
Over dit document:

Informatiesoort: Tijdschriftartikel

Bron: JBplus

Titel: JBPLUS 2019/2 Invordering door de overheid , Invordering door de overheid , Bestuursrecht algemeen, JBplus, Invordering door de overheid

Auteur: Sanders, T.N.

Documentnummer: JBPLUS 2019/2

JBPLUS 2019/2 Invordering door de overheid

11-06-2019

Invordering door de overheid

Vorig jaar oktober mocht ik mijn proefschrift, getiteld 'Invordering door de overheid: de invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb' verdedigen aan de Universiteit Leiden. In dit artikel geef ik een beknopt overzicht van mijn onderzoek en mijn bevindingen voor de lezer van de JBplus. Voor een onafhankelijke recensie van mijn proefschrift verwijs ik de lezer graag naar de recensie van Rens Koenraad in het NTB.¹

Sinds het verschijnen van mijn proefschrift in oktober 2018 zijn er twee belangrijke ontwikkelingen geweest die ik graag op voorhand signaleer. Ten eerste heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de 'Afdeling') een uitspraak gedaan waarin de leer van de formele rechtskracht bij de invordering van dwangsommen en kostenverhaal wordt genuanceerd,² mede naar aanleiding van de Conclusie van A-G Wattel.³ Ten tweede heeft de Afdeling een uitspraak gedaan over de draagkracht bij de invordering van dwangsommen en kostenverhaal.⁴ Beide benoem ik wel in dit artikel, maar zullen (uiteeraard) niet terug te vinden zijn in mijn proefschrift.

1. Samenvatting

Mijn onderzoek ziet feitelijk op de uitvoering van vier sancties: de invordering van een dwangsom, het kostenverhaal bij bestuursdwang, de terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie en de terugvordering van een uitkering bij wijze van sanctie. Deze sancties heb ik met elkaar vergeleken om te kijken wat er goed gaat en wat er beter kan bij de invordering via titel 4.4 Awb. De bestuurlijke boete is ook meegenomen in het onderzoek, maar bij het ontbreken van een waarneembaar onderscheid tussen de oplegging van de sanctie en de invordering, is het onderzoek daarnaar zeer beperkt. Voor ieder van de sancties heb ik onderzocht hoe deze nu worden geëffectueerd (ingevorderd). Welke knelpunten zijn er bij de invordering van deze sanctie en kunnen die worden opgelost op een praktische, effectieve en evenredige wijze?⁵

Mijn conclusie is dat invordering door de overheid op grond van titel 4.4 van de Awb in het algemeen gewoon goed in elkaar zit. Er zijn wel wat schoonheidsfoutjes die volgens mij zouden moeten worden rechtgetrokken, maar die zijn niet wereldschokkend. In paragraaf 4 van dit artikel tref je een lijst aan van die punten die volgens mij aanpassing behoeven.

Er zijn volgens mij wel twee grotere problemen. Ten eerste de werking van de formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming. Ten tweede de bescherming van de schuldenaar.

Voor wat betreft de werking van de formele rechtskracht: de invordering door de overheid is in fases geknipt (sanctiebesluit – invorderingsbesluit – executie). Uitzonderingen daargelaten (met name bij bestuursdwang) is ook duidelijk welk onderwerp in welke fase ter discussie kan worden gesteld. Als gevolg van het besluit als rechtsingang, de korte bezwaar- en beroepstermijnen en de leer van de formele rechtskracht kan het gebeuren dat sprake is van een evident onrechtmatig besluit dat onaantastbaar wordt (omdat er geen bezwaar of beroep wordt ingesteld) en dat dit besluit vervolgens wordt geëffectueerd. De bestuursrechter moet bij de toetsing van het effectueringsbesluit (het in- of terugvorderingsbesluit) vervolgens uitgaan van de rechtmatigheid van het evident onrechtmatige sanctiebesluit. Dat wringt. De bestuursrechter pleegt soms bij de toetsing van de invordering bij 'evident' onrechtmatige sanctiebesluiten de leer van de formele rechtskracht daarom te omzeilen over de band van de evenredigheidstoets. Dan wordt geoordeeld dat de invordering onrechtmatig is, omdat het sanctiebesluit onrechtmatig is. Ik ben het daar niet mee eens omdat de prijs qua rechtszekerheid, eenvoud en kosten die hiervoor wordt betaald op systeemniveau volgens mij groter is dan de winst qua rechtvaardigheid 'op de vierkante millimeter' in die paar (uitzonderlijke) gevallen waar dit aan de orde is. Daarbij weegt voor mij ook mee dat het probleem uiteindelijk het gevolg is van de burger die nalaat bezwaar- en beroep in te stellen. Dit standpunt is in mijn proefschrift onderbouwd, maar heb ik in mijn VAR Preadvis nader onderbouwd.⁶

In de executiefase is de bescherming van de schuldenaar verder problematisch. Deze blijkt namelijk tekort te schieten. Hoewel het rechtsstelsel voorziet in de bescherming van schuldenaren die niet kunnen betalen door middel van enerzijds de beslagvrije voet (en de beslagverboden) en anderzijds door middel van de mogelijkheid voor schuldenaren om hun schulden te saneren via de Wet schuldsanering natuurlijke personen, blijkt die bescherming niet altijd toereikend. Met name de beslagvrije voet functioneert in de praktijk niet goed. Daardoor komt het voor dat mensen feitelijk niet in hun bestaan kunnen voorzien. Dat acht ik zeer problematisch. De oplossing voor dit knelpunt ligt mijns inziens in het aanpassen van de (systematiek van de) beslagvrije voet. Ik zie geen aanleiding om het bestuursrecht, of de bestuursrechter, hier een rol te laten spelen. Dat komt omdat het ingrijpen door de bestuursrechter als gevolg heeft dat de sanctie nooit meer kan worden geëffectueerd (het besluit wordt immers vernietigd), terwijl afzien van invordering door de overheid de burger niet van zijn andere schulden verlost. Dit betekent dat bestuursrechtelijk ingrijpen de overheid (en de belastingbetaler) benadeelt, terwijl de burger er weinig mee opschiet. Eerder zie ik aanleiding om te pleiten voor een spoedige herziening van de beslagvrije voet. De bestuursrechter heeft volgens mij weinig andere keus dan om de burger aan het vangnet toe te vertrouwen, maar dan moet het vangnet wel ijzersterk zijn.

2. Wat zit er (niet) in mijn proefschrift?

In mijn proefschrift heb ik de vraag beantwoord wanneer het belang van de overheid bij het uitvoeren van een sanctie zwaarder moet wegen dan het belang van de burger om de sanctie niet te hoeven voldoen. Daarnaast heb ik de vraag beantwoord hoe die invordering nu is geregeld, wat er goed gaat, wat er niet goed gaat en wat er beter kan. De onderzoeksvraag die ik stelde is de volgende:

‘Hoe worden geldschulden die voortvloeien uit bestuurlijke geldelijke sancties door middel van titel 4.4 Awb ingevorderd, doen zich knelpunten voor, en zo ja, hoe kunnen die knelpunten op een praktische, effectieve en evenredige wijze worden opgelost?’

Mijn onderzoek ziet derhalve op de invordering van bestuursrechtelijke geldschulden die voortvloeien uit bestuurlijke geldelijke sancties die worden ingevorderd bij dwangbevel met gebruikmaking van titel 4.4 van de Awb. Uit de onderzoeksvraag volgt al dat een groot aantal geldschulden niet bij dit onderzoek is betrokken. Zo zijn verkeersboetes op grond van de Wet Mulder niet betrokken in dit onderzoek. Die worden immers op geheel andere wijze ingevorderd (niet via titel 4.4 Awb, maar via titel VIII van de Wet Mulder). Ook geldschulden van en aan de overheid die ontstaan uit overeenkomsten zijn niet bij dit onderzoek betrokken. Die vordert de overheid immers – net als anderen – in via een dagvaardingsprocedure bij de civiele rechter. Bestuursrechtelijke geldschulden die niet voortvloeien uit een bestuurlijke sanctie als bedoeld in artikel 5:2 lid 1, onder a, Awb vallen ook buiten dit onderzoek. De bestuursrechtelijke zorgverzekeringspremie die het CAK int valt bijvoorbeeld buiten de reikwijdte van dit onderzoek: dat is immers geen bestuurlijke sanctie.

Van de bestuurlijke geldelijke sancties die worden ingevorderd bij dwangbevel met gebruikmaking van titel 4.4 van de Awb heb ik verder twee bijzondere soorten uitgezonderd. Ten eerste fiscale sancties. Onder fiscale sancties versta ik niet alleen naheffingen, verhogingen en of boetes op grond van de Algemene wet inzake rijksbelasting en de Invorderingswet 1990 (en daarmee ook de gemeentelijke, provinciale en waterschapsbelasting), maar ook de verschillende toeslagen die de Belastingdienst terugvordert op grond van de Toeslagenwet. De invordering van fiscale sancties valt niet onder dit onderzoek. Dat komt omdat voor belastingen gebruik wordt gemaakt van een aparte wet om in te vorderen: de Invorderingswet 1990. Bovendien heeft de Invorderingsambtenaar andere (verstrekendere) middelen dan een normaal bestuursorgaan om in te vorderen (zoals het bodembeslag en het bureaubeslag). Daardoor is de invordering van fiscale bestuurlijke geldelijke sancties niet goed vergelijkbaar met de andere bestuurlijke geldelijke sancties.⁷ Ten tweede is de terugvordering van Europese subsidies uitgezonderd van dit onderzoek. Dat komt omdat daar bijzondere Europese regels voor gelden (onder meer over de verjaringstermijn) die niet voor andere bestuurlijke geldelijke sancties gelden.

3. Wat zijn mijn bevindingen?

Hoewel in algemene zin de invordering van geldschulden uit bestuurlijke geldelijke sancties op grond van titel 4.4 Awb goed verloopt, blijken er wel een aantal knelpunten uit mijn onderzoek. Uit mijn onderzoek blijkt verder dat iedere sanctie zijn eigen bijzondere knelpunten heeft, maar dat de belangrijkste gesignaleerde knelpunten zich bij het merendeel van de sancties op vergelijkbare wijze voordoen. Deze knelpunten zijn: het getrapte effectueringsproces en de werking van de formele rechtskracht en het ontbreken van duidelijke criteria voor het afzien van in- of terugvordering.

3.1 De formele rechtskracht als knelpunt

Ten eerste is een gezamenlijk knelpunt het getrapte karakter van de sanctionering. Belanghebbenden komen met enige regelmaat niet tegen het sanctiebesluit op, maar tegen het effectueringsbesluit. In het sanctiebesluit zijn echter de belangrijkste onderwerpen opgenomen. Te weten: of er sprake is van een overtreding en of de sanctie evenredig is. Komt een belanghebbende niet tegen het sanctiebesluit op, dan wordt het sanctiebesluit onaantastbaar. In dat geval wordt uitgegaan van de rechtsgeldigheid en de rechtmatigheid van het sanctiebesluit (de ‘formele rechtskracht’). Dat betekent dat de rechtsgeldigheid en de rechtmatigheid van het sanctiebesluit niet meer aan de orde kan worden gesteld in het kader van een beroep tegen het effectueringsbesluit. *In extremis* heeft dit tot gevolg dat het kan

voorkomen dat de bestuursrechter bij de toetsing van het effectueringsbesluit moet constateren dat er een onrechtmatig sanctiebesluit ten uitvoer wordt gelegd, maar niet kan ingrijpen. Dat wringt met de evenredigheid. Ik heb daarom onderzocht of het niet mogelijk zou moeten zijn om de rechtmatigheidsfictie in bepaalde gevallen ter zijde te stellen, dan wel om daar een uitzondering op te maken, indien geconstateerd wordt dat een onrechtmatig sanctiebesluit ten uitvoer wordt gelegd. Mijn conclusie is dat het verlaten van de rechtmatigheidsfictie onwenselijk is. De rechtmatigheidsfictie is volgens mij namelijk onontbeerlijk voor het kunnen functioneren van de rechtsgeldigheidsleer. Het onrechtmatig achten van een rechtsgeldig besluit, leidt ertoe dat de rechtsgeldigheid van dat besluit uiteindelijk wordt ondermijnd. Immers, als de overheid aansprakelijk is voor de geleden schade als gevolg van het onrechtmatige besluit, dan zal de overheid er naar mijn mening alles aan willen doen om die aansprakelijkheid te doen eindigen of beperken. Doorgaans zal dat zijn door intrekking van het besluit. Dat zal er feitelijk toe leiden dat de rechtsgeldigheidsleer maar beperkte waarde heeft en dat doet afbreuk aan de daarmee gemoeide rechtszekerheid. Naar mijn mening is de rechtmatigheidsfictie dan ook een noodzakelijk kwaad. Het is nodig voor de rechtszekerheid.

De vervolgvraag is dan of een nuancering wel een oplossing zou zijn. Immers, denkbaar is dat specifiek bij invordering het aanvaardbaar zou kunnen zijn dat de rechtmatigheidsfictie niet onverkort wordt toegepast. In dat geval belet de rechter bij een ingreep bij het volgende besluit in de keten immers de uitvoering van een onterecht nadeel (de invordering van een dwangsom bijvoorbeeld). Dat appelleert sterk aan het rechtvaardigheidsgevoel. Een nuancering zou inhouden dat de leer van de formele rechtskracht zodanig zou worden versoepeld dat in evident onrechtvaardige gevallen toch een uitzondering kan worden gemaakt. In zijn conclusie van 4 april 2018⁸ maakt A-G Wattel kenbaar dat hij zich in een dergelijke lijn kan vinden. Volgens hem is het nuanceren van de formele rechtskracht bij de invordering van een dwangsom aanvaardbaar en nodig. De Afdeling heeft zijn voorstel in een uitspraak van 27 februari 2019⁹ inmiddels (gedeeltelijk) gevolgd. Daarin overweegt de Afdeling:

‘2.2. Mede gelet op de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152, genomen in zaak nr. 201605406/2/A1, welke zaak niet tot een uitspraak heeft geleid omdat het hoger beroep in die zaak is ingetrokken, overweegt de Afdeling 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 last onder 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 er geen overtreding is gepleegd en/of betrokkene geen overtreder is.’¹⁰

Ik kan mij niet in de conclusie van A-G Wattel vinden, noch in deze uitspraak.

Vooropgesteld, het betreft een beperkt aantal gevallen waarin deze uitzondering op de formele rechtskracht op zou gaan.¹¹ De bestaande uitzonderingen op de leer ondervangen al het leeuwendeel van de problemen. De rechtmatigheidsfictie strekt zich bijvoorbeeld niet uit tot feiten. Met andere woorden: als het eerste besluit in de keten is gebaseerd op onjuiste feiten, dan kan je dat bij de latere besluiten in de keten corrigeren. Daarnaast zijn er al uitzonderingen op de rechtmatigheidsfictie. De rechtmatigheidsfictie geldt niet als (1) het feit dat geen gebruik is gemaakt van het recht van bezwaar of beroep aan de overheid is toe te rekenen; (2) het bestuursorgaan de onrechtmatigheid van het onaantastbare besluit erkent en (3) de bestuursrechter in strijd heeft gehandeld met een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Kort samengevat: als de belanghebbende geen eerlijke kans heeft gehad om het besluit te betwisten of de overheid is het met hem eens.

In zoverre beperkt het probleem zich volgens mij tot die gevallen waarin het besluit is gebaseerd op de juiste feiten en waar de belanghebbende op zich wel verweten kan worden dat hij niet (tijdig) bezwaar of beroep heeft ingesteld tegen het eerste besluit in de keten,

maar waar de juridische gevolgtrekking die aan bepaalde feiten is gegeven in het eerste besluit zodanig onjuist is dat sprake is van een evident onrechtmatig besluit. De vraag is of daar een (aanvullende) uitzondering voor moet komen op de rechtmatigheidsfictie. Moet bij de beoordeling van het tweede besluit in de keten (of daaropvolgende besluiten) van de rechtmatigheid van het eerste besluit worden uitgegaan?

De argumenten voor het aannemen van een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht zijn de volgende. Het levert een rechtvaardige uitkomst op, terwijl de voordelen van de leer van de formele rechtskracht wel grotendeels behouden blijven. De met het aannemen van een uitzondering gemoeide inbreuk op de rechtszekerheid is aanvaardbaar, omdat de rechtszekerheid in dat soort gevallen alleen de overheid ten goede komt, terwijl die daar geen recht op heeft gelet op de (evidente) onrechtmatigheid van het besluit. Bovendien is een dergelijke uitzondering burgervriendelijk en past het bij een reëler burgerbeeld om de burger die nalaat om bezwaar en beroep in te stellen in schrijnende gevallen zijn fout te vergeven. Verder past het aannemen van een uitzondering bij hoe de bestuursrechter steeds indringender is gaan toetsen, gelet op de terugtrekkende overheid. Tot slot ziet het ingrijpen bij ketenbesluitvorming meestal op het voorkomen dat de overheid de burger onterecht nadeel toebrengt, wat erger is dan wanneer de burger onterecht een voordeel wordt onthouden (zoals de civiele rechter doet).

De argumenten tegen het aannemen van een uitzondering zijn de volgende. De uitzondering raakt niet alleen de rechtmatigheidsfictie, het leidt ertoe dat een rechtsgeldig besluit niet meer ten uitvoer kan worden gelegd. Dat is een zeer grote ingreep in de werking van het bestuursrecht. Het doorkruist namelijk een aantal kernregels in ons bestuursrecht. De bestuursrechter toetst immers een ander besluit dan waartegen beroep is ingesteld, hecht geen waarde aan het feit dat niet binnen zes weken beroep is ingesteld tegen dat besluit en houdt een onaantastbaar besluit bovendien niet voor geldig. Daarnaast is een uitzondering op een procedurele regel omwille van de materiële rechtvaardigheid juist inherent onrechtvaardig. Het is niets anders dan het bij gelegenheid aanpassen van de spelregels om één partij te laten winnen. Dat is onrechtvaardig omdat de gelding en werking van procedurele spelregels niet afhankelijk zouden moeten zijn van de vraag of iemand eigenlijk materieel gelijk zou moeten krijgen. De uitzondering ondermijnt ook de rechtszekerheid. Een onaantastbaar besluit bestaat daardoor niet meer. Ook in de toepassing zal de uitzondering leiden tot rechtsonzekerheid. Wat is een 'evident' onrechtmatig besluit? Het is een hellend vlak. Het aannemen van de uitzondering maakt verder een relatief eenvoudige en duidelijke rechtsregel ('klaar is klaar') een stuk complexer ('klaar is klaar, tenzij het 'evident' onrechtmatig is'). De uitzondering maakt zo heel het bestuursrecht ingewikkelder, tijdrovender en duurder. Dit terwijl de burger ook een verwijt valt te maken bij een evident onrechtmatig besluit. Als hij gewoon had gedaan wat hij had moeten doen, dan zat hij niet met een onrechtmatig besluit. Voorts tast het op deze manier bijsturen van de uitkomst van een procedure ook de geloofwaardigheid en houdbaarheid van andere procedurele regels aan. Immers, als het aanvaardbaar is om een procedurele regel terzijde te stellen omdat iemand materieel gezien 'echt gelijk' heeft, waarom moet bijvoorbeeld dan wel nog het gezag van gewijsde blijven bestaan? Verder past de uitzondering niet in het systeem van de formele rechtskracht. Het is inconsistent, terwijl voor de geloofwaardigheid van het systeem consistentie juist heel belangrijk is. Tot slot: de bestuursrechter geeft met het aannemen van deze uitzondering het slechte voorbeeld aan de civiele rechter. Als de bestuursrechter de formele rechtskracht niet toepast omdat een besluit 'evident' onrechtmatig is, waarom zou de civiele rechter dat dan niet ook moeten kunnen? Het gaat er dan toch om dat de onrechtvaardige uitkomst wordt voorkomen?

Mijn conclusie is dat de prijs die voor iets meer rechtvaardigheid moet worden betaald te hoog is. Mijn belangrijkste bezwaar is dat ik het aannemen van de uitzondering inconsistent acht met het hanteren van de spelregels zoals wij die nu hebben in het bestuursrecht. Het kruist dwars door het onderwerp van het geschil in het bestuursrecht (een ander besluit wordt beoordeeld dan waartegen beroep is ingesteld), het negeert de termijn voor het instellen van bezwaar en beroep (aangezien na die termijn het besluit alsnog wordt beoordeeld) en het laat de rechtsgeldigheidsleer buiten toepassing (nu een onaantastbaar

besluit niet voor geldig wordt gehouden). Het raakt daarmee de logica, de begrijpelijkheid en de duidelijkheid van de spelregels. Ik heb daar dus principiële moeite mee – ook al is het doel van die ingreep op zich lovenswaardig. Ook heb ik principieel moeite met het *ad hoc* aanpassen van een procedurele regel om een andere materiële uitkomst in het individuele geval te bewerkstelligen: dat is niets anders dan het achteraf aanpassen van de spelregels om één partij alsnog te laten winnen.

Ondanks mijn principiële bezwaren zou de ingreep voor mij nog aanvaardbaar zijn als er sprake zou zijn van een schrijnende situatie waar de burger niets aan kon doen, maar dat is hier niet het geval. De burger heeft immers zelf nagelaten om bezwaar en beroep in te stellen. Tot slot zou de uitzondering voor mij nog misschien te billijken zijn als de kosten van de ingreep beperkt zouden zijn, maar ook dat is niet het geval. De uitzondering maakt het bestuursrecht significant complexer, rechtsonzekerder en duurder, terwijl er maar een heel beperkt probleem mee wordt opgelost. Het aannemen van een uitzondering op de formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming en invordering dient de rechtvaardigheid 'op de vierkante millimeter', maar brengt te hoge kosten op systeemniveau met zich mee om het (voor mij) te rechtvaardigen.

Kortom: ik pleit tegen het aannemen van een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming in het bestuursrecht.¹²

3.2 Wanneer moet de overheid afzien van invordering?

Ten tweede is er de vraag wanneer de overheid in redelijkheid moet afzien van in- of terugvordering, ondanks dat de sanctie verschuldigd is. Het knelpunt hier is dat het onduidelijk is wanneer dat het geval is. Uit dit onderzoek blijkt dat de materiële criteria en uitkomsten van de toetsingen bij de invordering van dwangsommen,¹³ kostenverhaal bij bestuursdwang¹⁴ en de terugvordering van subsidie¹⁵ bij wijze van sanctie, zeer goed vergelijkbaar zijn en dat er criteria geformuleerd kunnen worden voor elke sanctie wanneer moet worden afgezien van effectuering. De formele toetsingscriteria die nu worden gehanteerd verschillen echter per sanctie en zijn verder weinig inzichtelijk voor rechtszoekenden, reden waarom ik heb onderzocht in hoeverre harmonisatie van deze toetsingskaders mogelijk en wenselijk is (hier kom ik verderop in deze slotbeschouwing op terug). In het kader van dit tweede knelpunt was ook een belangrijke vraag of draagkracht en verwijtbaarheid wel een rol zouden moeten spelen bij de toetsing van de effectuering van een herstelsanctie, mede gelet op het feit dat deze aspecten zich niet goed verhouden tot het herstellende karakter van de sanctie. Het bleek dat deze factoren wél een rol spelen bij het besluit tot intrekking van een subsidie, maar niet bij de last onder bestuursdwang of dwangsom. Naar mijn mening ten onrechte. Draagkracht en verwijtbaarheid zijn volgens mij niet relevant voor het opleggen van een herstellende sanctie omdat enkel de rechtmatige toestand wordt hersteld. Het is geen straf. Hoewel men in het verlengde daarvan ook zou kunnen betogen dat draagkracht en verwijtbaarheid niet relevant kunnen zijn bij de tenuitvoerlegging (omdat ook dat onderdeel is van een herstelsanctie), meen ik toch dat in dat stadium draagkracht en verwijtbaarheid wél een rol moeten spelen. Dat komt omdat, hoewel het herstellende sancties zijn (en dus geen straffen), er nog steeds sprake is van een sanctie. Vanuit het perspectief van de evenredigheid is het niet aanvaardbaar dat bij een sanctie nooit wordt gekeken naar de persoonlijke omstandigheden van diegene die wordt gesanctioneerd. Nu uit mijn onderzoek ook blijkt dat de civiele rechter deze omstandigheden in de executiefase niet meeweegt, is mijn conclusie dat draagkracht en verwijtbaarheid inderdaad een rol moeten spelen bij de beoordeling van het besluit om de sanctie te effectueren. Daarnaast heb ik onderzocht wanneer deze aspecten doorslaggevend kunnen zijn en het bestuursorgaan moeten nopen om af te zien van invordering. Mijn conclusie is dat dit slechts in uitzonderlijke situaties het geval zal kunnen zijn, mede gelet op het belang bij het ten uitvoer leggen van de sanctie, het bestaan van de beslagvrije voet en de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen. Voor wat betreft de draagkracht heeft de Afdeling inmiddels

geoordeeld dat een gebrek aan draagkracht onder uitzonderlijke omstandigheden inderdaad moet leiden tot het afzien van invordering.¹⁶

De herziening en terugvordering van uitkeringen blijkt af te wijken van de andere herstelsancties. Dat komt omdat de wetgever ervoor heeft gekozen om de herziening en terugvordering van uitkeringen in de meeste gevallen wettelijk verplicht te maken. Het betreffen derhalve zogenaamde gebonden bevoegdheden waarbij het bestuursorgaan geen belangenafweging mag maken – in tegenstelling tot de andere discretionaire bevoegdheden waar nog wel een belangenafweging plaatsvindt. Wel kan alsnog worden afgezien van terugvordering als daartoe een ‘dringende reden’ bestaat.¹⁷ In de sinds 2009 gepubliceerde jurisprudentie aangaande de terugvordering van uitkeringen waarop titel 4.4 Awb van toepassing is (circa 3.000 uitspraken), heb ik echter geen enkel geval mogen aantreffen waarin geconcludeerd wordt dat er een dringende reden aanwezig is om af te zien van de terugvordering van een uitkering bij wijze van sanctie. Dat wijst erop dat bij uitkeringen die bij wijze van sanctie worden teruggevorderd, er (als vaststaat dat de sanctie verschuldigd is) nooit aanleiding is om het belang van de burger zwaarder wegend te achten dan het belang van de overheid. Het enige knelpunt bij de terugvordering van uitkeringen bij wijze van sanctie bleek de werking van de formele rechtskracht te zijn. Zoals hiervoor uiteengezet is de formele rechtskracht een noodzakelijk kwaad, zodat dit knelpunt niet te ondervangen is.

Uit het onderzoek blijkt verder dat de bestuurlijke boete voor wat betreft de invordering geen bijzondere knelpunten kent. De bestuurlijke boete was verder ook niet goed te vergelijken met de andere sancties in dit onderzoek. Niet alleen vanwege het punitieve karakter, maar ook omdat de bestuurlijke boete de enige sanctie is waarbij de oplegging en de invordering (vrijwel) altijd gelijktijdig geschiedt.¹⁸ Het onderscheid tussen oplegging en effectuering is bij de bestuurlijke boete derhalve niet goed waarneembaar. Daardoor doet zich ook niet het knelpunt van de formele rechtskracht voor (die bij de overige, getrapte, sancties juist het belangrijkste knelpunt is).

Voor wat betreft de vraag of er een gezamenlijk toetsingskader denkbaar is: de effectuering van de last onder dwangsom, de last onder bestuursdwang en de terugvordering van subsidie bij wijze van sanctie, bleken veel overeenkomsten te hebben. De drie sancties hebben allemaal een reparatoir karakter, worden alle drie via een getrappt proces ingevorderd (eerst wordt de sanctie opgelegd, dan wordt hij ingevorderd) en het zijn alle drie discretionaire invorderingsbevoegdheden zodat er in het kader van de effectuering nog een belangenafweging kan (en moet) plaatsvinden. Bij de bestuurlijke boete ontbreekt het getrapte karakter en bij de terugvordering van uitkeringen is sprake van een gebonden bevoegdheid (zodat er geen belangenafweging plaatsvindt) – die vielen dus al af.

In het kader van de belangenafweging bij de invordering van een dwangsom, het kostenverhaal bij bestuursdwang en het terugvorderen van een subsidie bij wijze van sanctie, is bij alle drie het uitgangspunt dat de sanctie ten uitvoer wordt gelegd, tenzij er sprake is van ‘onaanvaardbare gevolgen’ (de terugvordering van subsidies), ‘bijzondere omstandigheden’ (de invordering van dwangsommen) of ‘bijzondere omstandigheden, dan wel het gebrek aan verwijtbaarheid en de mate waarin het algemene belang betrokken is bij de toepassing van bestuursdwang of de hoogte van de kosten tot matiging nopen’ (het kostenverhaal bij bestuursdwang).

De terugvordering van subsidies bleek qua toetsing niet goed te vergelijken met het kostenverhaal en de invordering van een dwangsom. Dat komt met name omdat de sanctie (het intrekken van de subsidie) in de praktijk geen voorwaardelijk karakter heeft, in tegenstelling tot de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang. Daardoor wordt het intrekken van een subsidie indringender getoetst en komt er ook minder aan de orde in het kader van de terugvordering van de subsidie. Die liet ik dus verder buiten beschouwing.

Volgens mij is er wel ruimte om een gezamenlijk toetsingskader te hanteren voor het kostenverhaal bij bestuursdwang en de invordering van een dwangsom. Anders dan A-G Wattel (die meer ruimte ziet voor het afzien van invordering bij dwangsommen omdat dat

'windfall profit' is, ofwel 'gratis geld' voor de overheid, terwijl kostenverhaal schadevergoeding is),¹⁹ meen ik dat er geen onderscheid moet worden gemaakt tussen de twee sancties als het op de invordering aankomt. Volgens mij is het belang bij het opeisen van de geldschuld in alle twee de gevallen even groot en is de belangenafweging in essentie dezelfde. Verder blijken de gevallen waarin moet worden afgezien van invordering tot op zekere hoogte vergelijkbaar met elkaar. Ik heb daarom getracht om toetsingscriteria te formuleren. Deze zijn als volgt. Van invordering moet worden afgezien als:

De omstandigheid wordt niet gedekt door de formele rechtskracht van de sanctiebeschikking.

EN

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

OF

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

Gelet hierop heb ik een voorstel gedaan om een geharmoniseerde rechtsoverweging te introduceren in de rechtspraak ten aanzien van de invordering van dwangsommen en het kostenverhaal bij bestuursdwang. Mijn voorstel aan de bestuursrechter is om de volgende overweging te hanteren:

'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.'

3.3 Andere knelpunten

Vervolgens heb ik onderzocht of er knelpunten zijn ten aanzien van de accessoire (bijkomende) beschikkingen, waarbij de overtreder bijvoorbeeld uitstel van betaling wordt verleend, de sanctie wordt kwijtgescholden dan wel verrekend, of de wettelijke rente wordt ingevorderd. Uit mijn onderzoek blijkt dat de bestuursrechter voor de normering van de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan om al dan niet een accessoire beschikking te nemen (met uitzondering van de wettelijke rente) aansluit bij het toetsingskader voor de vraag of de sanctie moet worden geëffectueerd.²⁰ Met andere woorden, het besluit om geen uitstel van betaling te verlenen bij de invordering van dwangsommen wordt getoetst aan de beginselplicht tot invordering en het besluit om geen uitstel van betaling te verlenen bij de terugvordering van subsidies bij wijze van sanctie wordt getoetst aan artikel 3:4 Awb.²¹

Accessoire beschikkingen blijken derhalve voor de materiële normering gekoppeld aan het onderliggende effectueringsbesluit. De uitzondering daarop is als het bestuursorgaan beleid heeft vastgesteld omtrent wanneer het al dan niet een bepaalde accessoire beschikking neemt. Is er beleid vastgesteld, dan toetst de bestuursrechter het besluit om al dan niet een accessoire beschikking te nemen aan dat beleid. Ik heb de koppeling van het accessoire besluit met het effectueringsbesluit niet gecategoriseerd als een knelpunt. De reden daarvoor is dat ik meen dat het terecht is dat de normering van de accessoire beschikkingen in beginsel gelijk is aan het besluit om te effectueren. Dat komt omdat een accessoire beschikking (zoals het kwijtschelden of het verlenen van uitstel) tot gevolg kan hebben dat feitelijk niet meer wordt in- of teruggevorderd. Als er dus een andere materiële norm zou gelden voor dat besluit, dan zou de overtreder (bijvoorbeeld) niet kunnen afdwingen dat wordt afgezien van invordering, maar wel dat de sanctie wordt kwijtgescholden. Dat zou een vreemde situatie opleveren en bovendien de effectiviteit van de handhaving ondermijnen. De concentratiebepalingen in artikel 4:125, 5:31c en 5:39 Awb leveren verder een belangrijke proceseconomische bijdrage voor de praktijk, maar zorgen ook voor onduidelijkheden. Ik heb een tweetal knelpunten geïdentificeerd. Ten eerste is artikel 4:125 Awb blijkens de letterlijke tekst van het artikel niet van toepassing op de invordering van dwangsommen. Ten tweede levert de betwistingseis onnodige discussies op.²² Ten aanzien van het eerste knelpunt stel ik voor om artikel 4:125 Awb van overeenkomstige toepassing te verklaren in artikel 5:39 Awb ten aanzien van de invordering van dwangsommen. Ten aanzien van het tweede knelpunt stel ik voor om in artikel 4:125 Awb, artikel 5:31c en 5:39 Awb de zinsnede '*voor zover de belanghebbende deze betwist*' te vervangen door '*tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben*'.

De executiefase (het uitvoeren van een dwangbevel en de toetsing van het dwangbevel door de civiele rechter) heb ik ook onderzocht. Uit mijn onderzoek blijkt dat de rol van de civiele rechter bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties sinds de invoering van de vierde tranche van de Awb teruggebracht is tot een bescheiden omvang. De civiele rechter oordeelt thans slechts nog over het 'klassieke' executiegeschil. De rechtmatigheid van het bestuursrechtelijke besluit (de titel) en daarmee de vraag of de sanctie verschuldigd is en of deze ten uitvoer kan worden gelegd, kan in het executiegeschil in beginsel niet meer aan de orde komen.²³ Uit dit onderzoek blijkt dat de civiele rechter deze bevoegdheidsverdeling bij onherroepelijke besluiten respecteert. Bij de executie van een nog niet-onherroepelijk besluit verricht de civiele rechter vaak wel alsnog een inhoudelijke toetsing van de besluiten verricht in het kader van de toetsing of executie hangende de onherroepelijkheid van het besluit niet misbruik van recht is (gelet op de kans dat het besluit in beroep alsnog onderuit gaat). De intensiteit van de toetsing varieert al naar gelang het besluit zich verder in de bestuursrechtelijke procedure bevindt. Heeft de bestuursrechter zich nog niet uitgelaten over het besluit, dan kan de toetsing vrij intensief zijn. Dit lijkt mij een juiste benadering. Problematisch in de executiefase is de bescherming van de schuldenaar. Deze blijkt tekort te schieten en dat acht ik een knelpunt. Hoewel het rechtsstelsel voorziet in de bescherming van schuldenaren die niet kunnen betalen door middel van enerzijds de beslagvrije voet (en de beslagverboden) en anderzijds door middel van de mogelijkheid voor schuldenaren om hun schulden te saneren via de Wet schuldsanering natuurlijke personen, blijkt die bescherming niet altijd toereikend. Met name de beslagvrije voet functioneert in de praktijk niet goed. Daardoor komt het voor dat mensen feitelijk niet in hun bestaan kunnen voorzien. Dat acht ik zeer problematisch, maar de oplossing voor dit knelpunt ligt mijns inziens in het aanpassen van de (systematiek van de) beslagvrije voet. Ik zie geen aanleiding om het bestuursrecht, of de bestuursrechter, hier een rol in te laten spelen. Dat komt omdat het ingrijpen door de bestuursrechter betekent dat de sanctie nooit meer kan worden geëffectueerd (het besluit wordt immers vernietigd), terwijl afzien van invordering door de overheid de burger niet van zijn andere schulden verlost. Dit betekent dat bestuursrechtelijk ingrijpen de overheid (en de belastingbetaler) benadeelt, terwijl de burger er weinig mee opschiet.

Het thema van de verjaring en het verval bij de in- en terugvordering heeft de afgelopen jaren voor veel rechtspraak gezorgd. In mijn proefschrift heb ik ook de regeling hiervoor in titel 4.4 Awb onderzocht. Daaruit blijkt dat de regeling op dit punt in grote lijnen goed werkt, maar dat er twee knelpunten zijn. Ten eerste kent artikel 4:104 Awb geen vervaltermijn voor de bevoegdheid om de betalingsbeschikking te nemen. Bij subsidies, uitkeringen en de

bestuurlijke boete is dat op zich geen probleem omdat daar bijzondere vervalltermijnen voor de intrekings-/ herzienings-/sanctioneringsbevoegdheden gelden. Het kostenverhaal bij bestuursdwang kent echter niet een dergelijke termijn. Dat acht ik een knelpunt omdat het betekent dat een bestuursorgaan tot in lengte der dagen kan wachten met het kostenverhaal. Dat dit in de praktijk tot onwenselijke situaties kan leiden blijkt ook uit een na het verschijnen van mijn proefschrift gedane uitspraak.²⁴ Om dit knelpunt te ondervangen heb ik voorgesteld om een lid 3 voor artikel 4:104 Awb toe te voegen, afgeleid van artikel 17.17 Wv, welk lid 3 als volgt zou kunnen luiden:

‘3. De bevoegdheid om de verplichting tot betaling van een geldsom vast te stellen vervalt indien vijf jaren zijn verstreken sinds de dag waarop de bevoegdheid is komen te ontstaan of na de dag waarop de schuldenaar bekend is geworden, indien deze dag later valt.’

Ten tweede leidt de terminologie van artikel 5:35 Awb tot verwarring omdat deze afwijkt van de terminologie van de rest van de vierde tranche. Als oplossing voor dit knelpunt heb ik voorgesteld om artikel 5:35 Awb te herformuleren. Artikel 5:35 lid 1 Awb zou dan als volgt kunnen luiden:

‘in afwijking van artikel 4:104 Awb verjaart de rechtsvordering tot betaling van een dwangsom door verloop van een jaar na de dag waarop de dwangsom is verbeurd’.

Tot slot onderzocht ik de positie van de derdebelanghebbende bij de in- en terugvordering van bestuurlijke geldelijke sancties. Hieruit blijkt dat de positie en de belangen van de derdebelanghebbende over het algemeen goed zijn gewaarborgd, behalve ten aanzien van de mogelijkheden van de derdebelanghebbende in verband met de verjaring van de invorderingsbevoegdheid bij dwangsommen – waar de derdebelanghebbende gelet op de Awb eigenlijk niets tegen kan doen (hoewel de Afdeling een ontsnappingsmogelijkheid heeft gecreëerd). Dit knelpunt kan mijns inziens worden ondervangen door aan artikel 4:104 Awb een lid 4 toe te voegen die luidt: ‘*Op verzoek van een belanghebbende stuit het bestuursorgaan onverwijld de verjaringstermijn*’, met daaraan gekoppeld een verwijzing in artikel 5:37 Awb waarin deze bepaling bij dwangsommen van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

4. Samenvatting knelpunten en mijn oplossingen

Uit dit onderzoek blijkt dat er bij de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties een aantal knelpunten zijn. Onder ieder van de knelpunten heb ik ook mijn reactie of oplossing samengevat.

1. De leer van de formele rechtskracht bij een getrap invorderingsproces betekent dat onder omstandigheden een onrechtmatig sanctiebesluit wordt geëffectueerd zonder dat de bestuursrechter dit kan voorkomen.

Reactie: ik ben van mening dat het niet mogelijk is om de rechtmatigheidsfictie te verlaten, dan wel een uitzondering te maken voor onrechtmatige sanctiebesluiten zonder daarbij (indirect) afbreuk te doen aan de rechtsgeldigheidsleer. Door afbreuk te doen aan de rechtsgeldigheidsleer wordt de rechtszekerheid op een voor mij onaanvaardbare manier ondergraven. Binnen het huidige bestuursrecht met het besluit als onderwerp van geschil en rechtsingang en bij de huidige rechtsmachtverdeling zie ik dan ook geen mogelijkheid om dit knelpunt te ondervangen op een praktische, effectieve en evenredige wijze.

2. Er is onduidelijkheid over de vraag of draagkracht en verwijtbaarheid mee moeten wegen bij de vraag of de overheid toch moet afzien van de effectuering van een herstelsanctie.

Reactie: mijn conclusie is dat deze onderwerpen aan de orde moeten komen in het kader van de toetsing van het effectueringsbesluit. Immers, hoewel de onderwerpen zich niet goed verdragen met het herstellende karakter van de sancties, kan naar mijn mening niet in redelijkheid worden afgezien van een toetsing van de effecten van het uitvoeren van de sanctie in het individuele geval. Nu deze onderwerpen (bij de last onder bestuursdwang en dwangsom) niet aan de orde komen bij het sanctiebesluit en ook niet door de civiele rechter in de executiefase worden meegewogen, dient naar mijn mening een toetsing in het kader van het effectueringsbesluit van deze omstandigheden plaats te vinden. Wel zullen dit zeer uitzonderlijke situaties moeten zijn vanwege het grote belang bij invordering. Mijn conclusie is dat de bestuursrechter in drie gevallen het belang van het individu om gevrijwaard te blijven van de effectuering van de discretionaire bestuurlijke geldelijke herstelsanctie zwaarder moet wegen dan het belang bij invordering. Deze zijn: i) als de burger geen enkel verwijt treft, ii) als de overheid een zwaar verwijt treft en iii) als de burger zodanig beperkt draagkrachtig is dat vaststaat dat hij de rest van zijn leven de schuld zal moeten afbetalen, zonder dat hij enig zicht heeft op het daadwerkelijk kunnen afbetalen van die schuld. Bij dit laatste criterium moet de bestuursrechter er in beginsel vanuit gaan dat de beslagvrije voet en de schuldsaneringsregeling voor de schuldenaar beschikbaar zijn, zodat hij zodoende in beginsel kan blijven voorzien in zijn bestaan en een redelijk uitzicht heeft op een schuldenvrij bestaan. Er zal dus niet snel sprake kunnen zijn van een bijzondere omstandigheid gelet op de verwijtbaarheid en draagkracht. Voor wat betreft de draagkracht lijkt de Afdeling mijn standpunt hierin te volgen.²⁵

3. Verwijtbaarheid en draagkracht worden wel relevant geacht bij de intrekking van een subsidie bij wijze van herstelsanctie, terwijl deze niet relevant worden geacht voor de oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang.

Reactie: Ik meen dat de CRvB, het CBb en de ABRvS ten onrechte de draagkracht en de verwijtbaarheid betrekken bij de beoordeling van het besluit tot intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie. Mijns inziens zou moeten worden aangesloten bij de rest van het (herstel)sanctierecht, waarbij verwijtbaarheid en draagkracht niet relevant zijn voor het opleggen van de sanctie, maar wel voor de effectuering daarvan.

4. Er wordt afwijkende terminologie gehanteerd voor de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang met betrekking tot de vraag of de sanctie moet worden geëffectueerd.

Reactie: Dit knelpunt kan worden ondervangen door een geharmoniseerd toetsingskader te formuleren (zie onder 5).

5. Er worden afwijkende criteria gehanteerd voor de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang met betrekking tot de vraag of er in het bijzondere geval een reden is om af te zien van effectuering van de sanctie.

Reactie: Dit knelpunt kan worden ondervangen door een geharmoniseerd toetsingskader te formuleren. Mijn voorstel daarvoor kan worden gevonden op pagina 59 van dit tijdschrift.

6. Er is onduidelijkheid over de vraag of de redelijkheid van het kostenverhaal bij de kostenverhaalsbeschikking of de bestuursdwangbeschikking aan de orde zouden moeten (kunnen) komen.

Reactie: Mijn voorstel is om deze verwarring weg te nemen door artikel 5:25 lid 2 Awb aan te passen in die zin dat de tekst 'in hoeverre' uit het lid wordt geschrapt.

7. Een vervaltermijn in artikel 4:104 Awb ten aanzien van de betalingsbeschikking in artikel 4:86 Awb ontbreekt.

Reactie: Ik stel voor om een lid 3 in artikel 4:104 Awb op te nemen waarin alsnog een algemene vervaltermijn wordt opgenomen voor de betalingsbeschikking:

‘3. De bevoegdheid om de verplichting tot betaling van een geldsom vast te stellen vervalt indien vijf jaren zijn verstreken sinds de dag waarop de bevoegdheid is komen te ontstaan of na de dag waarop de schuldenaar bekend is geworden, indien deze dag later valt’.

8. De letterlijke tekst van artikel 4:125 Awb staat toepassing daarvan bij de invordering van dwangsommen in de weg.

Reactie: Mijn voorstel is om artikel 4:125 Awb van overeenkomstige toepassing te verklaren op de invordering van dwangsommen door toevoeging van een lid 5 in artikel 5:39 Awb:

‘5. Artikel 4:125 is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van bijkomende beschikkingen betrekking hebbende op de beschikking die strekt tot invordering van de dwangsom’.

9. De betwistingseis in artikel 4:125, 5:31c en 5:39 Awb levert onnodige verwarring op in de praktijk.

Reactie: Ik stel voor om in artikel 4:125 Awb, artikel 5:31c en 5:39 Awb de zinsnede ‘voor zover de belanghebbende deze betwist’ te vervangen met ‘tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben’.

10. De schuldenaar wordt in de praktijk onvoldoende beschermd.

Reactie: Volgens mij is de tekortschietende bescherming van de schuldenaar en de bij tijden kwalijke rol van de overheid als schuldeiser terug te brengen tot (i) een beslagvrije voet die te complex is en die niet goed wordt toegepast, (ii) bevoegdheden en kosten in de bijzondere wet die veel verder strekken dan waarin titel 4.4 Awb voorziet en (iii) een uitvoeringsprobleem ten aanzien van de wijze waarop de overheid contact zoekt met de burger. Met betrekking tot (i) en (ii) zie ik een taak voor de wetgever. Ten aanzien van (iii) zie ik een taak voor de overheid om de invorderingsprocessen meer in te richten conform de Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden die door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is opgesteld,²⁶ alsook de aanbevelingen van de Nationale Ombudsman in zijn rapport *In het krijt bij de overheid*.²⁷

11. De terminologie van artikel 5:35 Awb zorgt voor verwarring over de werking van het artikel.

Reactie: Ik stel voor om artikel 5:35 Awb ter herformuleren zodat er geen verwarring meer bestaat over de werking van het artikel:

‘In afwijking van artikel 4:104 Awb verjaart de rechtsoverheid tot betaling van een dwangsom door verloop van een jaar na de dag waarop de dwangsom is verbeurd’.

12. Een wettelijke mogelijkheid voor de derdebelanghebbende om de verjaring van de rechtsoverheid van een bestuurlijke geldelijke sanctie te voorkomen ontbreekt.

Reactie: Ik stel voor om een wettelijke mogelijkheid op te nemen voor de derdebelanghebbende om de verjaring te voorkomen door in artikel 4:104 Awb een lid 4 op te nemen die van overeenkomstig toepassing wordt verklaard in artikel 5:35 Awb voor wat betreft de dwangsom in de vorm van een lid 4 voor artikel 4:104 Awb:

‘Op verzoek van een belanghebbende stuit het bestuursorgaan onverwijld de verjaringstermijn’.

5. Conclusie

Met dit onderzoek beoogde ik een geïntegreerd en volledig beeld te geven van de effectuering van bestuurlijke geldelijke sancties onder de vierde tranche van de Awb. Daartoe heb ik het proces van besluit om in te vorderen tot de executie van het dwangbevel in beeld gebracht. De knelpunten in de regeling zijn geïdentificeerd en waar mogelijk heb ik oplossingen aangedragen die praktisch, effectief en evenredig zijn met het oog op de belangen van de verschillende bij handhaving betrokken partijen (de overheid, de overtreder en de derde-belanghebbende).

Alles overziend is mijn conclusie dat de regeling in de Awb voor de invordering van bestuurlijke geldelijke herstelsancties voldoet aan mijn criteria van praktisch, effectief en evenredig en slechts een beperkt aantal knelpunten heeft. De regeling kan echter nog worden verbeterd (lees: nog praktischer, effectiever en evenrediger gemaakt worden) door de door mij gesignaleerde knelpunten te ondervangen. Daarbij zijn zowel wetgever als bestuursrechter aan zet.

Teleurstellend is wel dat de twee belangrijkste knelpunten die uit dit onderzoek blijken volgens mij niet binnen het (huidige) bestuursrecht kunnen worden ondervangen. Ten eerste knelt blijkens dit onderzoek bij de invordering van bestuurlijke geldelijke herstelsancties de leer van de formele rechtskracht (de rechtmatigheidsfictie). Het zal altijd blijven wringen dat een onaantastbaar, doch onrechtmatig, sanctiebesluit ten uitvoer kan worden gelegd. Ik acht dat echter een noodzakelijk kwaad omdat de rechtmatigheidsfictie noodzakelijk is om de rechtszekerheid te waarborgen. Pas als het besluit als rechtsingang en (enig) onderwerp van toetsing binnen het bestuursrecht, en de huidige rechtsmachtverdeling, worden verlaten is er volgens mij uitzicht op het oplossen van dit knelpunt. Naar mijn mening is dit knelpunt op zichzelf bezien voorts onvoldoende om een dergelijke ingrijpende wijziging van het bestuursrecht te rechtvaardigen.

Ten tweede knelt blijkens dit onderzoek dat de schuldenaar vaak niet de bescherming krijgt die nodig is. Dat komt onder meer omdat de beslagvrije voet niet goed functioneert in de praktijk, maar ook door de bevoegdheden en kosten in de bijzondere wet die verder strekken dan titel 4.4 Awb. Ook dit knelpunt kan niet binnen het huidige bestuursrecht of door de bestuursrechter worden opgelost, maar dient door de wetgever te worden ondervangen door een eenvoudiger en effectiever stelsel te implementeren in het civiele recht en te bezien of de bevoegdheden in de bijzondere wet wel wenselijk zijn gelet op de gesignaleerde negatieve neveneffecten.

Mr. dr. T.N. (Thomas) Sanders

Thomas Sanders is advocaat bij AKD te Breda en Eindhoven.

1) L.M. Koenraad, Effectuering van bestuurlijke sancties. Een bespreking van T.N. Sanders, 'Invordering door de overheid. De invordering van geldschulden uit herstelsancties onder de Awb, *NTB* 2019/2.

2) ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:466.

3) Conclusie A-G Wattel 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152,

4) ABRvS 6 februari 2019, *AB* 2019/157 m.nt. T.N. Sanders.

5) Onder het criterium 'praktisch' versta ik eenvoudig en duidelijk. Onder het criterium 'effectief' versta ik doeltreffend. Onder het criterium 'evenredig' versta ik evenwichtig gelet op de belangen van de overheid, de overtreder en de derdebelanghebbende. Ik heb

voor deze criteria gekozen omdat dit de criteria zijn die naar mijn mening het beste samenvatten waar de regeling volgens mij aan zou moeten voldoen.

6) T.N. Sanders, Liever rechtszekerheid dan rechtvaardigheid? De formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming in het bestuursrecht, in: *De toekomst van de formele rechtskracht*, VAR-preadviezen 2019 (Den Haag, 2019), p. 71-135.

7) Zie voor een overzicht van de verschillen tussen het fiscale invorderingsrecht en titel 4.4 Awb: T.N. Sanders, 'Het fiscale invorderingsrecht en de bestuursrechtelijke geldschuldenregeling: tijd om van een lappendeken een harmonieuze mantel te maken?', *MBB2016/04*.

8) Conclusie A-G Wattel, 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152, r.o. 7.2.23.

9) ABRvS 2 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:466.

10) ABRvS 2 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:466.

11) Dit onderdeel van dit artikel is afkomstig uit: T.N. Sanders, Liever rechtszekerheid dan rechtvaardigheid? De formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming in het bestuursrecht, in: *De toekomst van de formele rechtskracht*, VAR-preadviezen 2019 (Den Haag, 2019), p. 71-135.

12) T.N. Sanders p.122-123.

13) ABRvS 28 december 2016, *AB2017/48* m.nt. T.N. Sanders.

14) ABRvS 23 augustus 2017, *AB2017/349* m.nt. C.M.M. van Mil.

15) Rb. Midden-Nederland 2 mei 2016, ECLI:NL:RBNME:2016:2331.

16) ABRvS 6 februari 2019, *AB2019/157* m.nt. T.N. Sanders.

17) CRvB 19 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4451.

18) Zie voor een witte raaf: CRvB 20 januari 2016, *AB2016/225*, m.nt. T.N. Sanders.

19) Conclusie A-G Wattel, 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152.

20) Zie bijvoorbeeld ABRvS 29 augustus 2012, *AB2013/423*, m.nt. M.M. Claessens.

21) ABRvS 18 maart 2015, *AB2015/245*, m.nt. L.D. van Kleef-Ruigrok.

22) Zie bijvoorbeeld: CBb 18 januari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ3253.

23) Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 november 2013, *AB2014/56*, m.nt. T.N. Sanders.

24) ABRvS 13 februari 2019, *AB2019/155* m.nt. T.N. Sanders.

25) ABRvS 6 februari 2019, *AB2019/157* m.nt. T.N. Sanders.

26) Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Handreiking behoorlijke en effectieve invordering van geldschulden, 2016.

27) Y.M. van der Vlugt, W.C.P. van den Berg, en M.M. van Steenberghe, *In het krijt bij de overheid*, Nationale Ombudsman, januari 2013.