

Reactie op mr. L.M. Koenraad (Gst. 2014/9)

Gst. 2014/10

Allereerst dank ik Koenraad voor zijn ondanks aanvallende opstandigheid waarderende reactie.

Zijn oplossing voor het gesignaleerde probleem van mogelijke verjaring van dwangsommen lijkt mij deugdelijk: in de Memorie van Toelichting bij art. 4:94 Awb¹ is gesteld dat het niet is uitgesloten dat het bestuursorgaan uitstel van betaling verleent om de belanghebbende gelegenheid te geven de periode van bezwaar en beroep te kunnen overbruggen. Blijkens art. 4:101 Awb kan de rechter bij wege van voorlopige voorziening de verplichting tot betaling schorsen. Volgens art. 4:111 Awb leidt een dergelijke schorsing niet tot verlenging van de verjaringstermijn, uitstel van betaling door het bestuursorgaan wel. Gevoelsmatig lijkt een schorsing van de last iets anders dan een verlenging van de betalingstermijn, maar ten onrechte: juridisch heeft dit hetzelfde effect, behalve dan dat er geen verjaring intreedt. Staat het het bestuur vrij om reeds bij oplegging van de last of later, voor het geval de dwangsom wordt verbeurd, uitstel van betaling te verlenen, bijvoorbeeld om een verzoek voorlopige voorziening volgens het model-'Koenraad' voor te zijn? De mogelijkheid bestaat: het dwangsombesluit is de rechtshandeling waarbij de verplichting tot betaling van de dwangsom voorwaardelijk ontstaat. Daaraan kan direct (maar ook op elk later moment) worden gekoppeld dat, zodra de voorwaarde intreedt, dus de last wordt overtreden, de verplichting tot betaling aanstonds wordt geschorst tot een termijn die eindigt nadat de last onherroepelijk is geworden. Indien op deze wijze op voorhand door alle bestuursorganen uitstel van betaling wordt verleend, hebben overtreders nooit meer belang om om schorsing te verzoeken! Deze oplossing om te ontkomen aan het verjaringsprobleem is echter voor het bestuur in strijd met de/een bedoeling van de wetgever. Art. 4:94 Awb is een algemene bepaling; van belang is de strekking van het meer specifieke art. 5:35 Awb. De korte verjaringstermijn van de bestuurlijke dwangsom dient ertoe jegens bestuur druk uit te oefenen snel te incasseren. Ik citeer:²

“De dwang is gelegen in de dreiging dat de overtreder, als hij de last niet naleeft, dwangsommen moet betalen. ... Uiteraard is een snelle invordering ook van belang voor de algemene en specifieke preventieve werking van de dwangsom. Zo kan een tussentijdse invordering van een lopende dwangsom de overtreder prikkelen om alsnog aan de last te voldoen. De korte verjaringstermijn is dus blijkbaar bedoeld om het bestuursorgaan aan te sporen (snel) tot invordering van verbeurde dwangsommen over te gaan.”

De verjaringstermijn is door de wetgever niet voor niets bepaald op een jaar na de dag waarop zij is verbeurd. Ook uit de stuitingsregeling volgt dat het bestuur moet blijven pogen tot incasso te komen: het aanspraak maken op betaling leidt tot stuiting. De Commissie Scheltema heeft in de toelichting op art. 5:35 Awb in het voorontwerp 4e tranche gemeld dat zij er bewust niet voor heeft gekozen om de aanvang van de verjaring van de verbeurde dwangsommen te koppelen aan het onherroepelijk worden van het besluit omdat volgens de commissie bestuursorganen in dat geval niet worden aangespoord om tot invordering over te gaan. Elke maatregel die ertoe strekt te dralen met de invordering van dwangsommen om (aansprakelijkheid of) verjaring te vermijden, staat dus op gespannen voet met deze wens van de wetgever. Daarom meen ik dat het bestuur zich bij het vrijwillig verlengen van de betalingstermijn terughoudend moet opstellen en uitsluitend verlenging van de betalingsstermijn kan verlenen indien de burger daar om verzoekt: uit het verzoek volgt dat de overtreder door de last is geprikkeld en zich bewust is van het genomen risico. Ook de voorzieningenrechter zal dit aspect in zijn afweging moeten meenemen.

De Afdeling heeft inmiddels in ander verband de door Koenraad bedoelde verjaringshandschoen opgepakt. Het betreft een geval waarin het bestuur had geweigerd om een invorderingsbeschikking te nemen, doch een derde-belanghebbende wenste dat de dwangsom zou worden geïncasseerd. Bij gebreke van een beschikking kon niet tot stuiting van de verjaring worden overgegaan, welke stuiting door het bestuursorgaan uiteraard ook niet werd gewenst. Dat leidde ertoe dat, tegen de tijd dat de rechter moest beslissen op het beroep tegen de weigering de invorderingsbeschikking te nemen, de zaak door verjaring zonder voorwerp was geraakt. Het hoger beroep wordt dan ook bij gebrek aan belang niet-ontvankelijk geoordeeld. Gelet op de lengte van de beroepsprocedure valt dat met regelmaat te verwachten. Dat had de wetgever uiteraard niet voor ogen toen hij besloot dat een derde-belanghebbende een rechtsmiddel ten dienste moet staan om tegen deze handelwijze van het bestuursorgaan op te komen! Ten overvloede volgt dan ook de volgende overweging waarin, in lijn met de door Koenraad aangedragen oplossing, de oplossing niet alleen wordt gevonden via de band van de stuiting maar ook via de band van de verlenging van de betalingstermijn³:

“De Afdeling overweegt dat in gevallen als de onderhavige, waarin vast staat en niet in geschil is dat een dwangsom is verbeurd en het college weigert in te vorderen, degene die in bezwaar en beroep opkomt tegen de weigering om tot invordering over te gaan het college in verband hiermee kan verzoeken de verjaringstermijn te stuiten of de verjaringstermijn te verlengen door uitstel van betaling te verlenen, en bij afwijzing van dit verzoek

1 MvT, Kamerstukken II, 29 702, nr. 3, p. 42.

2 Mr. C.J. IJdema, 'De invordering van verbeurde (bestuurlijke) dwangsommen', *Gst.* 2002/1, afl. 7174, p. 585, middelste kolom.

3 ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2626.

de bevoegde rechter kan verzoeken om een voorlopige voorziening te treffen tot verlenging van de verjaringstermijn of om het college op te dragen de verjaringstermijn te stuiten.”

Ik teken aan dat volgens de Memorie van Toelichting bij art. 4:94 Awb het motief voor verlenging van de betalingstermijn ten behoeve van de schuldenaar is dat er gevallen zijn waarin in redelijkheid niet van de schuldenaar kan worden verwacht dat hij de verschuldigde geldsom binnen de betalingstermijn aan het bestuursorgaan betaalt. Een verlenging van de betalingstermijn als door de Afdeling bedoeld, heeft een heel ander motief: het ten behoeve van de derdebelanghebbende voorkomen van het intreden van verjaring. Daarom is m.i. de verlenging van de betalingstermijn een creatieve oprekking van het toepassingsgebied van art. 4:94 Awb, ervan uitgaande dat de Afdeling bedoelt te zeggen dat aan het college wordt opgedragen om uitstel van betaling te verlenen en niet –zoals het er staat– dat de voorzieningenrechter zelf de verjaringstermijn verlengt (op grond van welke bevoegdheid?; door zelf uitstel van betaling te verlenen?). Een kanttekening: het verjaringsprobleem is op de door Koenraad voorgestelde wijze opgelost, maar het aansprakelijkheidsprobleem niet. Dat valt te ondervangen door in het dwangsombesluit direct al op te nemen dat de begunstigingstermijn ingaat vanaf het moment dat de last formele rechtskracht heeft. In mijn praktijk heeft zich het geval voorgedaan dat de last werd opgelegd tot verwijdering van een bouwwerk, dat de last in eerste aanleg standhield, maar dat 5,5 jaar later de Afdeling de last vernietigde. In het dwangsombesluit was gelukkig opgenomen dat betrokkene pas daadwerkelijk tot verwijdering behoefde over te gaan nadat de last onherroepelijk was geworden. Probleem is dat in beginsel de begunstigingstermijn niet langer mag zijn dan de termijn die de overtreder nodig heeft om de last uit te voeren, en dat een langere termijn, van in mijn geval 5,5 jaar, moet worden opgevat als een gedoogtermijn. Mij is geen rechtspraak bekend over de vraag hoe de rechter met een dergelijk lange gedoogtermijn omgaat, indien deze is vergund om op deze wijze aan aansprakelijkheid te ontkomen.

Tot slot: goed bedoelende voorzieningenrechters! De reactie van Koenraad deed mij aan een kantoorgenoot herinneren die van een kort geding tot opheffing van een bunkerbeslag (op de dieselolie van een zeeschip) bleek rond zijn neus terugkwam. De president had hem verweten dat hij geen beslag had gelegd op het hele schip; daar zou hij zeker verlov hebben gekregen. Mijn kantoorgenoot was er tot zijn schrik niet in geslaagd de president aan het verstand te brengen dat, al zou naderhand het beslag op het schip waarschijnlijk wel terecht zijn gebleken, de schade voor het geval dat anders was een dermate groot aansprakelijkheidsrisico opleverde, dat beslaglegging ‘out of the question’ was vanwege het voor dat geval dreigend financieel overlijden van de beslaglegger.

SCHORSEN, STUITEN EN VERLENGEN.

Een reactie op U.T. Hoekstra, 'Het risico van de voorlopige voorziening en van de uitspraak in eerste aanleg', *Gst.* 2013/111.

Hoekstra heeft in *Gst.* 2013/111 interessante gedachten over mogelijke juridische complicaties bij een procedure over een last onder dwangsom ontvouwd. Tijdens het lezen van zijn artikel werd mijn interesse overigens vermengd met opstandigheid: dit kan toch niet waar zijn. Na herlezing van Hoekstra's bijdrage was de opstandigheid echter vervangen door berusting: hij heeft gelijk. Dogmatisch gezien klopt de redenering van Hoekstra namelijk als een bus. De door de voorzieningenrechter uitgesproken schorsing van een last onder dwangsom verlengt de in de dwangsombeschikking gestelde begunstigingstermijn niet, en tijdens de bodemprocedure blijft de verjaringstermijn (van één jaar) lopen, vaak zonder dat iemand het in de gaten heeft. Zo kan het gebeuren dat de bestuursrechter op enig moment ambtshalve - bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep, lees: het procesbelang bij de inhoudelijke toetsing van (de beslissing die strekt tot heroverweging van) de last onder dwangsom - moet vaststellen dat de bevoegdheid tot het invorderen van alle verbeurde dwangsommen is verjaard.

Aldus geeft Hoekstra een ongemakkelijke boodschap aan voorzieningenrechters die - om wat voor reden dan ook - willen voorkomen dat een belanghebbende tijdens de bodemprocedure kan worden geconfronteerd met invordering van dwangsommen. De schorsing van de dwangsombeschikking heeft niet alleen het door de voorzieningenrechter beoogde gevolg, maar ook een onbedoeld en ongewenst neveneffect. Terzijde: dit verklaart de opstandigheid tijdens de eerste lezing van *Gst.* 2013/111; de meeste mensen vinden het onprettig om te vernemen dat hun goed bedoelde acties vervelende consequenties kunnen hebben.

Nu is het probleem voor het bestuursorgaan minder groot dan men op het eerste gezicht veronderstelt. Art. 5:35 Awb treft immers alleen de bevoegdheid tot invordering van verbeurde dwangsommen en niet de bevoegdheid tot het handhavend optreden tegen de gewraakte (illegale) situatie. Volgtijdige cumulatie van herstelsancties is namelijk geoorloofd. Met andere woorden: het bestuursorgaan dat zijn bevoegdheid tot invordering van verbeurde dwangsommen heeft verloren, kan zonder meer een nieuwe last onder dwangsom opleggen (ervan uitgaande dat nog steeds een publiekrechtelijke norm wordt overtreden, en dat nog steeds geen concreet zicht op legalisering van de overtreding bestaat). Die nieuwe last is echter een primair besluit waaraan een afzonderlijk voornemen met zienswijzemoogelijkheid vooraf moet gaan (art. 4:8 Awb), en waartegen afzonderlijk bezwaar kan worden gemaakt (art. 7:1 Awb). Dit druist in tegen de gedachte dat handhaving van publiekrecht zo effectief mogelijk moet zijn (zeker als derden om optreden tegen illegale situaties hebben gevraagd), en tegen de notie dat de bestuursrechter geschillen zo definitief mogelijk behoort te beslechten (art. 8:41a Awb).

Het door Hoekstra gesignaleerde probleem is dus reëel. Dit probleem kan worden opgelost door wetgeving, maar dat is een tijdrovende - en overigens niet zo'n heel eenvoudige - klus. In de plaats daarvan (of in afwachting van nieuwe wetgeving) wordt een beroep op de creativiteit van juristen gedaan. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de handschoen opgepakt, blijkens de door Hoekstra besproken uitspraak van 15 mei

2013. De oplossing van de Afdeling bestuursrechtspraak is echter niet alleen creatief maar ook buitenwettelijk, zoals Hoekstra (wederom) terecht stelt.

Is een ander, binnen de bestaande wettelijke kaders passend, alternatief beschikbaar? Volgens mij wel. De basis van mijn alternatief ligt niet in de stuiting van de verjaringstermijn (die door de art. 4:105 en 4:106 Awb voor bestuursorganen aan strakke banden is gelegd), maar in de *verlenging* van die termijn. Zie art. 4:111 Awb: de verjaringstermijn van de rechtsvordering tot betaling aan een bestuursorgaan wordt verlengd gedurende de termijn welke de schuldenaar na de aanvang van die termijn uitstel van betaling heeft. Zie vervolgens art. 4:94 lid 1 Awb: het bestuursorgaan kan de wederpartij uitstel van betaling verlenen. Zie ten slotte art. 4:101 Awb: voor zover het bestuursorgaan uitstel van betaling heeft verleend of de rechter de verplichting tot betaling heeft geschorst, is de schuldenaar over de termijn van uitstel of schorsing wettelijke rente verschuldigd, tenzij bij het uitstel of de schorsing anders is bepaald. Het uitstel van betaling heeft overigens niet alleen tot gevolg dat de verjaringstermijn wordt verlengd, maar ook dat het bestuursorgaan niet tot aanmaning en (dus) ook niet tot invordering kan overgaan (art. 4:94 lid 2 Awb).

Op basis van het vorenstaande kan de bestuursrechter die meent dat aan een last onder dwangsom of een invorderingsbeschikking een gebrek kleeft, bij wege van voorlopige voorziening (krachtens art. 8:81 lid 1 Awb of art. 8:72 lid 5 Awb) aan de verzoeker uitstel van betaling verlenen, met de toevoeging dat geen wettelijke rente is verschuldigd tijdens de looptijd van de getroffen voorziening. Dit geeft duidelijkheid aan de verzoeker, die immers weet dat hij pas definitief van de verplichting tot dwangsommen wordt bevrijd als de last onder dwangsom (al dan niet door de zelf in de zaak voorzienende bestuursrechter) is herroepen. Ook het bestuursorgaan heeft baat bij uitstel van betaling door de bestuursrechter, want het gevaar van verjaring is in ieder geval tijdens de looptijd van de getroffen voorlopige voorziening geweken. Bij dit alles moet worden bedacht dat de uitspraak in de bodemprocedure geen gevolgen heeft voor het eerder (door de voorzieningenrechter) verleende uitstel van betaling. En overigens kost het minder moeite om een bestuursorgaan te bewegen tot toepassing van art. 4:94 Awb (en art. 4:101 Awb) dan tot het nemen van een besluit (als bedoeld in art. 6:19 Awb) waarbij de oorspronkelijke begunstigingstermijn wordt verlengd.

Weg met de schorsing van de last onder dwangsom, leve het uitstel van betaling van verbeurde dwangsommen!

Naschrift

Allereerst dank ik Koenraad voor zijn ondanks aanvankelijke opstandigheid waarderende reactie.

Zijn oplossing voor het gesignaleerde probleem van mogelijke verjaring van dwangsommen lijkt mij deugdelijk: in de Memorie van Toelichting bij art. 4:94 Awb¹ is gesteld dat het niet is uitgesloten dat het bestuursorgaan uitstel van betaling verleent om de belanghebbende gelegenheid te geven de periode van bezwaar en beroep te kunnen overbruggen. Blijkens art. 4:101 Awb kan de rechter bij wege van voorlopige voorziening de verplichting tot betaling schorsen. Gevoelsmatig lijkt een schorsing van de last iets anders dan een verlenging van de betalingstermijn, maar ten onrechte: juridisch heeft dit hetzelfde effect, behalve dan dat er geen verjaring intreedt.

Ook het bestuur kan ex art. 4:101 Awb (ambtshalve) uitstel verlenen. Staat hem dit vrij? De mogelijkheid bestaat: het dwangsombesluit is de rechtshandeling waarbij de verplichting tot betaling van de dwangsom voorwaardelijk ontstaat. Daaraan kan direct (maar ook op elk later moment) worden gekoppeld dat, zodra de voorwaarde intreedt, dus de last wordt overtreden, de verplichting tot betaling aanstonds wordt geschorst tot een termijn die eindigt nadat de last onherroepelijk is geworden. Indien op deze wijze op voorhand door alle bestuursorganen uitstel van betaling wordt verleend, hebben burgers nooit meer belang om om schorsing te verzoeken! Deze oplossing om te ontkomen aan het verjaringsprobleem is echter voor het bestuur in strijd met de/een bedoeling van de wetgever. Art. 4:94 Awb is een algemene bepaling; van belang is de strekking van het meer specifieke art. 5:35 Awb. De korte verjaringstermijn van de bestuurlijke dwangsom dient er toe jegens bestuur druk uit te oefenen snel te incasseren. Ik citeer²: *“De dwang is gelegen in de dreiging dat de overtreder, als hij de last niet naleeft, dwangsommen moet betalen. ... Uiteraard is een snelle invordering ook van belang voor de algemene en specifieke preventieve werking van de dwangsom. Zo kan een tussentijdse invordering van een lopende dwangsom de overtreder prikkelen om alsnog aan de last te voldoen. De korte verjaringstermijn is dus blijkbaar bedoeld om het bestuursorgaan aan te sporen (snel) tot invordering van verbeurde dwangsommen over te gaan.”* De verjaringstermijn is door de wetgever niet voor niets bepaald op een jaar na de dag waarop zij is verbeurd. Ook uit de stuitingsregeling volgt dat het bestuur moet blijven pogen tot incasso te komen: het aanspraak maken op betaling leidt tot stuiting. De Commissie Scheltema heeft in de toelichting op artikel 5:35 Awb in het voorontwerp 4^e Tranche gemeld dat zij er bewust niet voor heeft gekozen om de aanvang van de verjaring van de verbeurde dwangsommen te koppelen aan het onherroepelijk worden van het besluit omdat volgens de Commissie bestuursorganen in dat geval niet worden aangespoord om tot invordering over te gaan. Elke maatregel die er toe strekt te dralen met de invordering van dwangsommen om (aansprakelijkheid of) verjaring te vermijden, staat dus op gespannen voet met deze wens van de wetgever. Daarom meen ik dat het bestuur zich bij het vrijwillig verlengen van de betalingstermijn terughoudend moet opstellen en uitsluitend verlenging van de betalingstermijn kan verlenen indien de burger

¹ MvT, Kamerstukken II, 29 702, nr. 3, p.42.

² mr. C.J. Ijdema, “De invordering van verbeurde (bestuurlijke) dwangsommen”, Gst. 2002, 7174 nr. 1, blz. 585, middelste kolom.

daar om verzoekt: uit het verzoek volgt dat de overtreder door de last is geprikkeld en zich bewust is van het genomen risico. Ook de voorzieningenrechter zal dit aspect in zijn afweging moeten meenemen.

Een kanttekening: het verjaringsprobleem is op deze wijze opgelost, maar het aansprakelijkheidsprobleem niet. Dat valt te ondervangen door in het dwangsombesluit direct al op te nemen dat de begunstigingstermijn ingaat vanaf het moment dat de last formele rechtskracht heeft. In mijn praktijk heeft zich het geval voor gedaan dat de last werd opgelegd tot verwijdering van een bouwwerk, dat de last in eerste aanleg stand hield, maar dat 5,5 jaar later de Afdeling de last vernietigde. In het dwangsombesluit was gelukkig opgenomen dat betrokkene pas daadwerkelijk tot verwijdering behoefde over te gaan nadat de last onherroepelijk was geworden. Probleem is dat in beginsel de begunstigingstermijn niet langer mag zijn dan de termijn die de overtreder nodig heeft om de last uit te voeren, en dat een langere termijn, van in mijn geval 5,5 jaar, moet worden opgevat als een gedoogtermijn. Mij is geen rechtspraak bekend over de vraag hoe de rechter met een dergelijk lange gedoogtermijn om gaat, indien deze is vergund om op deze wijze aan aansprakelijkheid te ontkomen.

Terzijde: ik vernam uit doorgaans welingelichte bron dat de Afdeling zal moeten besluiten om mogelijk ook in ander verband de door Koenraad bedoelde verjaringshandschoen al dan niet op te pakken. Dat betreft gevallen waarin het bestuur weigert om een invorderingsbeschikking te nemen omdat het meent dat de dwangsom niet is verbeurd, doch een derde-belanghebbende wenst dat de dwangsom wordt geïncasseerd. In dat geval kan uiteraard bij gebreke van een beschikking niet tot stuiting van de verjaring worden overgegaan. Dat heeft tot gevolg dat, tegen de tijd dat de rechter moet beslissen op het beroep tegen de weigering de invorderingsbeschikking te nemen, de zaak door verjaring zonder voorwerp is geraakt. Dat had de wetgever uiteraard niet voor ogen toen hij besloot dat een derde-belanghebbende een rechtsmiddel ten dienste moet staan om tegen deze handelswijze van het bestuursorgaan op te komen! Wellicht dat Koenraad ook voor dit probleem een passende voorlopige voorziening kan bedenken!

Tot slot: goed bedoelende voorzieningenrechtters! De reactie van Koenraad deed mij aan een kantoorgenoot herinneren die van een kort geding tot opheffing van een bunkerbeslag (op de dieselolie van een zeeschip) bleek rond zijn neus terug kwam. De president had hem verweten dat hij geen beslag had gelegd op het hele schip; daar zou hij zeker verlof voor hebben gekregen. Mijn kantoorgenoot was er tot zijn schrik niet in geslaagd de president aan het verstand te brengen dat, al zou naderhand het beslag op het schip waarschijnlijk wel terecht zijn gebleken, de schade voor het geval dat anders was een dermate groot aansprakelijkheidsrisico opleverde, dat beslaglegging 'out of the question' was vanwege het voor dat geval dreigend financieel overlijden van de beslaglegger.