid een rol te laten spelen bij de oplegging van de sanctie? Als die omstandigheden bij de oplegging van de last onder dwangsom moeten worden betrokken, dan doet dat zoals gezegd volgens mij afbreuk aan de effectiviteit van het instrument. Dan zou bijvoorbeeld moeten worden afgezien van handhavend optreden tegen een illegaal bouwwerk als de huidige eigenaar niet wist of kon weten dat het bouwwerk illegaal was. Dat lijkt mij onwenselijk.

Het tweede argument tegen het meewegen van draagkracht en verwijtbaarheid in de toetsing van de effectuering is dat het aannemen van een bijzondere omstandigheid door de bestuursrechter ertoe leidt dat de vordering nooit meer kan worden geïncasseerd door de overheid. Immers, de invorde-

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

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

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

79 T.N. Sanders, ‘Beslag en executie bij bestuursrechtelijke dwangsommen’, Gst. 2015/45.

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

Een aanvullend tegenargument ten aanzien van het meewegen van de draagkracht is dat noch het bestuursorgaan, noch de bestuursrechter, draagkracht echt goed kunnen beoordelen. Immers, beiden hebben geen volledig overzicht van alle inkomsten en uitgaven van de (rechts)persoon. Noch weten zij welke vorderingen de overtreder heeft op anderen. Ook hebben zij geen volledig beeld van het vermogen van de betreffende (rechts)persoon. Het bestuursorgaan en de bestuursrechter hebben enkel de beschikking over het beeld wat de overtreder hen wil laten zien. Dat beeld kan vrij eenvoudig gemanipuleerd worden. Dat maakt een objectieve beoordeling problematisch. Het bestuursorgaan en de bestuursrechter zijn verder ook niet geëquipeerd om zelf onderzoek hiernaar te doen. Zij beschikken bijvoorbeeld niet over de middelen die een curator of de civiele rechter hebben op grond van de Faillissementswet. Kunnen het bestuursorgaan en de bestuursrechter zonder objectieve informatie wel een juist oordeel geven over de draagkracht van de overtreder? Ondanks dat het reparatoire karakter van de invordering zich ogenschijnlijk verzet tegen een toetsing van de draagkracht en verwijtbaarheid, wijs ik er wel op dat de bestuursrechter bij de effectuering van een andere reparatoire sanctie (de intrekking en terugvordering van een subsidie bij wijze van sanctie), ook de draagkracht en verwijtbaarheid betreft. Nog opvallender is dat de draagkracht en verwijtbaarheid zowel bij de oplegging, als bij de effectuering aan bod komen. Zo overweegt de ABRvS bij de intrekking van de subsidie bij wijze van sanctie:

“In het geval dat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan een aan de subsidie verbonden verplichting zal een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van handhaving van de verplichting en de gevolgen van de verlaging voor de ontvanger. Daarbij zijn tevens de ernst van de tekortkoming en de mate waarin deze aan de ontvanger kan worden verweten van belang (*Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 74*).”⁸⁰

80 ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:205. Zie ook: CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie.

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

“De minister heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat het uitgangspunt bij de afweging van de belangen is, dat ten onrechte verstrekte rijksbijdragen worden teruggevorderd. [...] De minister heeft de omstandigheid dat de financiële situatie van de stichting verslechterd is ten opzichte van voorgaande jaren, niet voldoende zwaarwegend hoeven achten om alsnog af te zien van terugvordering.”⁸¹

Uit de lagere rechtspraak blijkt verder dat in het kader van de toetsing van de evenredigheid van de terugvorderingsbeschikking ook nog een toets van de verwijtbaarheid plaatsvindt.⁸²

Hoewel ik mij niet kan vinden in deze ‘dubbele’ toetsing in zoverre dat tweemaal hetzelfde wordt getoetst, wijs ik erop dat hieruit wel blijkt dat het reparatoire karakter van de sanctie niet per se in de weg hoeft te staan aan de toetsing van de draagkracht en verwijtbaarheid in het kader van de effectuering van een reparatoire sanctie.

Ondanks dat er steekhoudende argumenten zijn om draagkracht en verwijtbaarheid niet bij de toetsing van de invorderingsbeschikking te betrekken als bijzondere omstandigheid, meen ik dat draagkracht en verwijtbaarheid wel mee moeten kunnen wegen als bijzondere omstandigheden. Ik acht daarbij van doorslaggevend belang dat het voor mij niet aanvaardbaar is dat op geen enkel moment in het proces van oplegging en tenuitvoerlegging van een sanctie naar de persoonlijke omstandigheden van de overtreder zal worden gekeken door een rechter. Op enig moment moet een afweging kunnen plaatsvinden of de invordering van de sanctie wel evenredig is gelet op de persoonlijke omstandigheden van de overtreder. Omdat het meewegen van draagkracht en verwijtbaarheid in de fase van het opleggen van de last onder dwangsom of bestuursdwang naar mijn mening de effectiviteit van het middel zou ondergraven, terwijl de civiele rechter gelet op de leer van de formele rechtskracht de draagkracht en verwijtbaarheid niet zal toetsen in het executiegeschil, lijkt het mij voor de hand te liggen, dat de bestuursrechter deze onderwerpen betreft in zijn beoordeling van het besluit tot invordering in het kader van de vraag of er bijzondere omstandigheden zijn.

7. Wanneer zijn beperkte verwijtbaarheid en draagkracht doorslaggevend?

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

81 ABRvS 10 oktober 2012, AB 2013/162, m.nt. W. den Ouden, zie ook: CRvB 21 januari 2015, AB 2015/209, m.nt. Y.M. van der Vlugt, USZ 2015/98, m.nt. J. Hallie en Rb. Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1138.

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

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

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

Voor wat betreft draagkracht is het nog niet mogelijk om op basis van bestaande rechtspraak invulling te geven aan de vraag wanneer sprake is van een bijzondere omstandigheid. Het enkele feit dat de effectuering ingrijpende (financiële) gevolgen heeft, is naar mijn mening onvoldoende zwaarwegend om te kunnen spreken van een bijzondere omstandigheid. Dat het effectueren van een geldelijke herstelsanctie financiële gevolgen heeft, lijkt mij een logisch en noodzakelijk gevolg. Daarbij is van belang dat het bij de feitelijke invordering doorgaans mogelijk is om (af)betalingsregelingen met de overheid te treffen. Dat gezegd hebbend, is het niet uit te sluiten dat de financiële gevolgen zodanig ingrijpend zijn dat zich toch een bijzondere omstandigheid voordoet. Wanneer daarvan sprake zal zijn, is mijns inziens ook deels

afhankelijk van de vraag of het een rechtspersoon of een natuurlijke persoon betreft.

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

Bij natuurlijke personen (dan wel eenmanszaken of samenwerkingsverbanden zonder rechtspersoonlijkheid – zoals een vennootschap onder firma) ligt dat denk ik anders. Schulden eindigen niet na een faillissement. De schuldenaar blijft aansprakelijk voor zijn schulden, ook nadat zijn faillissement is beëindigd. Anders dan een rechtspersoon, kan een natuurlijk persoon zichzelf niet in juridische zin ontbinden. Dat betekent dat de effectuering van een geldelijke herstelsanctie bij een natuurlijke persoon ingrijpender zal zijn dan in het geval van een rechtspersoon. Een natuurlijk persoon die een dwangsom van € 200.000 moet betalen, zal zelfs na zijn faillissement – behoudens een schuldsaneringstraject (waarover hierna meer) – nog vele decennia lang zijn schuld aan de overheid aan het afbetalen zijn. Bij een natuurlijk persoon kan volgens mij daarom wel onder omstandigheden worden geconcludeerd dat, gelet op de beperkte draagkracht, sprake is van een bijzondere omstandigheid. Echter, ook dan moet het gaan om zeer uitzonderlijke omstandigheden. Dat heeft een tweetal redenen.

Ten eerste kennen wij de beslagverboden en de beslagvrije voet. De beslagverboden en de beslagvrije voet beogen te waarborgen dat natuurlijke personen onder alle omstandigheden kunnen blijven voorzien in hun bestaan. Daarbij is een belangrijke kanttekening dat de beslagvrije voet vaak niet naar behoren functioneert. Dat is echter een uitvoeringsprobleem in zoverre dat als de wet juist zou worden toegepast, in beginsel het bestaansminimum is verzekerd. Zou de bestuursrechter rekening houden met het disfunctioneren, dan komt dat er in feite op neer dat de bestuursrechter er

vanuit gaat dat de wet in beginsel onjuist wordt toegepast door de gerechtsdeurwaarder. Die conclusie lijkt mij te ver gaan. Bovendien is tegen het ten onrechte niet correct toepassen van de beslagvrije voet rechtsbescherming mogelijk bij de civiele rechter. Weliswaar is de rol van de overheid als schuldeiser verder één van de belangrijkste redenen dat de beslagvrije voet niet goed functioneert, maar dat heeft voornamelijk te maken met enkele bijzondere bevoegdheden waarbij de overheid de beslagvrije voet niet in acht (hoeft te) nemen (met name art. 19 Invorderingswet 1990 voor de fiscus en art. 60, lid 6 Participatiewet voor de terugvordering van uitkeringen). Die bevoegdheden heeft de overheid niet in het kader van de effectuering van dwangsommen. De overheid heeft zich dan ook bij de effectuering van dwangsommen altijd te houden aan de beslagvrije voet, zodat er volgens mij door de bestuursrechter in beginsel ook vanuit moet worden gegaan dat de natuurlijke persoon altijd zal kunnen blijven voorzien in zijn bestaan. Tot slot wijs ik erop dat de CRvB stevast, zowel voor wat betreft de terugvordering van PGB subsidies⁸³ als voor wat betreft de terugvordering van uitkeringen⁸⁴ tot de conclusie komt dat geen onaanvaardbare gevolgen van de terugvordering zijn te verwachten nu de schuldenaar ten alle tijden de beslagvrije voet tot zijn beschikking zal hebben. Zo overweegt de CRvB bij de terugvordering van subsidies (de ‘onaanvaardbare gevolgen’ toets):

“Appellant heeft gewezen op de volgende omstandigheden. Vanwege een zeer laag IQ functioneert hij verstandelijk op een zeer laag niveau. Hij staat sinds december 2010 onder beschermingsbewind. Hij is na het overlijden van de echtgenote via een crisisopvangplaatsing in een beschermde AWBZ-woonvorm opgenomen en ontvangt sindsdien een uitkering ter hoogte van de zak- en kleedgeldnorm. Hij heeft een WSNP-traject doorlopen, waarna hem in september 2011 een schone lei is verleend. Het PGB kwam niet hem toe, maar de echtgenote. Door de terugvordering wordt hij opnieuw jarenlang met een terugvorderingstraject geconfronteerd en moet hij weer jarenlang onder het bestaansminimum leven. Deze omstandigheden maken niet dat geoordeeld moet worden dat het Zorgkantoor niet in redelijkheid tot de gemaakte belangenafweging heeft kunnen komen. [...] Hierbij is van belang dat het Zorgkantoor bij de inning of invordering van de geldschuld rekening moet houden met de bescherming van de beslagvrije voet. Verder is van belang dat appellant op grond van art. 4:94 van de Awb bij het Zorgkantoor om uitstel van betaling kan vragen, welk uitstel zich, gelet op art. 4:101 van de Awb, ook tot de rente kan uitstrekken.”⁸⁵

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

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

Van belang in dit kader is ‘onder b’. De schuldenaar moet *te goeder trouw* zijn geweest. Dat betekent dat indien de overtreder als gevolg van misdrijven schulden heeft opgebouwd, hij niet in aanmerking komt voor schuldsanering (zie ook art. 288, lid 2, onder c Fw). Verdedigd zou kunnen worden dat een overtreder die een dwangsom heeft verbeurd, niet *te goeder trouw* is en zodoende niet in aanmerking komt voor de WSNP. Uit de rechtspraak van de HR volgt echter dat schulden die ontstaan in het kader van reparatoire sancties als gevolg van overtredingen begaan voordat de overtreder het schuldsaneringstraject is aangevangen (in dat geval: de terugvordering van een uitkering) niet aan toepassing van de regeling aan de weg hoeven staan.⁸⁶ Het doel van het vereiste van ‘te goeder trouw’ is immers “*niet om de immoraliteit van een debiteur af te straffen, maar om te voorkomen dat de schuldsaneringsregeling wordt misbruikt*”.⁸⁷ In zoverre meen ik dat door de bestuursrechter in beginsel er vanuit moet worden gegaan dat de WSNP regeling beschikbaar is voor natuurlijke personen met schulden die zijn ontstaan uit reparatoire sancties.

Uit het voorgaande volgt volgens mij dat in beginsel slechts bij natuurlijke personen ruimte is voor het aannemen van een bijzondere omstandigheid vanwege beperkte draagkracht. Van een bijzondere omstandigheid zal naar mijn mening voorts in beginsel slechts sprake kunnen zijn indien bij voorbaat al duidelijk is dat de natuurlijke persoon niet op enig moment in aanmerking zal kunnen komen voor de WSNP dan wel dat hij niet beschermd wordt door de beslagvrije voet. In die gevallen staat vast dat de betrokkene tot in de lengte der dagen de geldschuld zal moeten gaan aflossen,

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

84 CRvB 11 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:10, Rb. Den Haag 21 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:722, in gelijke zin: Rb. Rotterdam 23 januari 2015, ECLI:NL:RBDROT:2015:343 en Rb. Gelderland 28 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2340.

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

86 HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1693 en conclusie A-G Wuisman 27 maart 2015, ECLI:NL:PHR:2015:418. Zie ook HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR6026.

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

dan wel onder het bestaansminimum moet leven, zonder zicht op het op enig moment bevrijd worden van die schuld. Dat komt mij voor als een onevenredige uitkomst die tot ingrijpen door de bestuursrechter noopt. In dat soort gevallen acht ik het dan ook goed verdedigbaar dat de bestuursrechter oordeelt dat de beperkte draagkracht van de overtreder een bijzondere omstandigheid vormt die de invordering van de gehele dwangsom in de weg staat.

8. Is de bijzondere omstandigheid bij kostenverhaal dezelfde als bij dwangsommen?

Mijn antwoord op die vraag is ja. Omdat dit een artikel is en geen proefschrift, vat ik mijn betoog daarover kort samen. De voorwaardelijke en reparatoire karakters van de last onder dwangsom en bestuursdwang, alsmede de karakters van de invorderingsbeschikking en de kostenverhaalsbeschikking zijn volgens mij identiek. Bij het kostenverhaal bij bestuursdwang hanteert de bestuursrechter thans drie criteria. Kostenverhaal is de regel, tenzij sprake is van: (i) het ontbreken van verwijtbaarheid zijdens de overtreder terwijl de toepassing van bestuursdwang in het algemene belang is; (ii) indien de hoogte van de kosten daartoe aanleiding geeft; of (iii) indien sprake is van bijzondere omstandigheden. Ik verwijs voor de relevante rechtspraak naar een eerder artikel van mijn hand in dit blad.⁸⁸ Alle drie de criteria omvatten in feite dezelfde evenredigheidstoets. Er is daarom in belangrijke mate overlap tussen de criteria. Dat is weinig duidelijk, noch is het efficiënt. Dat de overlap geen toegevoegde waarde heeft, blijkt ook uit het feit dat er voorbeelden zijn van de 'bijzondere omstandigheid' bij kostenverhaal waarbij de hoogte van de kosten en de verwijtbaarheid bepalend zijn.⁸⁹ Dat wijst erop dat bestuursrechters genegen zijn gemakshalve te kiezen voor de 'bijzondere omstandigheid' om te motiveren waarom het noodzakelijk is het kostenverhaal te matigen. Omdat de andere criteria voor het afzien van kostenverhaal mijns inziens te weinig toevoegen, pleit ik er in ieder geval voor om de standaardoverweging bij het kostenverhaal aan te passen en enkel de bijzondere omstandigheid te noemen als grond om af te zien van de invordering van de kosten van bestuursdwang. Dat is eenvoudig te bewerkstelligen en voorkomt nodeloze verwarring. De door mij geformuleerde criteria voor de bijzondere omstandigheden bij de invordering van dwangsommen, zijn volgens mij verder net zo goed toepasbaar bij het kostenverhaal bij bestuursdwang. Voor de uitgebreide onderbouwing daarvan verwijs ik naar mijn proefschrift.

9. Naar een nieuwe standaardoverweging?

Als de rechtsregel ('invordering tenzij') en de (criteria voor de) uitzonderingen daarop ('de bijzondere omstandigheid') gelijk zijn, dan ligt het voor de hand om die te harmonise-

ren. Voor een uitgebreide onderbouwing van de noodzakelijkheid en wenselijkheid daarvan, alsmede een vergelijking met de andere reparatoire sancties en een uitleg waarom die volgens mij niet ook voor harmonisatie in aanmerking komen, verwijs ik naar mijn proefschrift. Voor nu zou ik de A-G en de ABRvS in overweging geven om de volgende standaardoverweging in te voeren voor de toetsing van zowel de invorderingsbeschikking als de kostenverhaalsbeschikking:

"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."

10. Conclusie

Over dit onderwerp valt veel meer te zeggen. Het is zelfs mogelijk (hopelijk) om op het onderwerp te promoveren. In zoverre doet dit artikel op punten geen recht aan de nuances die op sommige punten kunnen worden aangebracht. Ook laat het artikel een aantal dwarsverbanden buiten beschouwing die het wel verdienen om in ogenschouw te worden genomen. Dat is echter onoverkomelijk als je (de helft van) een proefschrift probeert te condenseren tot een artikel. Toch hoop ik hiermee een zinvolle bijdrage aan het debat te hebben geleverd, al is het maar zodat de A-G op punten kan schrijven 'anders dan Sanders'.

⁸⁸ T.N. Sanders, 'Kostenverhaal bij bestuursdwang: het invorderen van de kosten van bestuursdwang onder de vierde tranche', *Gst.* 2016/41.

⁸⁹ ABRvS 19 april 2017, *AB* 2017/271, m.nt. T.N. Sanders.