

heeft gepland om de klimwand aan het zicht te onttrekken, zodat in de toekomst het zicht zal worden beperkt, is niet van betekenis, nu de vraag voorligt of wederpartij ten tijde van het besluit op bezwaar een rechtstreeks belang heeft.” (zie r.o. 3.2, ABRvS 15 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1671, AB 2020/358 m.nt. Groot).

5. Een belangrijk aandachtspunt is dat het belanghebbendebegrip wordt ingevuld op een wijze die voorspelbaar is voor de rechtspraak. De introductie van het criterium ‘gevolgen van enige betekenis’ vijf jaar geleden, heeft daar naar mijn mening niet aan bijgedragen. De ontwikkeling van heldere lijnen in de rechtspraak en ook de hier geannoteerde uitspraak helpen om de scherpste randen ervan af te halen. Maar mijn verwachting is dat ook de komende jaren relatief veel procedures over de ontvankelijkheid gaan.

Iemand die zich belanghebbende voelt bij een besluit, voldoet lang niet altijd aan de in de rechtspraak ontwikkelde criteria ter invulling van art. 1:2 lid 1 Awb. Een uitdaging voor ons juristen is om dat in klare taal uit te leggen. Voor de leek is het soms niet te begrijpen. Zie H. Grosveld, ‘Hoezo geen belanghebbende? Verslag van een rechtsgang Awb, observaties door een betrokken leek en een pleidooi voor een ‘feitelijk belang’, *NJB* 2020, p. 3067-3070. Grosveld merkt op:

“Het lijkt of alle toepassers en toetsers van de wet zich krampachtig aan de wettekst en vooral aan de ‘vaststaande’ jurisprudentie vastklampen. Dat wekt de indruk dat (dit deel van) de wet vooral beoogt de overheid tegen de burger te beschermen. Zeker niet andersom.”

Het beeld van Grosveld dat art. 1:2 Awb vooral de overheid beschermt, klopt niet. In het omgevingsrecht zijn bij besluitvorming juist vaak meerdere burgers met tegenstrijdige belangen betrokken. Vanuit een andere hoek – die van projectontwikkelaars – vinden we dan ook een heel ander frame: het zijn de oneigenlijke bezwaar- en beroepsprocedures die bouwprojecten vertragen. Een praktijkoplossing om sneller een onherroepelijk omgevingsbesluit te verkrijgen, is de ‘mond-doodclausule’ in overeenkomsten met omwonenden. Daarmee moet worden voorkomen dat (vermeende) belanghebbenden procedures starten. De auteurs die deze ontwikkeling signaleren, merken terecht op dat dit geen waterdichte oplossing is. Afstand van recht van bezwaar en beroep betreft ‘recht van openbare orde’, waarvan geen afstand kan worden gedaan (E. Haverkamp en M.E. Hinskens-van Neck, ‘Rechtsbescherming versus tijdige realisatie en de (on)mogelijkheden om bij bouwprojecten tot versnelling en slagkracht te komen’, *TBR* 2021/3, p. 17-31).

En over vijf jaar? De gevolgen van het ‘Varkens in nood-arrest’ zijn dan uitgekristalliseerd. Zou de wetgever – in navolging van de tijdelijke oplossing van de Afdeling – kiezen voor de terugkeer van de getrapte actio popularis in het omgevingsrecht? Daar valt wat mij betreft wel wat voor te zeggen. De Omgevingswet zet in op vroegtijdige participatie van de omgeving bij besluitvorming. Ik verwacht dat deze ontwikkeling geen substantieel effect heeft op het aantal procedures bij de bestuursrechter. Een betrokken burger die het niet eens is met een omgevingsbesluit, zoekt rechtsbescherming. Ik betwijfel of de argumenten voor het strikt bewaken van de toegangspoort opwegen tegen de nadelen van een soepel deurbelid.

H.D. Tolsma

## AB 2021/195

### AFDELING BESTUURSRECHTSpraak VAN DE RAAD VAN STATE

10 februari 2021, nr. 201908237/1/R1

(Mrs. D.A.C. Slump, J. Hoekstra, A. ten Veen)

m.nt. T.N. Sanders

Art. 5:37 Awb

Omgevingsvergunning in de praktijk 2021/8435  
ECLI:NL:RVS:2021:271

**Afdeling toetst op detailniveau of sprake is van een onaantastbare, maar evident onrechtmatige, last. Gekoppeld aan plaatsing van het onderwerp, lijkt het bijna een zelfstandige toetsing.**

*Van een uitzonderlijk geval is hier geen sprake. De Afdeling ziet geen grond voor het oordeel dat in dit geval evident geen overtreding heeft plaatsgevonden dan wel appelland evident geen overtreder is.*

*Het laten afstromen van verontreinigd regenwater door een geul op het perceel aan de locatie A te Vessem in een oppervlaktewaterlichaam, valt onder het begrip lozen dat in artikel 6.1 van de Waterwet is omschreven als brengen van stoffen in een oppervlaktewaterlichaam. Hiervoor is niet doorslaggevend in hoeverre appellant hieraan actief bijdraagt. Mede gelet op de schriftelijke uiteenzetting van het dagelijks bestuur, neemt de Afdeling ook in aanmerking dat niet op voorhand vaststaat dat de kavelsloot geen oppervlaktewater is. Evenmin staat vast dat de dam die appellant halverwege 2017 heeft opgeworpen, volledig voorkomt dat verontreinigd water instroomt in de Kleine Beerze, waarvan niet in geschil dat oppervlaktewater is. De enkele omstandigheid dat volgens appellant de gemeten geleidbaarheid (EGV) in de Kleine Beer-*

ze op zeker moment relatief laag was, maakt dit niet anders. Verder biedt de door appellant genoemde uitspraak van 18 november 2018 geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de wijze waarop het afvalwater in dit geval in het oppervlaktewater terecht kan komen, niet kan worden gekwalificeerd als het brengen in een oppervlaktewaterlichaam in de zin van artikel 6.1 van de Waterwet.

Daarnaast acht de Afdeling het niet evident dat de opgelegde last onder dwangsom neerkomt op een bestuurlijke boete. In dat verband is van belang dat door het treffen van maatregelen op het terrein had kunnen worden voorkomen dat een dwangsom werd verbeurd. Verder is er geen grond voor het oordeel dat de last zo onduidelijk is dat het dagelijks bestuur daarom niet tot invordering mocht besluiten. Volgens het besluit van 14 december 2017 kon appellant immers verbeurde van een dwangsom voorkomen door ervoor te zorgen dat het erf veegschon is, gemorste voeder-/mestresten worden opgevangen of tijdig opgeruimd en er geen afstroming plaatsvindt van vervuild hemelwater en/of afvalwater naar de kavelsloot. Daarbij toetst het dagelijks bestuur op het punt waar de kavelsloot begint, aldus dit besluit.

De rechtbank heeft appellant dus terecht niet gevolgd in zijn standpunt dat het dagelijks bestuur in verband met – kort gezegd – de evidente onrechtmatigheid van de last onder dwangsom niet tot invordering mocht besluiten. Het betoog faalt.

Uitspraak op het hoger beroep van appellant, te Vessem, gemeente Eersel, tegen de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 30 september 2019 in zaak nr. 19/534 in het geding tussen:

Appellant,  
en

Het dagelijks bestuur van het Waterschap de Dommel.

### Procesverloop

Bij besluit van 28 juni 2018 heeft het dagelijks bestuur besloten over te gaan tot invordering van een dwangsom ter grootte van € 3.600.

Bij besluit van 14 januari 2019 heeft het dagelijks bestuur het door appellant daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 30 september 2019 heeft de rechtbank het door appellant daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appellant hoger beroep ingesteld.

Het dagelijks bestuur heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Appellant heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 16 september 2020, waar appellant, vertegenwoordigd door mr. drs. A.C.M. Brom, rechtsbijstandverlener te Eersel, en het college, vertegenwoordigd door R. Louwers en mr. M.S. Krikhaar, zijn verschenen.

### Overwegingen

#### Inleiding

1. Bij besluit van 14 december 2017 heeft het dagelijks bestuur een last onder dwangsom opgelegd wegens het overtreden van artikel 6.2, eerste lid, aanhef en onder a, van de Waterwet. Volgens het dagelijks bestuur is deze bepaling overtreden doordat verontreinigd afvalwater vanaf het terrein van de vleesstierenhouderij aan de locatie A te Vessem via een geul afvloeit in een kavelsloot en vervolgens in de Kleine Beerze. Dit besluit, waartegen geen bezwaar is gemaakt, is in rechte onaanastbaar.

Het dagelijks bestuur is bij het besluit van 28 juni 2018 tot invordering overgegaan omdat bij controles naar voren is gekomen dat opnieuw een lozing van verontreinigd afvalwater plaatsvond en volgens het dagelijks bestuur derhalve niet aan de last is voldaan.

2. Appellant betoogt dat de rechtbank ten onrechte tot het oordeel is gekomen dat het dagelijks bestuur tot invordering van de dwangsom mocht besluiten.

#### Adressering van de last onder dwangsom

3. Appellant betoogt dat de last onder dwangsom was opgelegd aan maatschap A. Die maatschap is door het overlijden van overledene A op 12 oktober 2018 van rechtswege ontbonden. Volgens appellant kon hij geen dwangsom verbeuren en kan van hem daarom geen dwangsom worden ingevorderd.

3.1. De Afdeling stelt vast dat in de aanhef van het besluit van 14 december 2017 zowel maatschap A als appellant is vermeld. Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat is bedoeld om uitsluitend de maatschap een last op te leggen en het besluit uitsluitend ter attentering aan appellant in persoon te richten. Dat is te minder het geval nu in de motivering van het hoger beroep is vermeld dat het bedrijf ten tijde van het besluit 14 december 2017 feitelijk alleen door appellant werd gevoerd en al niet meer mede door overledene A. De rechtbank heeft dan ook terecht overwogen dat het feit dat bij de adressering van het besluit de maatschap is vermeld, niet betekent dat het dagelijks bestuur niet heeft beoogd appellant mede als overtreder aan te merken. Dit betekent dat er geen reden is waarom appellant,

die immers venoot van de maatschap is, geen dwangsom zou kunnen verbeuren.

*Hogerberoepsgronden die raken aan de last onder dwangsom*

4. Appellant stelt dat de last onder dwangsom om een aantal redenen onrechtmatig is en dat het dagelijks bestuur daarom niet tot invordering mocht overgaan.

Er is volgens hem geen sprake van een overtreding van de Waterwet, omdat hij geen actieve handeling heeft verricht om stoffen in het water te brengen. Voorts voert hij, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 18 november 2018, ECLI:NL:RVS:2015:3533, aan dat geen sprake is van een lozing op een oppervlaktewaterlichaam als bedoeld in artikel 6.2, eerste lid, van de Waterwet. Dit betekent volgens hem dat de Waterwet niet is overtreden, zodat het dagelijks bestuur hem geen last onder dwangsom mocht opleggen.

Verder stelt appellant dat de opgelegde last door het ontbreken van een duidelijke begunstigingstermijn ten onrechte neerkomt op een bestuurlijke boete. Ook vindt hij de opgelegde last niet duidelijk.

Dat het besluit van 14 december 2017 in rechte onaanstaafbaar is, staat er volgens appellant niet aan in de weg dat bij de beoordeling van het invorderingsbesluit alsnog de rechtmatigheid van de last onder dwangsom wordt beoordeeld. Hij verwijst daarvoor naar de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

4.1. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de Afdeling geen uitspraak heeft gedaan in de zaak waarin advocaat-generaal Wattel conclusie heeft gewezen, omdat het hoger beroep in die zaak is ingetrokken. Inmiddels heeft de Afdeling echter in andere zaken uitspraak gedaan over de vraag of en zo ja, in hoeverre, de rechtmatigheid van een besluit als dat van 14 december 2017 alsnog aan de orde kan komen bij het beoordelen van een invorderingsbesluit. Zo is in de uitspraak van 6 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1183, overwogen dat een belanghebbende in de procedure tegen de invorderingsbeschikking of de kostenverhaalsbeschikking in beginsel niet met succes gronden naar voren kan brengen die hij tegen de last onder dwangsom of bestuursdwang naar voren heeft gebracht of had kunnen brengen. Dit kan slechts in uitzonderlijke gevallen. Een uitzonderlijk geval kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien evident is dat geen overtreding heeft plaatsgevonden en/of betrokkene geen overtreder is.

4.2. Van een uitzonderlijk geval is hier geen sprake. De Afdeling ziet geen grond voor het oordeel dat in dit geval evident geen overtreding

heeft plaatsgevonden dan wel appellant evident geen overtreder is.

Het laten afstromen van verontreinigd regenwater door een geul op het perceel aan de locatie A te Vessem in een oppervlaktewaterlichaam, valt onder het begrip lozen dat in artikel 6.1 van de Waterwet is omschreven als brengen van stoffen in een oppervlaktewaterlichaam. Hiervoor is niet doorslaggevend in hoeverre appellant hieraan actief bijdraagt. Mede gelet op de schriftelijke uiteenzetting van het dagelijks bestuur, neemt de Afdeling ook in aanmerking dat, niet op voorhand vaststaat dat de kavelsloot geen oppervlaktewater is. Evenmin staat vast dat de dam die appellant halverwege 2017 heeft opgeworpen, volledig voorkomt dat verontreinigd water instroomt in de Kleine Beerze, waarvan niet in geschil dat dat oppervlaktewater is. De enkele omstandigheid dat volgens appellant de gemeten geleidbaarheid (EGV) in de Kleine Beerze op zeker moment relatief laag was, maakt dit niet anders. Verder biedt de door appellant genoemde uitspraak van 18 november 2018 geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de wijze waarop het afvalwater in dit geval in het oppervlaktewater terecht kan komen, niet kan worden gekwalificeerd als het brengen in een oppervlaktewaterlichaam in de zin van artikel 6.1 van de Waterwet.

Daarnaast acht de Afdeling het niet evident dat de opgelegde last onder dwangsom neerkomt op een bestuurlijke boete. In dat verband is van belang dat door het treffen van maatregelen op het terrein had kunnen worden voorkomen dat een dwangsom werd verbeurd. Verder is er geen grond voor het oordeel dat de last zo onduidelijk is dat het dagelijks bestuur daarom niet tot invordering mocht besluiten. Volgens het besluit van 14 december 2017 kon appellant immers verbeurde van een dwangsom voorkomen door ervoor te zorgen dat het erf veegschon is, gemorste voeder-/mestresten worden opgevangen of tijdig opgeruimd en er geen afstroming plaatsvindt van vervuild hemelwater en/of afvalwater naar de kavelsloot. Daarbij toetst het dagelijks bestuur op het punt waar de kavelsloot begint, aldus dit besluit.

De rechtbank heeft appellant dus terecht niet gevolgd in zijn standpunt dat het dagelijks bestuur in verband met – kort gezegd – de evidente onrechtmatigheid van de last onder dwangsom niet tot invordering mocht besluiten. Het betoog faalt.

*Onderzoek voorafgaand aan het invorderingsbesluit*

5. Appellant betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat uit het onderzoek dat aan het invorderingsbesluit ten grondslag ligt, niet blijkt

dat sprake is van overtreding van de last onder dwangsom.

5.1. Het dagelijks bestuur heeft op 26 en 30 april 2018 controles uitgevoerd. De bevindingen hiervan zijn neergelegd in een op 23 mei 2018 gedateerd controlerapport met fotobladen en analyseresultaten. In het controlerapport is aangegeven dat de geul op het terrein verontreinigd hemelwater bevatte. Op het punt waar de geul overgaat in de kavelsloot werd op 26 april 2018 een verontreiniging gemeten met een EGV van 9.150 µS/cm. Op 30 april 2018 werd op deze locatie een verontreiniging gemeten met een EGV van 1.547 µS/cm. In het rapport is aangegeven dat sprake is van afstroming van het verontreinigde hemelwater uit de geul in de kavelsloot. De fotobladen en de analyseresultaten bevestigen de bevindingen in het controlerapport.

5.2. In hetgeen appelllant aanvoert, ziet de Afdeling geen aanleiding voor het oordeel dat het controlerapport in zoverre onzorgvuldig tot stand is gekomen en dat de bevindingen daarin niet representatief zijn. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat het dagelijks bestuur terecht heeft geconcludeerd dat appelllant niet aan de last onder dwangsom heeft voldaan. Het betoog faalt.

#### *Ambtelijke betrokkenheid en besluitvormingsprocedures*

6. Appellant voert aan dat de rechtbank heeft miskend dat de omstandigheid dat Louwers steeds bij de controles en de besluitvorming betrokken is geweest strijd oplevert met artikel 10:3, derde en vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Hij wijst op de betrokkenheid van Louwers bij de voorcontrole, het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom en de last onder dwangsom. Verder zijn de controles voorafgaand aan de invorderingsbeschikking opgesteld en ondertekend door Louwers. Voorts heeft Louwers de invorderingsbeschikking van 9 april 2018 en de aan dit geschil ten grondslag liggende invorderingsbeschikking van 28 juni 2018 opgesteld, waarna deze door zijn manager zijn ondertekend.

6.1. Artikel 10:3, derde en vierde lid, van de Awb luidt als volgt:

"3. Mandaat tot het beslissen op een bezwaarschrift of op een verzoek als bedoeld in artikel 7:1a, eerste lid, wordt niet verleend aan degene die het besluit waartegen het bezwaar zich richt, krachtens mandaat heeft genomen.

4. Indien artikel 5:53 van toepassing is, wordt mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet verleend aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt."

6.2. De Afdeling stelt vast dat het aan dit geschil ten grondslag liggende invorderingsbesluit van 28 juni 2018 in mandaat is genomen door de manager Toezicht en Handhaving van het waterschap. De beslissing op bezwaar is in mandaat genomen door de secretaris-directeur van het waterschap. Daarom is de besluitvorming niet in strijd met artikel 10:3, derde lid, van de Awb. Dat Louwers betrokken is geweest bij de controles voorafgaande aan het invorderingsbesluit en als behandelend ambtenaar bij het invorderingsbesluit is in dit kader niet relevant.

Voorts is artikel 10:3, vierde lid, van de Awb niet van toepassing, omdat de bepaling ziet op de verhouding tussen degene die een rapport of proces-verbaal opmaakt ten behoeve van een bestuurlijke boete en degene die een dergelijk besluit in mandaat neemt. Dit is hier niet aan de orde.

Het betoog faalt.

6.3. Appellant betoogt voorts dat het dagelijks bestuur bij het nemen van het besluit onzorgvuldig en met vooringenomenheid heeft gehandeld, omdat het heeft geweigerd Louwers voor deze aangelegenheid te vervangen.

6.4. De Afdeling ziet geen grond om op basis van de enkele omstandigheid dat het dagelijks bestuur geen aanleiding heeft gezien Louwers te vervangen, te concluderen dat de rechtbank had moeten oordelen dat het dagelijks bestuur onzorgvuldig dan wel met vooringenomenheid heeft gehandeld.

Het betoog faalt.

#### *Financiële situatie van appelllant*

7. Appellant betoogt dat de rechtbank er ten onrechte van uitgaat dat hij het dagelijks bestuur onvoldoende informatie heeft verstrekt over zijn financiële situatie en de gevolgen die het betalen van de dwangsom voor hem heeft.

8. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:333, waarnaar ook de rechtbank heeft verwezen, moet bij een besluit tot invordering van een verbeurde dwangsom aan het belang van de invordering een zwaarwegend gewicht worden toegekend. Een andere opvatting zou afdoen aan het gezag dat moet uitgaan 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 Algemene wet bestuursrecht (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 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. Het bestuursorgaan hoeft bij een besluit omtrent invordering van de verbeurde dwangsom in beginsel geen rekening te houden met de financiële draagkracht van de overtreder. De draagkracht van de overtreder kan immers in de regel pas in de executiefase ten volle worden gewogen en, indien hierover een geschil ontstaat, is de rechter die belast is met de beslechting daarvan bij uitsteking in de positie hierover een oordeel te geven. Voor een uitzondering op dit beginsel bestaat slechts aanleiding, indien evident is dat de overtreder gezien zijn financiële draagkracht niet in staat zal zijn de verbeurde dwangsommen (volledig) te betalen. Op de overtreder rust de last aannemelijk te maken dat dit het geval is. Hij dient daartoe in ieder geval zodanige informatie te verstrekken dat een betrouwbaar en volledig inzicht wordt verkregen in zijn financiële situatie en de gevolgen die het betalen van de verbeurde dwangsommen zou hebben.

Appellant heeft in hoger beroep weliswaar enig inzicht gegeven in zijn financiële positie, maar wat hij heeft aangevoerd geeft geen grond voor het oordeel dat de rechtbank ten onrechte geen uitzondering heeft aangenomen.

Het betoog faalt.

#### Conclusie

9. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

10. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

#### Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### Noot

1. Deze uitspraak is niet heel bijzonder. Een overtreder heeft geen beroep ingesteld tegen de last onder dwangsom. Via de invorderingsbeschikking probeert hij alsnog onder de dwangsom uit te komen met argumenten die zien op de – inmiddels in rechte onaantastbare – last onder dwangsom. Dat lukt alleen als er sprake is van een uitzonderlijk geval. Bijvoorbeeld als de last onder dwangsom ‘evident onrechtmatig’ is. Dat is onder meer het geval als iemand evident geen overtreder is of evident geen overtreding heeft begaan. Dat is hier niet aan de orde, dus slaagt het hoger beroep niet.

2. Toch haalt hij de AB. De reden daarvoor is met name gelegen in het feit dat de Afdeling in deze zaak de onaantastbare last onder dwangsom naar mijn mening opvallend uitvoerig toetst.

Ook vind ik de plaatsing van het onderwerp in deze uitspraak interessant. Beide aspecten komen ook naar voren in andere uitspraken, maar in deze uitspraak komen ze mooi samen. Dat biedt mij de gelegenheid om een hersenspinsel in de AB te plaatsen.

3. In mijn annotatie bij ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:466 (AB 2019/436), stond ik al wat uitgebreider stil bij wat nu als ‘evident onrechtmatig’ heeft te gelden. Ik ga in deze noot niet weer een ‘stand van zaken’ beschouwing geven. Mijn eerdere conclusie is wat mij betreft nog steeds geldig. Niemand kan zeggen wat ‘evident onrechtmatig’ is, maar dat ligt ook een beetje besloten in de aard van het beestje (een uitzondering voor onvoorziene gevallen).

4. De toetsing van een in rechte onaantastbare last onder dwangsom is een beperkte, afgeleide toets over de band van een invorderingsbeschikking. Het lijkt echter langzaam te transformeren in een soort zelfstandige toets. Hij wordt regelmatig losgekoppeld van de toetsing of er sprake is van bijzondere omstandigheden. Daarnaast wordt regelmatig vrijwel de gehele last (toch) getoetst. Dat leidt mij tot de volgende vraag: zijn wij langzaam toe aan het gaan naar een algemeen recht om onaantastbare besluiten ter discussie te stellen?

5. Het eerste wat mij opvalt aan deze uitspraak: de intensiteit van de toets door de Afdeling. Ik vind dat de Afdeling er – voor de zeer marginale beoordeling die het zou moeten zijn – heel serieus werk van maakt. Het is niet een beperkte, korte, toets. De inhoud van de last wordt eigenlijk volledig besproken. De Afdeling toetst achtereenvolgens of er sprake is van een oppervlaktewaterlichaam, of appellant met zijn dam kon voorkomen dat er mestresten in het oppervlaktewaterlichaam zouden stromen, of er door appellant daadwerkelijk mestresten zijn geloosd, of de last voldoende duidelijk was en of de dwangsom feitelijk een punitief karakter had omdat de overtreder de maatregelen nooit had kunnen treffen. Deze toets had net zo goed de bespreking van een zelfstandig beroep tegen de last kunnen zijn! Het enige wat het bijzondere karakter van de toets verraadt is de opmerking dat ‘niet op voorhand vaststaat dat’ geen sprake is van een oppervlaktewater (in welk geval het verbod niet zou zijn overtreden). Dat was bij een ‘vol’ beroep wel anders geformuleerd (en getoetst).

6. Tegelijkertijd hoeft het aantal woorden dat de Afdeling besteedt aan een onderwerp natuurlijk ook niet heel veel te zeggen over de intensiteit van de verrichte toetsing. Misschien wil de Afdeling gewoon heel goed motiveren dat er evidente onrechtmatigheid is en is er echt alleen op hoofdlijnen naar de last gekeken. Dat is alleen lastig te onderscheiden als lezer. Wat is het

verschil precies tussen een intense toets en een uitgebreid gemotiveerde toets? In theorie valt dat wel toe te lichten, maar in de praktijk zit dat verschil met name in de hoofden van de staatsraden in de kamer.

7. Het tweede punt wat mij opviel is de plaatsing van het onderwerp in de uitspraak. In de uitspraken van 27 februari 2019 (AB 2019/436) stond de toetsing van de onaantastbare last onder dwangsom nog nadrukkelijk ná de tekst over de bijzondere omstandigheid bij invordering. Die plaatsing impliceert dat de vraag of er sprake is van een uitzonderlijk geval (bijvoorbeeld omdat de onaantastbare last evident onrechtmatig is) enkel relevant is voor de vraag of er een bijzondere omstandigheid is waardoor de dwangsom niet kan worden ingevorderd. Met andere woorden: de toetsing van de last is niet een zelfstandig beroep tegen die last, maar een (zeer) marginale toets over de band van de evenredigheid van de invorderingsbeschikking.

8. In deze uitspraak (en andere uitspraken, zie bijvoorbeeld ook ABRvS 17 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:584) is de volgorde van bespreking omgedraaid. De toetsing van de onaantastbare last staat hier opens vooraan (dus vóór de vraag of de last is overtreden en of er bijzondere omstandigheden zijn). In dit geval wordt de bespreking bovendien voorafgegaan met de koptekst: *'Hogerberoepsgronden die raken aan de last onder dwangsom'*. Het is zo (visueel) helemaal geen onderdeel meer van de toetsing van de bijzondere omstandigheid, maar een soort zelfstandig beroep. Als je vervolgens ook de uitspraak van 27 mei 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:1292) erbij pakt, dan zie je het welhaast zelfstandige karakter van de toets letterlijk terug in de tekst. De Afdeling toetst daar eerst of de onaantastbare last niet evident onrechtmatig is, om vervolgens aan het einde van de uitspraak te constateren:

“Dan resteert de vraag of de minister op grond van bijzondere omstandigheden in redelijkheid had moeten afzien van de invordering.”

Hoezo? Dat heb je toch al als Afdeling net al (gedeeltelijk) gedaan?

9. Ik weet het, de volgorde waarin de Afdeling dingen opschrijft zegt in beginsel niet zoveel. Als een rechter (of stafjurist) het logisch vindt om een onderwerp te vierdelen en volstrekt willekeurig over de uitspraak te spreiden, dan mag dat. Het zegt formeel niets over de waarde die aan een onderwerp wordt gehecht, of de perceptie die de rechter heeft van dat onderwerp. Ik maak dus vast en zeker de fout om te veel te lezen in iets waar niet al te lang over nagedacht is. Een aanwijzing daarvoor vinden we in andere uitspraken. Zo was in ABRvS 16 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:765, de volgorde van bespre-

king weer als vanouds. Het is bovendien best logisch om de evidente onrechtmatigheid van de last eerst te bespreken, omdat als die gronden slagen je dan niet de overige onderwerpen hoeft te bespreken.

10. In zoverre is deze noot wellicht het annotatorische equivalent van het toekennen van betekenis aan vallende sterren en graancirkels of het opmerken dat het toch wel heel toevallig is dat de implementatie van 5G tegelijkertijd met de verspreiding het coronavirus plaatsvindt. Toch sta ik erbij stil omdat de plaatsing van het onderwerp voor mij wel relevant is voor hoe (het karakter van) de toets wordt gezien, zowel door de lezer, als door de schrijver van de uitspraak. Ik ken er dus toch zelf enige betekenis aan toe.

11. Ik zie in de plaatsing van het onderwerp, alsook de inhoud van de toetsing, een vingerwijzing dat de toets van onaantastbare besluiten sluipe onderwijs normaliseert naar een soort zelfstandige toets. Ik weet niet of het klopt, maar het viel mij op en ik vond het de moeite waard om even te signaleren in de AB.

12. Om tot slot nog even terug te komen op mijn vraag in de inleiding: feitelijk is de toetsing van een onaantastbare last onder dwangsom over de band van de invorderingsbeschikking volgens mij niet te onderscheiden van de toetsing van een verzoek om terug te komen van een onaantastbaar besluit (zie ook mijn discussienoot met Rens Koenraad in AB 2020/13). In zoverre bestaat de zelfstandige mogelijkheid om een evident onrechtmatig besluit teruggedraaid te krijgen feitelijk al. Je kan het bestuursorgaan gewoon vragen om terug te komen van het onaantastbare besluit en over die band gaan procederen. Als het sanctiebesluit evident onrechtmatig is, helpt de rechter je daar graag bij (zie: ABRvS 28 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:908). Het is wat mij betreft dan niet meer zo een grote stap om dan aan te nemen dat je altijd een onaantastbaar besluit in iedere procedure ter discussie kan stellen (voor zover dat relevant is voor die procedure), zolang dat besluit maar 'evident onrechtmatig' is.

T.N. Sanders