

# Het risico van de voorlopige voorziening en van de uitspraak in eerste aanleg

111

In eerste aanleg kan de bestuursrechter bijvoorbeeld een beslissing op bezwaar vernietigen en een primair opgelegde last onder dwangsom herroepen. In vertrouwen op de juistheid van deze uitspraak zal de betrokkene zich doorgaans van de last niets aantrekken. Maar indien het bestuursorgaan met succes hoger beroep instelt en de Afdeling het beroep tegen de beslissing op bezwaar alsnog ongegrond verklaart, wordt betrokkene in principe geconfronteerd met het risico dat blijkt dat hij de dwangsom moet betalen. Soortgelijk risico bestaat indien bij wege van voorlopige voorziening de last wordt geschorst, maar de bodemrechter anders oordeelt. In een uitspraak van 15 mei 2013<sup>2</sup> heeft de Afdeling onderkend dat dit risico bestaat en voor dit risico een oplossing gevonden door te bepalen dat de begunstigingstermijn opnieuw gaat lopen vanaf haar uitspraak in hoger beroep.

In deze bijdrage zal ik er eerst op ingaan dat en hoe dit risico voortvloeit uit de juridische aard van de voorlopige voorziening (1.1). Deze aard is voorlopig, maar soms kan de weigering van de schorsing leiden tot onomkeerbare gevolgen door het wegvallen van het procesbelang (1.2). Omkering van gevolgen is mogelijk doordat bijvoorbeeld hetgeen achteraf ten onrechte is gebouwd, alsnog moet worden afgebroken (1.3). Indien bijvoorbeeld de schorsing van een last onder dwangsom wordt geweigerd maar ten gronde de opgelegde last onderuitgaat, is het bestuursorgaan aansprakelijk. De potentiële claim van de schorsingsverzoeker relateert zijn belang bij het verzoek (1.4). De 'executant', dus verzoeker van een voorlopige voorziening die in de bodemzaak onderuitgaat, handelt onrechtmatig en is aansprakelijk: op deze manier zijn de gevolgen van een voorlopige voorziening omkeerbaar (1.5).

In combinatie met de wenselijkheid alle verbeurde dwangsommen te incasseren, noopt het voorlopig karakter van de schorsing ertoe om ook dwangsommen te incasseren die aanvankelijk, maar blijkens de bodemuitspraak achteraf ten onrechte, waren geschorst (2.1). Daaraan kan echter in de weg staan dat de invorderingsbevoegdheid dan verjaard blijkt (2.2). Wat is precies het voorwerp van verjaring en wat is daarvan de consequentie (2.3 en 2.4)? Kan de verjaring worden gestuit van een op basis van een ten onrechte geschorste last, achteraf verbeurd blij-

kende dwangsom (hangende de schorsing; 2.5)? Als de dwangsom verjaard blijkt, is daarmee het belang bij een bodemuitspraak verloren gegaan zodat niet-ontvankelijkheid dreigt. Het risico van een dergelijk onomkeerbaar gevolg noopt in beginsel de voorzieningenrechter ertoe om terughoudend te zijn bij het uitspreken van een schorsing (2.6). De oplossing die de Afdeling in de uitspraak van 15 mei 2013 heeft gevonden, is wellicht buitenwettelijk, maar leidt er wel toe dat voor de toekomst de gevolgen niet meer onomkeerbaar zijn: daarmee is de dreiging van niet-ontvankelijkheid verdwenen (2.7). De bevinding in deze beschouwing is dat de Afdeling in haar uitspraak van 15 mei 2013 voor de door de wetgever opgeworpen problemen die het gevolg zijn van verjaring, een heel nuttige en praktische, maar buitenwettelijke oplossing heeft bedacht (3).

## 1. Voorlopig versus definitief

1.1 Een voorlopige voorziening is een ordemaatregel.<sup>3</sup> Juridisch is een dergelijke ordemaatregel niets. De voorlopige voorziening constitueert geen recht. In de wereld van het recht heeft een ordemaatregel dus geen betekenis, althans niet positief en niet definitief. Slechts wordt bij schorsing in afwijking van de hoofdregel van art. 6:16 Awb de werking van het bestreden besluit tijdelijk opgeschort. Deze opschorting eindigt zodra door de uitspraak ten gronde de voorlopige voorziening vervalt (art. 8:85 Awb). Daarom blijkt in het geval van ongegrondverklaring van het beroep tegen de aanvankelijk geschorste last onder dwangsom, de dwangsom alsnog te zijn verbeurd, ten minste als betrokkene n.a.v. de schorsing de last naast zich neer heeft gelegd: dat was uiteraard wel zijn opzet met het vragen van de schorsing.

In de meest recente druk van zijn boek 'Hoofdzaken van het bestuursrecht'<sup>4</sup> schrijft Michiels het volgende:

"Hoewel de voorziening voorlopig is, kan zij in de praktijk in hoge mate definitieve gevolgen hebben. ... Vaak trekt de bezwaarde of eiser zijn bezwaar of beroep in nadat de voorlopige voorziening het gewenste resultaat heeft gehad. ... De voorziening vervalt wanneer de rechter in

<sup>1</sup> Rikkert Hoekstra is advocaat bij Adriaanse van der Weel advocaten.

<sup>2</sup> LJN CA0154; *Jurisprudentie Bestuursrecht* 2013-130, m.nt. L.J.M. Timmermans; *Gst.* 2013/69, m.nt. C.J. Ijdema.

<sup>3</sup> Prof. mr. A.Q.C. Tak, *Het Nederlands Bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, deel II, Sdu2002, par. 10.1 'Ratio en karakter': "Deze voorziening is dus bedoeld als ordemaatregel voor in beginsel de duur van het bestuursrechtelijk geding -... . In wezen is dus sprake van een bestuurlijk, en geen rechterlijk oordeel de Voorzieningenrechter fungeert in deze hoedanigheid dan ook eerder als een bestuurlijke dan als een rechterlijke ordebe-waker hangende de behandeling van het eigenlijke geschil."

<sup>4</sup> Prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels, 6e druk 2011, Kluwer, par. 8.6 'De voorlopige-voorzieningsprocedure'.

het bodemgeschil uitspraak heeft gedaan (tenzij art. 8:72 lid 6 Awb wordt toegepast)."

Deze passage gaat er mijns inziens aan voorbij dat een voorlopige voorziening per definitie voorlopig is, zodat met het intrekken van het beroep ten gronde de voorlopige voorziening vervalt en de dwangsom opeisbaar wordt. Intrekking van het bezwaar of beroep lijkt mij dus wel het laatste wat betrokkene moet doen. Mijn kanttekening op basis van de aard van de getroffen voorziening is daarom, dat niet spoedig mag worden aangenomen dat een voorlopige voorziening rechtens een gewenst resultaat definitief kan bewerkstelligen.

In een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak<sup>5</sup> van 30 januari 2008 is bijvoorbeeld aan de orde dat de voorzitter bij wege van voorlopige voorziening had bepaald dat tot zekere datum geen dwangsommen konden worden verbeurd. In bezwaar bleef het bestuur echter bij de oorspronkelijke kortere begunstigingstermijn. Ten gronde oordeelt de Afdeling dat het beroep gegrond is voor wat betreft de begunstigingstermijn en bepaalt dat de begunstigingstermijn in het primaire besluit aldus komt te luiden, dat pas vanaf de door de voorzitter bepaalde datum dwangsommen kunnen worden verbeurd. Hoe zou de zaak juridisch hebben gelegen indien de Afdeling het beroep ongegrond had verklaard?

In de Memorie van Toelichting bij art. 8:81 Awb staat dwingend:<sup>6</sup>

"Per definitie geldt, dat de uitspraak van de president slechts betekenis heeft totdat in de bodemprocedure is beslist. De uitspraak in de bodem vervangt de uitspraak van de president volledig. Zo zal een door de president geschorst besluit tot beëindiging van subsidie dat door de rechtbank rechtmatig wordt geoordeeld, geacht moeten worden in werking te zijn getreden op het moment, dat het besluit werd bekendgemaakt. Achteraf bezien moet in dat geval worden geconstateerd dat er voor voortzetting van de subsidiëring geen grond was."

De uitspraak in de bodemzaak vervangt de voorlopige voorziening dus volledig en met terugwerkende kracht. Dat wordt veroorzaakt door de wijze waarop de voorlopige voorziening is 'gedefinieerd'. In de Memorie van Toelichting bij titel 8.3 'voorlopige voorziening en onmiddellijke uitspraak in de hoofdzaak'<sup>7</sup> is namelijk gesteld dat de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening is afgestemd op het civielrechtelijke kort geding. In civilibus, en dus ook in het conform dit model vormgegeven bestuurs(proces)recht, geldt dat na een andersluidend oordeel in de bodemproce-

dure het kort geding vonnis blijft gelden<sup>8</sup>, met dien verstande dat de getroffen voorlopige voorziening ex tunc vervalt. Art. 257 Rv is gericht tot de (civiele) bodemrechter:

"De beslissingen bij voorraad brengen geen nadeel toe aan de zaak ten principale."

De bodemrechter mag zich bij zijn uitspraak niet laten leiden door het oordeel van de kortgedingrechter. Dat betekent voor de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening bijvoorbeeld dat, als de bodemrechter vindt dat door het bestuursorgaan een voldoende lange begunstigingstermijn is verleend, hij verplicht is om over een andersluidend oordeel van de voorzieningenrechter heen te stappen, ook als dit betekent dat betrokkene opeens dwangsommen zou moeten betalen.

De afstemming van het civiele kort geding en de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening is niet volledig: anders dan voor het civiele kort geding, geldt in het bestuursrecht het connexiteitsprincipe. Het was 'nog te vroeg' om dit principe los te laten, inhoudend dat een voorlopige voorziening uitsluitend kan worden verkregen hangende een bodemprocedure, aldus de Memorie van Toelichting.

1.2 Ik ken één type van gevallen waarin de weigering van de voorlopige voorziening definitieve gevolgen kan hebben. De vernietiging van een omgevingsvergunning om te slopen (of bomen te rooien) leidt namelijk niet van rechtswege tot de verplichting om het gesloopte (of gerooide) te herstellen, zodat in beginsel het procesbelang bij de procesgang ontbreekt (tenzij de vergunning tot schade heeft geleid).<sup>9</sup> Van een omgevingsvergunning om te slopen moet dus in beginsel altijd schorsing worden verzocht teneinde feitelijk en juridisch onomkeerbare gevolgen te voorkomen vanwege het wegvallen van het belang van de procedure ten gronde. Dat betekent mijns inziens dat de voorzieningenrechter bij een dergelijk schorsingsverzoek bij de weigering van de betrokken belangen moet meenemen dat de weigering van de schorsing een groot, want onomkeerbaar gevolg heeft, zodat hij wel erg zeker van zijn zaak moet zijn om dit verzoek te weigeren.

1.3 Onomkeerbaar is het gevolg niet als bijvoorbeeld schorsing van een vergunning voor de oprichting van een bouwwerk wordt geweigerd en de vergunninghouder het bouwplan realiseert. Indien de vergunning ten gronde wordt geweigerd, blijkt hij later tegenover de bezwaarde derde-belanghebbende onrechtmatig te hebben gehandeld.

5 ECLI:NL:RVS:2008:BC3041.

6 PG Awb II, p. 506, l.k.

7 PG Awb II, p. 505, l.k.

8 Snijders, Klaassen en Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, Kluwer 2007, par. 334 'Verhouding met bodemprocedure': "Een andersluidend oordeel in de bodemprocedure brengt daarentegen (opm: anders dan het rechtsmiddel hoger beroep) geen vernietiging van het kortgedingvonnis mee. Het vonnis blijft gelden; 'slechts' de voorlopige voorziening die in het kortgedingvonnis is getroffen vervalt, en wel ex tunc (met terugwerkende kracht). Is het vonnis al geëxecuteerd, dan moet die executie alsnog onrechtmatig geacht worden en zal eiser aansprakelijk zijn voor de schade die uit de hem toe te rekenen onrechtmatige executie is voortgevloeid (art. 6:162 BW)".

9 Zie bijv. ABRvS 15 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ7925.

Dan is de bouwer tot afbraak gehouden, zodat hem een last onder dwangsom kan worden opgelegd. Bovendien is het verboden om een bouwwerk in stand te laten indien dit zonder vergunning is gebouwd, zodat ook de instandhouder dient af te breken.<sup>10</sup>

1.4 Als schorsing van de last onder dwangsom wordt geweigerd, draagt het bestuursorgaan het risico van aansprakelijkheid indien de overtreder zich achteraf gezien nodeloos aan deze last houdt. In beginsel leidt daarom een afweging van belangen tot afwijzing van een schorsingsverzoek, tenzij de verzoeker onevenredig en onherstelbaar nadeel stelt en aannemelijk maakt. Ik citeer:<sup>11</sup>

“(Verzoekster) heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij onevenredige en onherstelbare nadeel zal leiden, zodat geen aanleiding bestaat om het voor het kunnen treffen van een voorlopige voorziening vereiste spoedeisend belang aan te nemen. Hiertoe wordt in aanmerking genomen dat (verzoekster) ter zitting niet heeft betwist dat zij, indien zij schade lijdt door gevolg te geven aan de last, terwijl die haar ten onrechte is opgelegd, de gemeente tot vergoeding van die schade kan aanspreken. Voorts wordt in aanmerking genomen dat, voor zover (verzoekster) stelt dat zij de inkomsten uit het gebruik van het perceel niet kan missen, zij niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij door het uitvoering geven aan de last in een financiële noodsituatie komt te verkeren.”

Dat de executie van een in eerste aanleg gewezen, maar in hoger beroep vernietigd civiel vonnis een onrechtmatige daad oplevert, kan op basis van bestendige rechtspraak van de Hoge Raad mijns inziens als vaststaand worden aangenomen.<sup>12</sup> Deze zelfde aansprakelijkheid geldt blijkens het voorgaande dus ook bij het achteraf ten onrechte opleggen van een last onder dwangsom of nemen van een ander schadeveroorzakend besluit. Aan het nemen van een besluit is dus het aansprakelijkheidsrisico verbonden dat mogelijk de bodemrechter achteraf het bestuursorgaan in het ongelijk stelt.

1.5 Hoe zit het met de onomkeerbaarheid in geval van toewijzing van een voorlopige voorziening en de bodemrechter ten gronde vervolgens anders oordeelt? Ook in een dergelijk geval wordt omkeerbaarheid bereikt via aansprakelijkheid. Ook de executant van een kortgedingvonnis is

aansprakelijk indien de bodemrechter anders oordeelt.<sup>13</sup> Dat is het spiegelbeeld van het aansprakelijkheidsrisico van het bestuursorgaan indien er geen voorlopige voorziening wordt gevraagd. Deze aansprakelijkheid hangt hiermee samen, dat weliswaar in beginsel de aanwending van een rechtsmiddel niet onrechtmatig is<sup>14</sup>, maar dat de aanwending van ordemaatregelen ter bewaring van rechten als bijvoorbeeld het leggen van beslag en het in kort geding uitlokken van een voorlopige voorziening op eigen risico geschiedt. Deze aansprakelijkheid is noodzakelijk om de gevolgen terug te draaien indien de kortgedingrechter heeft misgetast. Gelet op de summier procedure en beoordeling door de kortgedingrechter is een dergelijk mistasten inherent aan een kortgedingvordering en daarmee voor rekening van de eiser. Dat is ook de consequentie van het karakter van de voorlopigheid van de voorlopige voorziening die aan de zaak ten gronde geen afbreuk mag doen: door de actie uit onrechtmatige daad worden de zaken achteraf weer rechtgezet.

Deze lijn doortrekkend, meen ik dat ook voor de ‘executie’ van de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening moet worden aangenomen dat deze onrechtmatig is. De verzoeker van een voorlopige voorziening trekt dus, indien het verzoek wordt toegewezen, daarmee het risico van het achteraf in het ongelijk gesteld worden naar zich toe, dat anders op het bestuursorgaan zou hebben gerust. De burgerlijke rechter zal in het kader van de toepassing van art. 6:162 BW naar mijn mening de voorlopige voorziening voor wat betreft aansprakelijkheid als een ordemaatregel beschouwen.<sup>15</sup> Als (het civiel kort gedingvonnis of) de voorlopige voorziening is geëxecuteerd, dan moet die executie door de bodemuitspraak alsnog onrechtmatig worden geacht en is verzoeker aansprakelijk voor de schade die het gevolg is van deze achteraf onrechtmatig gebleken daad. Dat is naar mijn mening de consequentie van a. de modellering van de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening naar het civiele kort geding; en b. het voorlopig karakter van deze na een

13 Vervolg citaat: “De hierboven ... omschreven risico-aansprakelijkheid voor het executeren van vonnissen geldt in beginsel ook voor het executeren van kort geding-vonnissen die later worden vernietigd dan wel in het bodemgeding worden gewraakt, zulks echter met een belangrijke uitzondering. Deze uitzondering komt hierop neer, dat dwangsom- en lijfswangexecuties in verband met het feit dat de geëxecuteerde zich niet aan het kort geding-vonnis hield, behoudens vernietiging van dat vonnis in hoger beroep (...), geen risico-aansprakelijkheid tot gevolg hebben indien de bodemrechter in afwijking van dat vonnis beslist en dat in een dergelijk geval dus ook de dwangsommen verbeurd blijven”.

14 zie HR 29 september 2006, NJ 2006,120; Rb. Amsterdam 12 november 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2316, en Rb. Dordrecht 29 december 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BP0463. Ik citeer voorts een uitspraak van Rb. Zwolle 6 mei 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BJ1988: “4.2 De rechtbank stelt voorop dat volgens vaste jurisprudentie (vgl. HR 18 februari 2005, NJ 2005, 216 en eerder HR 27 juni 1997, NJ 1997, 651) procederen, ook als dat niet tot een gunstig resultaat leidt, op zichzelf niet als onrechtmatig jegens de in rechte betrokken wederpartij kan worden aangemerkt. Er bestaat slechts in zeer bijzondere gevallen grond de partij die in een procedure in het ongelijk is gesteld, op grond van onrechtmatige daad te veroordelen tot vergoeding van de gehele schade die de wederpartij als gevolg van het voeren van de procedure heeft geleden (zie HR 17 december 2004, NJ 2005, 361), ...”.

15 De aanwending van rechtsmiddelen als bezwaar, beroep en hoger beroep is dus in principe niet onrechtmatig.

10 Art. 2.1 lid 1 onder a en 2.3 Wabo.

11 ABRvS (vz.) 6 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2841; het betrof een last onder dwangsom.

12 Ik citeer GS Onrechtmatige daad, art. 162 lid 2, aant. 43 en 44, Kluwer losbl.: “Vrijwel algemeen wordt aangenomen dat, als een beslag later ten onrechte blijkt te zijn gelegd en daarom achteraf onrechtmatig is, dit voor risico van de beslaglegger komt en dat voor het executeren van vonnissen en beschikkingen dit later alsnog worden vernietigd, mutatis mutandis hetzelfde geldt. ...”

summiere procedure getroffen ordemaatregel.<sup>16</sup> Onbillijk vind ik dat niet: de verzoeker van een voorlopige voorziening wendt zich tot de voorzieningenrechter op de grond dat zijn belang disproportioneel dreigt te worden aangetast. Als het verzoek wordt gehonoreerd en zijn (grote) belang dus voorlopig wordt gespaard maar uiteindelijk ten gronde anders wordt geoordeeld, mag daar wel tegenover staan dat de wederpartij wiens belang aanvankelijk als minder zwaarwegend werd beschouwd (door verzoeker en de voorzieningenrechter), achteraf door de verzoeker van de voorziening wordt gecompenseerd.

Voor de voorzieningenrechter betekent dit in principe dat zowel de verzoeker die vraagt om schorsing van een vergunning, als de vergunninghouder die door zijn verzet tegen het schorsingsverzoek te kennen geeft graag te willen bouwen, daarmee aangeven het daarmee gepaard gaande risico te willen lopen. Dit risico is een relevant, naar ik vrees vaak niet onderkend punt van overweging. Indien een particulier bijvoorbeeld schorsing vraagt van een omvangrijk bouwproject, loopt deze het risico van een andersluidende bodemuitspraak en dus van een onrechtmatigedaadclaim. Dat risico kan hij mogelijk niet dragen. Waarom zou hij dit risico eigenlijk willen lopen? Als de particulier geen schorsing verzoekt of deze wordt geweigerd, is de keuze aan de ontwikkelaar om al dan niet het risico te lopen in afwachting van de bodemuitspraak het bouwproces op te starten. Deze inschatting is makkelijker naar aanleiding van een uitspraak op een verzoek voorlopige voorziening. Vandaar dat naar mijn praktijkervaring in voorkomend geval, het ontwikkelaars ter inschatting van hun risico heel goed uitkomt dat schorsing wordt verzocht.

## 2. Definitief effect: verjaring?

2.1 De rechtshandeling waardoor de verplichting tot betaling van een dwangsom (voorwaardelijk) ontstaat, is het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom. De afschrikwekkende werking daarvan beoogt als reparatoire sanctie (verdere) overtreding te voorkomen. De niet-naleving van de last is het met de rechtshandeling beoogde, als zodanig geduide rechtsfeit waardoor de dwangsom on-

voorwaardelijk (en opeisbaar) verschuldigd wordt.<sup>17</sup> De afschrikwekkende werking heeft gefaald; de overheid heeft dan een direct financieel belang bij incasso. Bij incasso heeft zij ook een indirect handhavingsbelang om daardoor de afschrikwekkende werking van de dwangsom te bevorderen; daarbij gaat het dus om generale preventie. Ook het gelijkheidsbeginsel speelt een rol. Daarom moeten verbeurde dwangsommen worden geïncasseerd. Dat geldt mijns inziens ook voor dwangsommen die pas achteraf blijken te zijn verbeurd nadat 1. door de bodemuitspraak de voorlopige voorziening is vervallen; of 2. indien door de uitspraak in hoger beroep en de vernietiging van de uitspraak in eerste aanleg het besluit tot oplegging van de dwangsom herleeft.

2.2 Als ex tunc dwangsommen blijken te zijn verbeurd, zijn deze ex nunc dan mogelijk verjaard, zodat een schorsing van een last onder dwangsom leidt tot onomkeerbaarheid? In beginsel is het antwoord bevestigend, maar de uitspraak van de Afdeling van 15 mei 2013 werpt hierop nieuw licht. De rechtsvordering tot betaling van een geldsom verjaart binnen vijf jaar nadat de voorgeschreven betalingstermijn is verstreken, aldus art. 4:104 Awb. Voor verbeurde dwangsommen geldt echter een *lex specialis*: art. 5:35 Awb bepaalt dat in afwijking daarvan de bevoegdheid tot invordering van dwangsommen verjaart door verloop van een jaar na de dag waarop de dwangsom is verbeurd. De dag van verbeurde is dus het bepalende moment, ook als ex tunc blijkt welke dag dit was. Indien dus na de bodemuitspraak of op het moment van intrekken van het bezwaar of beroep, de verjaringstermijn verstreken blijkt, kan de dwangsom niet meer worden geïncasseerd.

Art. 4:86 Awb bepaalt in het algemeen dat de verplichting tot betaling van een geldsom wordt vastgesteld en dat daarbij de termijn waarbinnen de betaling moet plaatsvinden, vermeld moet worden. Als *lex specialis* is in art. 5:33 Awb bepaald dat een verbeurde dwangsom wordt betaald binnen 6 weken nadat zij van rechtswege is verbeurd,<sup>18</sup> zodat termijnstelling ex art. 4:86 Awb voor dwangsommen niet nodig is (de invorderingsbeschikking zelf is uiteraard wel nodig). Indien niet binnen de termijn van art. 5:33 Awb is betaald, staat op grond van art. 4:97 Awb het verzuim vast. Verzuim is vereist alvorens ex art. 4:112 Awb mag worden aangemaand. Voor verbeurde dwangsommen geldt dat

16 Mr. H.J. Simon, Handboek bestuurs(proces)recht volgens de Awb, Sdu 1997, par. 4.11 'De voorlopige voorzieningprocedure': "In een voorlopige voorzieningprocedure worden, naar de aard van de procedure, geen rechten of verplichtingen bindend vastgesteld. In deze procedure gaat het om het treffen van een rechterlijke maatregel ter veiligstelling van bedreigde belangen, hangende de uitspraak in de bodemprocedure. De uitspraak in kort geding heeft geen betekenis voor de uitspraak in de bodemprocedure. De 'executie' van een uitspraak in kort geding komt voor risico van de executant. Valt de uitspraak in de bodem anders uit dan levert de executie een onrechtmatige daad op. Het rechterlijk oordeel in kort geding levert geen rechtvaardigingsgrond op. ... Is de uitspraak in de bodem contrair aan de uitspraak in kort geding, dan ontberen de ter uitvoering van de uitspraak in kort geding reeds verrichte prestaties een geldige titel. De desbetreffende prestaties zullen, als onverschuldigd betaald, in beginsel kunnen worden teruggevorderd".

Zie voorts P. Schrijvers, J. Teunissen e.a., Studieboek Bestuursprocesrecht, Sdu, 2004, par. 3.1.4.1. 'Geen gezag van gewijsde uitspraak voorlopige voorziening': "De uitspraak in de vv-procedure kan al wel worden geëxecuteerd, maar zal, wanneer de uitspraak in de bodemprocedure daar van afwijkt, een onrechtmatige daad kunnen opleveren jegens de geëxecuteerde".

17 Dogmatisch gezien minder juist is mijns inziens de MvT vierde tranche, 29 702 nr. 3 sub IV Herstelsancties sub 3: "Als gezegd zal het bestuursorgaan bij de motivering van de invorderingsbeschikking een oordeel moeten geven over de vraag in hoeverre dwangsommen zijn verbeurd, maar dit oordeel heeft een declaratoir karakter: de betalingsverplichting ontstaat reeds door het niet naleven van de last en niet pas door de invorderingsbeschikking". Dit citaat impliceert dat een verplichting zou kunnen ontstaan door een feit, namelijk het niet-naleven van de last. Dat is mijns inziens onmogelijk omdat het recht een zaak van mensen is, niet van feiten: een verplichting of recht moet altijd ontstaan door een door mensen verrichte (rechts)handeling. Iets anders is, dat het recht aan bepaalde feiten gevolgen kan verbinden, rechtsfeiten. Maar voordat een feit een rechtsfeit kan zijn, moet er eerst een rechtshandeling zijn die een zodanige verandering in de wereld van het recht heeft teweeggebracht dat dit feit als zodanig is gedefinieerd, namelijk het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom.

18 Namelijk als rechtstreeks gevolg van het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom, het besluit waarmee dit rechtsgevolg werd beoogd.

voordien nog eerst ex art. 5:37 Awb de invorderingsbeschikking moet worden genomen. Indien op dat moment moet worden vastgesteld dat door verloop van een jaar na de dag waarop de dwangsom is verbeurd, de invorderingsbevoegdheid ex art. 5:35 Awb verjaard blijkt, staat deze verjaring in de weg aan het nemen van de invorderingsbeschikking en de verzending van de aanmaning (ex art. 5:37 en 4:112 Awb). In zijn algemeenheid bepaalt art. 4:104 Awb voor bestuursrechtelijke geldschulden dat de verjaring ertoe leidt dat het bestuursorgaan zijn bevoegdheden tot aanmaning en executie van een dwangbevel niet meer kan uitoefenen; bij wege van *lex specialis* geldt voor verbeurde dwangsommen ex art. 5:35 en 37 Awb dat ook de voorafgaand aan de aanmaning vereiste invorderingsbeschikking niet meer bevoegd genomen kan worden.

2.3 "Het recht op nakoming van een betalingsverplichting af te dwingen gaat door tijdsverloop teniet" aldus de Memorie van Toelichting bij de vierde tranche van de Awb.<sup>19</sup> Dit geldt zowel voor het BW als voor de Awb.

Titel 11 van boek 3 BW is getiteld 'Rechtsvorderingen'. Art. 3:296 BW bepaalt dat eenieder die tot iets verplicht is, daartoe op vordering van de gerechtigde wordt veroordeeld. De rechtsvordering is het recht om bij de rechter een veroordelend vonnis te krijgen; dat is dus iets anders dan het materiële recht zelf. Art. 3:303 BW legt vast dat zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt. Art. 3:304 BW bepaalt dat de rechtsvordering niet kan worden afgesplitst van het materiële recht dat door de rechtsvordering wordt beschermd. Art. 3:306 BW bepaalt dan dat, tenzij anders bepaald, de rechtsvordering verjaart na 20 jaar. Dan wordt dus geen veroordelend vonnis meer uitgesproken. Het materiële recht blijft bestaan (als natuurlijke verbintenis); indien de schuldenaar betaalt, kan hij het niet als onverschuldigd betaald terugvorderen. Alleen maar het recht om nakoming af te dwingen gaat teniet: dit wordt de 'zwakke werking' van de verjaring genoemd.

Art. 4:104 lid 1 Awb bepaalt wederom dat de rechtsvordering tot betaling verjaart. De Memorie van Toelichting bij dit artikellid zegt dat bestuursorganen voor bestuursrechtelijke geldschulden bij de burgerlijke rechter een procedure tot betaling kunnen beginnen, ook indien zij tevens de mogelijkheid hebben zich buiten de rechter om een executoriale titel te verschaffen door uitvaardiging van een dwangbevel. Deze weg is dus niet exclusief. Echter, de rechtsvordering bij de burgerlijke rechter verjaart in dit geval na 5 jaar. De Memorie van Toelichting vermeldt dat ook hier de zwakke werking vooropstaat: na verjaring is een bestuursrechtelijke schuld niet onverschuldigd betaald.

Lid 2 van dit artikel bepaalt dan o.m. dat de bevoegdheden tot aanmaning en uitvaardiging van een dwangbevel na verloop van 5 jaren verjaren. Art. 5:35 Awb bepaalt dat de bevoegdheid tot invordering na een jaar verjaart. De Memorie van Toelichting stelt bij art. 4:104 lid 2 Awb:<sup>20</sup>

"Dit geldt ongeacht of de schuldenaar zich op verjaring heeft beroepen. ... Het is daarbij niet van belang of de schuldenaar zich heeft beroepen op de verjaring: de bevoegdheden gaan na voltooiing van de verjaring van rechtswege teniet."

M.W. Scheltema stelt:<sup>21</sup>

"Nu in art. 4:104 lid 2 Awb wordt gesproken van het vervallen van de bevoegdheden tot het uitvaardigen van een aanmaning en een dwangbevel, alsmede van verrekening, gebeurt dat ongeacht of de schuldenaar zich op verjaring heeft beroepen."

Het intreden van de verjaring leidt er in de woorden van de wet toe dat het bestuursorgaan zijn bevoegdheden niet meer kan uitoefenen. De wet noch Memorie van Toelichting spreekt hier over 'vervallen'; dit woordgebruik is enerzijds wel duidelijk, maar anderzijds verwarring wekkend omdat daarmee de suggestie wordt gewekt van een vervaltermijn. Gaat het hier om een vervaltermijn? Of gaat het toch om verjaring? Eerder is in dit blad de vraag opgeworpen en verdedigd dat het hier voor de hand zou liggen om uit te gaan van een verval- en niet van een verjaringstermijn.<sup>22</sup> Vervaltermijnen zijn immers van openbare orde en moeten ambtshalve worden gehandhaafd; dat is ook hier de bedoeling; verjaring wordt juist niet ambtshalve beoordeeld, althans niet door de burgerlijke rechter. Toch ligt verjaring hier meer voor de hand: a. verjaring heeft zwakke werking en dat is wat de wetgever hier beoogt; verval heeft daarentegen sterke werking; b. wanneer voor een vervaltermijn zou zijn gekozen, zou geen stuiting en verlenging mogelijk zijn.<sup>23</sup>

De reden waarom hier een verjaringstermijn wordt gegeven die toch ambtshalve moet worden gehandhaafd is hier, afgezien van de wil van de wetgever, naar mijn mening gelegen in het voorwerp van de verjaring; verjaring als zodanig leidt immers juist niet tot ambtshalve beoordeling. Anders dan in het civiele recht en art. 4:104 lid 1 Awb is niet de rechtsvordering, maar de bevoegdheid van het bestuur het voorwerp van de verjaring. Of het bestuur bevoegd is, moet in het bestuursrecht ambtshalve worden beoordeeld, niet alleen door het orgaan maar ook door de bestuursrechter.<sup>24</sup> Een onbevoegd genomen invorderingsbeschikking moet ambtshalve door de bestuursrechter worden vernietigd. Daarom is het in deze situaties niet zo, zoals in het burgerlijk recht, dat op verjaring door de burger beroep zou moeten worden gedaan.

21 M.W. Scheltema, *Mastermonografieën, Staats- en Bestuursrecht, 'Bestuursrechtelijke geldschulden'*, Kluwer, 2010, p. 100.

22 J.M.H.F. Teunissen, 'Verjaring en verval bij publiekrechtelijke geldvorderingen', *Gst.* 1998/1, afl. 7085, sub 6.

23 M.W. Scheltema, *Mastermonografieën, Staats- en Bestuursrecht, 'Bestuursrechtelijke geldschulden'*, Deventer: Kluwer 2010, p. 99.

24 Art. 5:35 lid 1 Awb luidt voorafgaand aan de invoering van de vierde tranche als volgt: "De bevoegdheid tot invordering van verbeurde bedragen verjaart door verloop van 6 maanden na de dag waarop zij zijn verbeurd". Voor zover mij bekend, doch mijns inziens ten onrechte, heeft de verzetsrechter aan deze bewoordingen nooit de consequentie verbonden dat hij de verjaring ambtshalve moest onderzoeken.

19 *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 23.*

20 *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 54, onderaan.*

2.4 Wat is het gevolg van de verjaring? Na verjaring heeft bezwaarde of eiser geen belang bij de beoordeling van zijn bezwaar of beroep, omdat de bestreden beslissing nooit meer tot effect kan hebben dat er een dwangsom moet worden betaald.<sup>25</sup> Dat kan het geval zijn indien met terugwerkende kracht de dwangsom geheel is verbeurd c.q. volgelopen en verjaard. Zo ook geldt bijvoorbeeld dat het procesbelang bij het beroep tegen een omgevingsvergunning om te slopen ontbreekt, indien reeds hangende het beroep tot sloop is overgegaan. Vernietiging van zo'n vergunning, met als gevolg dat achteraf komt vast te staan dat zonder vergunning is gesloopt, leidt er namelijk niet toe dat er van rechtswege een verplichting ontstaat dat het gesloopte weer moet worden herbouwd. De regel is dat, indien er sprake is van rechtens onomkeerbare gevolgen, het procesbelang bij de rechtsgang ontbreekt.<sup>26</sup>

Voor wat betreft de verjaring van dwangsommen meen ik op grond van het vorenstaande – behoudens de uitspraak van 15 mei 2013 – dat in voorkomend geval dergelijke onomkeerbare gevolgen kunnen intreden. Als op het moment dat de rechtmatigheid van het bestreden besluit komt vast te staan de krachtens dit besluit verbeurde dwangsom al is verjaard, dan kan het mijns inziens geen kwaad om het beroep in te trekken, al was het maar omdat dan het procesbelang ontbreekt en de rechter op die grond tot niet-ontvankelijkverklaring zou moeten overgaan.

2.5 De mogelijkheid van stuiting of schorsing van de verjaring zou dit uiteraard mogelijk anders maken, mits tijdig benut. Kan er door het bestuursorgaan worden geschorst of gestuit, hangende de schorsing respectievelijk het door het bestuursorgaan ingestelde hoger beroep?

Over schorsing kan ik kort zijn: de huidige wet kent deze mogelijkheid niet. Voorheen was dit anders. Toen bepaalde art. 5:35 lid 2 Awb dat de verjaring van de dwangsom werd geschorst door ieder wettelijk beletsel voor de invordering van de dwangsom: daaronder viel ook de schorsing van de last onder dwangsom als gevolg van een voorlopige voorziening. Door deze schorsing ontbreekt immers op dat moment de opeisbaarheid van de vordering tot betaling van de dwangsom.<sup>27</sup> Ook een naderhand in hoger beroep vernietigd vonnis waarbij de last onder dwangsom (dus achteraf ten onrechte) werd herroepen, leverde mijns inziens een tot

schorsing van de verjaring leidend invorderingsbeletsel op. Op het moment dat onder oud recht door de uitspraak in de bodem de schorsing verviel, eindigde tevens de schorsing van de verjaring zodat de verjaring (verder) ging lopen. Echter, dit wetsartikel is met de invoering van de vierde tranche van de Awb vervallen. Daarmee is de rechtsfiguur van schorsing van de verjaring verdwenen zonder dat er aandacht is geweest voor het beoogde effect van deze rechtsfiguur, namelijk verjaring te voorkomen van de aanvankelijk geschorste, na het verval van de voorlopige voorziening verbeurd blijvende dwangsom, hoewel er nooit een incassomogelijkheid geweest is. Het voorkomen van deze verjaring is essentieel, omdat anders het belang bij een bodemuitspraak verloren gaat en er dus nooit een bodemuitspraak komt. Deze rechtsfiguur voorkwam daarmee dus het 'bodeloos' geraken. Eenzelfde functie had deze rechtsfiguur in geval van de vernietiging van de uitspraak in eerste aanleg door de Afdeling.

Kan de – naar achteraf blijkt – tijdens de bodemprocedure lopende verjaringstermijn worden gestuit? Ook daaraan is in het kader van de totstandkoming van de vierde tranche geen woord gewijd. Uit de wet volgt echter een negatief antwoord.

Art. 4:105 Awb bepaalt dat de verjaring wordt gestuit door erkenning van de rechtsvordering (1), dan wel door een daad van rechtsvervolgning overeenkomstig art. 3:316 lid 1 BW (2). Art. 4:106 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan de verjaring ook kan stuiten door een aanmaning als bedoeld in art. 4:112 Awb (3). Een erkenning (1) mag uiteraard niet worden verwacht.

Een aanmaning (3) zit er ook niet in, want uitsluitend de schuldenaar die in verzuim is, kan worden aangemaand, zo bepaalt art. 4:112 Awb. Een schuldenaar die de dwangsom is verschuldigd op basis van een achteraf ten onrechte geschorst besluit, blijkt uiteindelijk wel door de bodemuitspraak de dwangsom verschuldigd te zijn, maar was hangende de schorsing niet in verzuim omdat de betalingsverplichting op dat moment niet opeisbaar was. Tijdens/vanwege de schorsing ontbreekt immers de rechtsgrondslag voor de verbeurde van de dwangsom; pas na het verval van de voorlopige voorziening ex art. 8:85 Awb blijkt de overtreder met terugwerkende kracht de dwangsom verbeurd te hebben en in verzuim te zijn geweest. Na de uitspraak in eerste aanleg geldt hangende het hoger beroep dat de primaire last herroepen is: ook in die situatie kan er dus niet tot invordering besloten worden, laat staan aangemaand.

Een daad van rechtsvervolgning (2) houdt in dat bij de gewone rechter gedagvaard wordt tot betaling van de geschorste dwangsom. Op zichzelf zou dat kunnen, gelet ook op art. 4:104 lid 1 Awb, want eenieder die onder een bepaalde voorwaarde tot een zekere prestatie gehouden is, kan onder die voorwaarde worden veroordeeld (art. 3:296 BW). In dit geval luidt de voorwaarde dat de schorsing door de

25 Zie ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8661; 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ6802 en 21 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0833.

26 Zie ABRvS 29 augustus 2007, LjN BD7925; 4 maart 2009, LjN BH4669 en 3 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8943.

27 Via art. 138 Gemeentewet (oud) en art. 611g Rv (oud) is deze bepaling uiteindelijk ontleend aan de Eenvormige Beneluxdwangsomwet. Beekhoven van den Boezem schrijft daar over: "Blijkens de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting is de betreffende bepaling opgenomen omdat vervallen dwangsommen in geval van faillissement van de veroordeelde niet ter verificatie kunnen worden ingediend. De bepaling is mede van toepassing verklaard op andere gevallen van wettelijke verhindering om de dwangsom ten uitvoer te leggen." (De dwangsom in het burgerlijk recht, Kluwer Deventer 2006, p. 323); zie voorts HR 29 juni 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BW1259) "Nu in artikel 438 Rv. aan de voorzieningenrechter de bevoegdheid is gegeven 'desgevorderd de executie [te] schorsen voor een bepaalde tijd of totdat op het geschil zal zijn beslist', vormt een uit hoofde van die bevoegdheid uitgesproken schorsing van de tenuitvoerlegging van dwangsommen een wettelijk beletsel in de zin van art. 611g lid 2."



bodemuitspraak zal vervallen.<sup>28</sup> Dit vooronderstelt dan wel de bevoegdheid van de overheid om een dergelijke dagvaarding bij de gewone rechter te laten uitbrengen. Daar gaat de schoen wringen. Zou een bestuursorgaan de bevoegdheid hebben om zich ter invordering van een naar stellen voorwaardelijk verbeurde, doch ten tijde van de dagvaarding geschorste of herroepen last onder dwangsom rechtstreeks te wenden tot de gewone rechter? Rauwelijks, dus zonder aanmaning (of ingebrekestelling) omdat de aanmaningsbevoegdheid door de schorsing in afwachting van de bodemuitspraak ontbreekt? Dat zou impliceren dat de gewone rechter zou moeten oordelen over de vraag of de dwangsombeschikking al dan niet is nageleefd. Dat oordeel echter komt naar de bedoeling van de Awb-wetgever toe aan de bestuursrechter. Deze heeft immers in art. 5:37 Awb bepaald dat, alvorens aan te manen tot betaling van de dwangsom, het bestuursorgaan bij beschikking omtrent de invordering van een dwangsom moet beslissen.<sup>29</sup> Bij deze invorderingsbeschikking moet worden beoordeeld of de dwangsom al dan niet is verbeurd. Het gaat hier dus om de vaststelling van een feit: is de last overtreden of niet? Een rechtshandeling is dit niet; het is ook geen rechtsvaststellende beschikking – het gaat enkel om de vaststelling van het feit van de overtreding omdat het recht al in het dwangbesluit is vastgelegd, reden waarom dit voorheen in de verzetsprocedure door de gewone rechter beoordeeld werd<sup>30</sup> -, maar naar de bedoeling van de Awb-wetgever is dat een kwestie die door de bestuursrechter beoordeeld moet worden.<sup>31</sup> In de Memorie van Toelichting is gesteld:

28 L.J.M. Timmermans stelt in zijn noot onder deze uitspraak *JB* 2013/130 dat de rechtsvordering bij gebreke van een geldende last onder dwangsom niet zou bestaan. Daar ben ik het niet mee eens: aangezien het vorderingsrecht voorwaardelijk bestaat, bestaat ook de rechtsvordering. Weliswaar voorwaardelijk, maar dat is geen probleem voor het aanhangig maken van de vordering teneinde de verjaring te stuiten.

29 Ik heb reeds opgemerkt dat in het bestuursrechtelijke spoor ex art. 4:112 Awb niet tot aanmaning kan worden overgegaan, omdat er bij gebreke van opeisbaarheid geen verzuim is; vandaar dat er in het bestuursrechtelijke spoor ook geen invorderingsbeschikking kan worden genomen.

30 Een rechtshandeling is een handeling waarbij in de wereld van het recht een wijziging wordt beoogd. Deze rechtshandeling is hier het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom: met deze last is de inhoud van het recht helder. Een rechtsvaststellend besluit is een rechtsoordeel van het bestuur over de vraag hoe het recht moet worden toegepast (zie verder prof. mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Het rechtsvaststellend besluit onder de loupe', *Gst.* 1999/1, afl. 7092). Het oordeel dat een dwangsom is verbeurd, is een declaratoir: op basis van het geconstateerde feit wordt voor recht verklaard dat de dwangsom is verbeurd. Omdat het recht, dus de last, zeker is, is het hier niet een te beantwoorden vraag hoe het recht moet worden toegepast. Daarom gaat het hier naar mijn mening niet om een rechtsvaststellend besluit. Uitsluitend omdat dit declaratoir door de wetgever als besluit/beschikking wordt aangemerkt, is de bestuursrechter bevoegd. Het gaat hier om een beschikking krachtens wetsduiding.

31 Ik citeer de MvT vierde tranche, 29 702 nr. 3 sub IV Herstelsancties bij art. 5:37: "Dit betekent, overeenkomstig de hoofdregel van de nieuwe titel 4.4, tevens dat de bestuursrechter voortaan zal oordelen over geschillen over het bestaan en de omvang van de geldschuld. Dat is juist bij de last onder dwangsom van groot belang, omdat geschillen over het bestaan van de geldschuld hier niets anders zijn dan geschillen over de vraag of de last is overtreden. ... Over deze typisch bestuursrechtelijke geschillen kan thans slechts de civiele (executie-)rechter oordelen, hetgeen, zoals elders in deze toelichting uiteengezet, uit systematisch oogpunt, maar ook uit een oogpunt van rechtsbescherming van de (vermeende) overtreder, ongewenst is".

"Deze bijkomende beschikkingen zijn vatbaar voor bezwaar en beroep. Dat is ook wenselijk, want het is immers juist de bedoeling om de toegang tot de bestuursrechter te openen".

De bestuursrechter moet oordelen over het bestaan en de omvang van de geldschuld; daarom heeft de wetgever de beslissing om over te gaan tot (feitelijke) invordering als beschikking aangemerkt en daaraan in art. 5:39 Awb verboden dat de procedure tegen het dwangsombesluit mede betrekking heeft op het daaropvolgende invorderingsbesluit. Daarmee verdraagt zich niet dat de gewone rechter zal gaan oordelen over de vraag of de dwangsom al dan niet verbeurd is. De privaatrechtelijke weg leidt daarmee tot een onaanvaardbare doorkruising van de publiekrechtelijke weg, in de zin van het *Windmill*-arrest.<sup>32</sup> Daarom kan mijns inziens de verjaring van de dwangsomvordering niet worden gestuit door hangende de bestuursrechtelijke bodemprocedure of procedure in hoger beroep bij de gewone rechter een (voorwaardelijke) vordering in te stellen.

2.6 De voorzieningenrechter moet in zijn belangafweging meenemen of, voor het geval de bodemrechter tot een ander oordeel komt, de gevolgen van de te treffen voorziening al dan niet onomkeerbaar zijn. Als de gevolgen onomkeerbaar zijn en de voorlopige voorziening mogelijk definitieve consequenties heeft, noopt dit in beginsel tot weigering van de voorziening. In het geval van het verzoek tot schorsing van een last onder dwangsom bestaat het risico dat door verjaring en het daardoor intreden van het verlies van belang om de opgelegde dwangsom nog te bestrijden de bodemrechter nooit meer tot een uitspraak geraakt. De procedure dreigt dan zonder voorwerp te geraken zodat niet-ontvankelijkverklaring moet volgen, als het beroep niet reeds in verband hiermee door de overtreder zelf wordt ingetrokken. Dan dreigt definitieve werking van de voorlopige voorziening, zodat vanwege dit risico in principe een schorsing van een last onder dwangsom moet worden afgewezen. Aan een afwijzend oordeel draagt ook bij dat het belang van verzoeker bij de verzochte schorsing in zoverre toch al niet zo groot was, doordat hij het bestuursorgaan op grond van onrechtmatige daad kan aanspreken voor de schadelijke gevolgen indien het oordeel van de bestuursrechter ertoe leidt dat de last onder dwangsom onderuitgaat.

2.7 B&W van Waalwijk hebben op 3 oktober 2011 een last onder dwangsom opgelegd en in bezwaar gehandhaafd. De voorzieningenrechter doet direct uitspraak ten gronde: het beroep is gegrond, de beslissing op bezwaar wordt vernietigd en de primaire last herroepen. Hij oordeelt dat er geen overtreding is. B&Wgaan in hoger beroep. Ik neem aan dat de overtreder als gevolg van de uitspraak in eerste aanleg de last naast zich heeft neergelegd. Mijn betoog tot dusver zou leiden tot de uitkomst dat:

32 HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC0965, NJ 1991-691.

- bij mogelijke gegrondverklaring van het hoger beroep, de vernietiging van de uitspraak in eerste aanleg en het alsnog ongegrond verklaren van het beroep,
- of de dwangsom geheel verbeurd en verjaard blijkt, zodat het hoger beroep zonder voorwerp is geraakt en het hoger beroep niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard (en ook het beroep van de overtreder, indien de Afdeling aan de beoordeling daarvan zou toekomen; in deze situatie komen wij niet te weten of de hoger beroepsrechter ook vindt dat er geen overtreding is);
- of de dwangsom blijkt te zijn verbeurd en geheel of gedeeltelijk niet verjaard, zodat enerzijds de burger zich vermoedelijk zal verbazen dat hij als overtreder moet betalen en anderzijds het bestuursorgaan zich moet haasten om te stuiten (eventueel kan het een nieuw dwangsbesluit opleggen, hetgeen op basis van het oordeel van de hoger beroepsrechter dat er wel een overtreding bestaat, dan ook mogelijk is).

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft in de uitspraak van 15 mei 2013 echter de gevolgen van de vernietiging aldus bepaald, dat ex nunc de begunstigingstermijn (opnieuw) gaat lopen vanaf de dag van haar uitspraak. Dat is een buitenwettelijke oplossing omdat de bestuursrechter uitsluitend zelf in de zaak kan voorzien indien het beroep gegrond wordt verklaard en dat is hier nu juist niet het geval (art. 8:72 Awb); de wetgever heeft de rechter niet (expliciet) de bevoegdheid gegeven iets dergelijks te bepalen. Het is niet duidelijk of in die zaak de dwangsom als reeds volledig verjaard zou moeten worden aangemerkt; zo ja, dan heeft de Afdeling dit probleem mogelijk stilzwijgend genegeerd, hetgeen in het licht van de wettelijke opdracht om dit ambts-halve te beoordelen opmerkelijk zou zijn. Zo nee, heeft de Afdeling de burger nog de kans gegeven om de verbeurde van de dwangsom te vermijden, die het gevolg zou zijn van de wettelijke ex tunc-werking van de vernietiging.

Deze oplossing is van belang, zowel voor het zich voordoeende geval van vernietiging van een in eerste aanleg gedane uitspraak als voor het geval waarin de bodemrechter een uitspraak zou willen doen die afwijkt van een door de voorzieningenrechter uitgesproken schorsing/voorziening. Deze oplossing bewerkstelligt in ieder geval dat de rechter in hoger beroep of de bodemrechter tot een inhoudelijke uitspraak kan komen. Partijen blijven immers door deze oplossing belang houden bij een uitspraak, hoewel slechts met werking voor de toekomst, maar daarmee is in elk geval de dreiging van niet-ontvankelijkheid van de baan. Deze uitspraak is ook van belang voor de belangenafweging van voorzieningenrecht: hun eventuele schorsingsuitspraak is in elk geval voor de toekomst als gevolg van de uitspraak van de bodemrechter nog wel omkeerbaar. Dan is minder terughoudendheid bij het uitspreken van schorsing vereist.

### 3. Afronding

De bevinding in deze beschouwing is dat de Afdeling in haar uitspraak van 15 mei 2013 voor de door de wetgever opgeworpen problemen die het gevolg zijn van vernietiging van de uitspraak in eerste aanleg en het intreden van verjaring,

een heel nuttige en praktische, maar buitenwettelijke oplossing heeft bedacht.<sup>33</sup> De door de Afdeling gekozen oplossing komt er in elk geval op neer dat aan de vernietiging van de uitspraak van de bodemrechter in eerste aanleg terugwerkende kracht wordt onthouden, en dat de gevolgen van deze uitspraak pas ongedaan worden gemaakt vanaf de dag van de uitspraak in hoger beroep. De Afdeling accepteert de terugwerkende kracht van de vernietiging van de uitspraak in eerste aanleg niet. Verdient de wet wellicht heroverweging? Zou de door de Afdeling ingeslagen weg niet ook een oplossing zijn voor de terugwerkende kracht van het verval van een voorlopige voorziening? Is de modellering van de bestuursrechtelijke voorlopige voorziening naar het civiele kort geding nu eigenlijk wel zo goed doordacht? Zou een voorlopige voorziening in het bestuursrecht niet beter kunnen worden gekwalificeerd als een rechtsmiddel, zodat aan het gebruik daarvan door de burger geen aansprakelijkheidsrisico kleeft?

<sup>33</sup> L.J.M. Timmermans stelt in zijn noot onder deze uitspraak *JB* 2013/130 de vraag of de Afdeling hier niet buiten zijn wettelijke boekje is gegaan en meent dat deze manier van opereren een brug te ver is. Met dat laatste ben ik het niet eens.