

Vul het voorlopige voorzieningenvacuüm

NTB 2019/45

1. Inleiding

Aan het verzoek om voorlopige voorziening zelf komt geen schorsende werking toe. Alleen toewijzing van een dergelijk verzoek door de voorzieningenrechter kan tot schorsing van een aangevallen besluit leiden.² Dit artikel heeft betrekking op de fase tussen de indiening van het verzoek en de uitspraak van de voorzieningenrechter op dat verzoek.

Een tijd lang regelde (de griffie van) een voorzieningenrechter zelf met partijen dat de uitvoering van een besluit voortgaande aan de zitting en de uitspraak werd opgeschort. Op deze vaste praktijk konden bestuursorganen en gemachtigden als het ware blindvaren.

De verschillende voorzieningenrechters hebben deze werkwijze echter al een tijdje losgelaten, waardoor bestuursorganen en gemachtigden vaak niet weten waaraan zij toe zijn, wanneer een verzoek om voorlopige voorzieningen wordt ingediend. De ene voorzieningenrechter blijft per definitie passief, de ander treft in de regel een ordemaatregel ex artikel 8:83, lid 4, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)³ en weer een andere werkt volgens een interne richtlijn.⁴

De huidige, niet-eenduidige rechterlijke omgang met de behandeling van ingediende verzoeken om voorlopige voorziening heeft een aantal belangrijke gevolgen, waaronder a.) uitholling van de rol van de voorzieningenrechter, b.) rechtsonzekerheid bij indieners van verzoeken om een voorlopige voorziening en c.) regelmatige, onmiddellijke nutteloosheid van aangespannen rechtszaken.

Dit artikel beschrijft de oude rechterlijke praktijk en de nieuwe rechterlijke praktijk met betrekking tot de behandeling van binnenkomende verzoeken om voorlopige voorziening. Daarnaast schetst het, mede aan de hand van praktijkcasus, een aantal tendensen in dat opzicht en de risico's die daarvan uitgaan. Het eindigt met een oproep. Alvorens deze onderwerpen aan bod komen, is uiteraard van belang hoe de hoofdregel dat een verzoek om voorlopige voorzie-

ning op zichzelf geen schorsende werking heeft tot stand is gekomen.

2. De wetsgeschiedenis en jurisprudentie

Het antwoord op de vraag hoe de ongeschreven regel tot stand is gekomen dat aan een verzoek om voorlopige voorziening geen schorsende werking toekomt is: Dat is onduidelijk, omdat de Awb-wetgever dit nergens heeft bepaald en er ook geen expliciete aandacht aan heeft besteed. Onderzoek van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie laat zien dat langdurig sprake is van een situatie waarbij de wetgevendende macht vertrouwde op de rechterlijke macht en de rechterlijke macht op haar beurt de (onduidelijke) bedoelingen van de wetgever tot uitgangspunt heeft genomen voor zover het om de behandeling van binnenkomende verzoeken om voorlopige voorziening gaat.

De rechterlijke macht gaat er bij het zwijgen van de wetgever vanuit dat een verzoek om voorlopige voorziening zelf geen schorsende werking heeft. Enerzijds, omdat dit niet is geregeld in artikel 8:81 Awb en verder, welke artikelen zien op de voorlopige voorziening. Anderzijds, omdat dit aansluit op de artikelen 6:16 en 6:24 Awb waarin staat dat het bezwaar en het (hoger) beroep geen schorsende werking hebben.⁵

In zijn preadvies 'De voorlopige voorziening in het Nederlandse bestuursrecht' schrijft mr. drs. Th. Simons het volgende hierover:

"Daarnaast zijn in artikel 8:81, vierde lid, Awb enkele bepalingen van hoofdstuk 6 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard op de voorlopige voorzieningenprocedure. Daaronder is niet artikel 6:16 Awb, hetgeen betekent dat het – enkele – indienen van een verzoek om voorlopige voorziening niet de werking van het in de hoofdzaak bestreden besluit schorst. Een andere keuze zou de hoofdregel van artikel 6:16 Awb illusoir hebben gemaakt."⁶

Aan deze passage ging mede de volgende notie van Simons vooraf:

1 Roland Mans is bestuursrechtadvocaat en partner bij Corten De Geer Advocaten in Amsterdam. Meike Pakkert en Eline Binnerts zijn studenten rechtsgeleerdheid die enkele maanden stage bij dit kantoor hebben gelopen. Zij hielpen Roland Mans met onderzoek naar de wetsgeschiedenis en jurisprudentie, met het veldonderzoek onder de voorzieningenrechters en met 'tegenlezen'.

2 Deze ongeschreven regel staat niet in de wet. (Zie artikel 6:16 en 6:24 Awb en de volgende paragraaf van dit artikel over relevante wetsgeschiedenis en jurisprudentie.) Uiteraard bestaan er uitzonderingen op deze hoofdregel. Denk bijvoorbeeld aan artikel 6:1, derde lid, juncto artikel 6:2 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en aan artikel 8.4 van de Wet ruimtelijke ordening. Een verzoek om voorlopige voorziening tegen sloop- en aanlegactiviteiten heeft wel schorsende werking.

3 Artikel 8:83, vierde lid, van de Awb luidt: "Indien onverwijld spoed dat vereist en partijen daardoor niet in hun belangen worden geschaad, kan de voorzieningenrechter ook in andere gevallen uitspraak doen zonder toepassing van het eerste lid."

4 Zie paragraaf 7 'Enquête' hierna.

5 Artikel 6:16 Awb luidt: "Het bezwaar of beroep schorst niet de werking van het besluit waartegen het is gericht, tenzij bij of krachtens wettelijk voorschrift anders is bepaald." Toelichting bij artikel 6.2.8a Awb (nu 6:16), memorie van toelichting, *Tweede Kamer*, vergaderjaar 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 135-136: "Dit artikel legt als hoofdregel van administratief procesrecht vast dat het maken van bezwaar of het instellen van beroep geen schorsing meebrengt van het bestreden besluit. Zowel in de bestaande wetgeving als in literatuur en jurisprudentie wordt van deze hoofdregel uitgegaan (zie bijvoorbeeld HR 10 juni 1958, NJ 1959, 46, AB 1959, 374, m.n.; Vz. Afd. geschillen van bestuur 7 september 1977, AB 1977, 381 m.n.; HR 26 oktober 1979, NJ 1980, 127, AB 1980, 119 m.n., en Vz. CBB 25 januari 1985, AB 1985, 481, m.n.)."

6 VAR-reeks 136, De voorlopige voorziening in het bestuursrecht, mr. drs. Th.G.M. Simons, mr. dr. A.T. Marseille en prof. mr. B.W.N. de Waard, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2006, p. 23.

"Aan de hoofdregel van artikel 6:16 Awb ligt verder ten grondslag, dat aldus wordt voorkomen dat – oneigenlijk – gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid bezwaar of beroep in te stellen uitsluitend om de uitvoering van een onwelgevallig besluit te verhinderen. Of, nog erger, uitsluitend om de geadresseerde van het besluit dwars te zitten."⁷

De volgende passage uit de jurisprudentie is exemplarisch voor de wijze waarop de bestuursrechter steeds naar de wetgever heeft gekeken bij het beantwoorden van de vraag of een bestuursrechtelijk rechtsmiddel, waaronder een verzoek om voorlopige voorziening, zelf schorsende werking heeft of niet:

"Als algemeen beginsel van administratief recht kan worden aangenomen dat bij het zwijgen der wet de werking van een aan beroep onderhevig besluit, hangende de beroepstermijn en hangende een ingesteld beroep, niet wordt opgeschort."⁸

In de wetsgeschiedenis van de Awb ten aanzien van artikel 8:81 Awb valt over de manier waarop de rechter steeds naar de wetgever heeft gekeken (en dus vice versa) het volgende te lezen:

"De betekenis van artikel 107 van de Wet op de Raad van State is in de jurisprudentie nader omlijnd. Gewezen kan worden op de uitspraak van de voorzitter van de Afdeling rechtspraak van 17 maart 1986 (Gem.st. 6813, nr. 9, m.nt. J.M.K.). De voorzitter overwoog onder meer: «Aangenomen moet worden dat met de uitdrukking: «de belanghebbende» wordt bedoeld op degene die het geschil ahangig heeft gemaakt dan wel het bezwaarschrift heeft ingediend waarover in de aanhef van de bepaling wordt gesproken. Blijkens de voorgeschiedenis met betrekking tot deze bepaling wilde de wetgever immers bij een algemene regeling van een voorziening tegen administratieve beschikkingen **aan het enkele vragen van een dergelijke voorziening door de belanghebbende niet zonder meer schorsende werking verbinden** (vet: RM) doch achtte hij daartoe tussenkomst van de rechter vereist.»"⁹

De wetgevende macht op haar beurt heeft steeds op de voorzieningenrechter, diens bevoegdheden en zijn snelheid

van rechtspreken vertrouwd om te voorkomen dat een besluit al is uitgevoerd voordat op een verzoek om voorlopige voorziening is geoordeeld. Ook vertrouwt de wetgever op de autoriteit van de rechter als die een bestuursorgaan of vergunninghouder vraagt om even pas op de plaats te maken. Zie bijvoorbeeld deze passage uit de wetgevingsgeschiedenis van artikel 107 van de Wet op de Raad van State (inmiddels vervallen):

"Indien een verzoek om schorsing is gedaan, blijkt in de praktijk het orgaan in reactie op een daarop gerichte vraag van of vanwege **de voorzitter dikwijls onmiddellijk bereid de uitvoering van het besluit waartegen de bezwaren bestaan, op te schorten** (vet: RM) en zulks tevens schriftelijk te bevestigen. Indien de verzoeker daarmee instemt, kan het verzoek zonder bezwaar ter zijde worden gelegd."¹⁰

Uit de wetgevingsgeschiedenis en de rechtspraak kan, zo blijkt hieruit, in ieder geval worden afgeleid dat niemand in het bestuursrechtelijke domein twijfelt aan de ongeschreven hoofdregel dat aan een verzoek om voorlopige voorziening geen schorsende werking toekomt. Op de vraag in welke gevallen van deze hoofdregel door de rechter mag of zelfs moet worden afgeweken, geeft de wetgever noch de rechtspraak echter het antwoord. Hierdoor is het vacuüm ontstaan dat onderwerp is van dit artikel en dat de bestuursrechtelijke voorzieningenrechtters vooralsnog zelf invullen, zij het op verschillende wijze, zoals ik zal laten zien.

3. Oude praktijk

Om te voorkomen dat een besluit werd geëffectueerd voordat de voorzieningenrechter zich erover had gebogen, bestond, als opgemerkt, lange tijd een geoliede praktijk waarbij bestuursorganen, nadat een verzoek om voorlopige voorziening was ingediend, de uitvoering van een aangevallen besluit op eerste verzoek van de rechter of zelfs eigener beweging opschortten. Een belletje van de rechter om die opschorting te bereiken dan wel te verifiëren volstond. Het kwam bij uitzondering voor dat een voorzieningenrechter per kerende post een ordemaatregel trof ter opschorting van een besluit wanneer een bestuursorgaan weigerde daaraan mee te werken. Rechtshulpverleners, waaronder de gemachtigden die derde-belanghebbenden zoals vergunninghouders bijstonden, konden er dan ook vanuit gaan dat de besluiten waartegen een verzoek om voorlopige voorziening was ingediend op een enkele uitzondering na niet werden uitgevoerd voordat een uitspraak op dat verzoek was

7 VAR-reeks 136, De voorlopige voorziening in het bestuursrecht, mr. drs. Th.G.M. Simons, mr. dr. A.T. Marseille en prof. mr. B.W.N. de Waard, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2006, p. 13 en voetnoot 14.

8 AGRvS (vz.) 07-09-1977, ECLI:NL:RVS:1977:AM3680, m.nt. F.H. van der Burg, AB 1977,381 Deze uitspraak werd maatgevend, zoals blijkt uit deze passage in een noot van M. Scheltema: "De Vz. had geen schorsende werking van het beroep op de Kroon aangenomen op grond van de algemene regel dat beroep in het administratief recht geen schorsende werking heeft (uitspraak Vz. in AB 1977,381 m.nt. F.H. v. d. B.). Nu is juist dat bij stilzwijgen van de wet veelal van die regel wordt uitgegaan (zie rapport Algemene Bepalingen van Administratief Recht, 4e dr., p. 392 en bijv. Hof Arnhem 4 mei 1976, NJ 1977, 155)."

9 Memorie van antwoord bij artikel 8.3.1 Awb (nu 8:81), Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22495, nr. 6, p. 62.

10 Memorie van toelichting Wet op de Raad van State artikel 107 (inmiddels vervallen), Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 18803, nrs. 1-3, p. 13. Illustratief is ook de volgende passage uit de wetsgeschiedenis van de Wet gemeenschappelijke regelingen: "In beide artikelen zijn deze leden geschrapt in verband met artikel 8.3.1 van de Awb en artikel 289 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Voor een afzonderlijke regeling naast deze bepalingen bestaat onvoldoende reden. De rechter beschikt, wanneer hem een verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan, over voldoende mogelijkheden om te voorkomen dat onmiddellijke uitvoering van het besluit onevenredig nadeel met zich zou brengen (vet: RM)."

gedaan. Ook de bestuursorganen die de besluiten hadden genomen, gingen daar van uit.

Het was natuurlijk een voordeel dat eenieder in de rechtspraktijk wist waaraan hij toe was wanneer een verzoek om voorlopige voorziening werd ingediend tegen een besluit. Tegelijkertijd deed de oude praktijk geen recht aan de belangen van derde-belanghebbenden en bestuursorganen bij de voortgang van vergunde projecten alsmede handhavingstrajecten. Immers, stillegging van vergunde projecten of van handhavingstrajecten leidt niet zelden tot schade. Het ligt dan ook niet in de rede dat partijen vrijwillig tot opschorting daarvan overgaan, enkel en alleen vanwege de indiening van een verzoek om voorlopige voorziening, temeer nu de wet daartoe niet verplicht. Dit geldt zeker als de indiener van het verzoek om een of andere reden de verdenking op zich heeft geladen vooral dwars te willen liggen.

4. Nieuwe praktijk

Naar schatting tien jaar geleden begonnen met name verscheidene afdelingen handhaving van gemeenten in afwijking van de oude praktijk te werken. Zij weigerden steeds vaker om op verzoek van burgers de begunstigingstermijn van een last onder dwangsom vrijwillig te verlengen, nadat een verzoek om voorlopige voorziening daartegen was ingediend. Hoogstens schorpten de afdelingen, die mede door de druk van verzoekers om handhaving steeds meer gericht zijn op voorspoedige en stringente handhaving, de invordering van dwangsommen op.

Als de rechter in die gevallen niet ingreep voorafgaand aan zijn uitspraak, kwam het voor dat de burger zonder dat hij het beseft dwangsommen aan het verbeuren was, terwijl de last inhoudelijk gezien nog onder de rechter was. Na afwijzing van het beroep kreeg een onprettig verraste burger dan de volgende mededeling: 'Wij hebben weliswaar de *inning* van de dwangsommen opgeschort vanwege de voorzieningenprocedure, maar *niet de last en de begunstigingstermijn* daarin. Nu u ongelijk heeft gekregen, willen wij niet alleen nog steeds dat u aan de last voldoet, maar ook alle reeds verbeurde dwangsommen hebben.'¹¹

In het handhavingsdomein doet een partij, tegen wie de handhaving zich richt, er daarom al een klein decennium goed aan om met het *bevoegde* bestuursorgaan *zwart-op-wit* af te spreken dat de begunstigingstermijn wordt verlengd tot een bepaalde termijn na de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening. Lukt dat niet, dan moet de vermeende overtreder hopen dat de voorzieningenrechter een ordemaatregel neemt of tijdig voor het einde van de begunstigingstermijn uitspraak doet, omdat deze burger anders dwangsommen verbeurt.

In het omgevingsrecht komt het ook steeds vaker voor dat een vergunninghouder weigert een project eigener bewe-

ging op te schorten als daartegen een verzoek om voorlopige voorziening is ingediend. Dit is zelfs het geval als de gemeente daarom verzoekt, al dan niet na informeel aandringen van een voorzieningenrechter. Dit heeft tot gevolg dat bijvoorbeeld kapwerkzaamheden of bouwwerken al tamelijk vergevorderd kunnen zijn, vaak zelfs onomkeerbaar ver gevorderd zijn, als de voorzieningenrechter zich daarover nog moet buigen.

Om dergelijke situaties te voorkomen, kunnen voorzieningenrechtters terugvallen op hun bevoegdheid om een ordemaatregel te treffen.¹² Het is daarom verstandig dat iedere rechtzoekende die een verzoek om voorlopige voorziening indient de rechter tevens vraagt een ordemaatregel te treffen. Probleem is echter dat de ene rechter wel ordemaatregelen treft, al dan niet op verzoek, en de ander niet. Het is onvoorspelbaar en onduidelijk welke voorzieningenrechter al dan niet ordemaatregelen treft, in welke gevallen hij dat doet en hoe en waarom hij dat doet.

Mede in het licht van enkele algemene ontwikkelingen in de rechtspraktijk en in het licht van een klein veldonderzoek, die hierna worden beschreven, kan worden afgeleid (dat de hoofdregel dat de indiening van een verzoek om voorlopige voorziening geen schorsende werking heeft) een aantal ongewenste effecten heeft.

5. Ontwikkelingen in de voorlopige voorzieningenpraktijk

Met name in het handhavings- en omgevingsrechtelijke domein, waartoe dit stuk zich beperkt, is een ontwikkeling waarneembaar waarbij bestuursorganen en vergunninghouders steeds minder vaak de uitvoering van een besluit of vergunning opschorten als daartegen een verzoek om voorlopige voorziening is ingediend. Dat wordt simpelweg geweigerd, ook als daarom expliciet wordt verzocht door de procederende partij dan wel de rechter. De partij die om schorsing van een besluit of van een vergunning heeft verzocht, staat dan met lege handen en mag hopen dat de zitting en uitspraak niet te laat komen.

Deze ontwikkeling hangt samen met een ontwikkeling waarbij derde-belanghebbenden, met name vergunninghouders en verzoekers om handhaving, en ook de betrokken bestuursorganen steeds assertiever zijn geworden. De vergunninghouders accepteren steeds minder dat hun project, waarvoor een vergunning is verleend die in werking is getreden, stil komt te liggen met alle schadelijke gevolgen van dien. Zij zijn niet bereid die schade vrijwillig te dragen. Ook de indieners van een toegewezen verzoek om handhaving, zijn steeds minder bereid in te stemmen met opschorting daarvan. De bestuursorganen die weloverwogen deze begunstigende besluiten hebben genomen, accepteren ook steeds minder dat de uitvoering daarvan moet worden gestaakt. De bestuursorganen hebben daarbij veel meer oog

¹¹ De incasso van dwangsommen wordt door veel gemeenten helaas te veel als een prettige inkomstenbron gezien. Naar mijn stellige overtuiging is een overmaat aan toezicht, maar vooral de steeds rigider handhaving door allerlei overheidsorganen, een van de belangrijkste redenen voor de kloof tussen burger en overheid. Invoering van het 'vergisrecht' zou veel goed maken.

¹² Deze bevoegdheid ontleent de voorzieningenrechter, zoals opgemerkt, aan artikel 8:83, vierde lid, van de Awb. Of deze bepaling mede met het oog op schorsingen van aangevallen besluiten, voorafgaande aan de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening is geschreven, is niet door de auteurs onderzocht.

dan voorheen voor de belangen van de vergunninghouders en handhavingsverzoekers, die op hun beurt vaak 'als een bok op de haverkist zitten'. Bovendien zijn derde-belanghebbenden en bestuursorganen tegenwoordig beter bekend met de hoofdregel dat aan een verzoek om voorlopige voorziening geen schorsende werking toekomt. Kortom: de bereidheid om de uitvoering van aangevallen besluiten vrijwillig op te schorten is fors afgenomen.

Tegelijkertijd valt op dat de ene voorzieningenrechter anders omgaat met een binnenkomend verzoek om voorlopige voorziening dan de ander. Zo wordt in het ene arrondissement de effectuering van een besluit voorafgaande aan de uitspraak al snel voorkomen door middel van een ordemaatregel, waarover hierna meer, terwijl in het andere arrondissement de voorzieningenrechter passief blijft. Het komt voor dat zelfs *binnen* rechtbanken verschillen van omgang bestaan met betrekking tot binnenkomende verzoeken om voorlopige voorziening. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) hanteert een eigen werkwijze.

De samenloop van deze ontwikkelingen zorgt er steeds vaker voor dat het verzoek om voorlopige voorziening als rechtsmiddel zijn slagkracht verliest en de rol van de voorlopige voorzieningenrechter wordt uitgehold.

6. Drie recente casus

De waargenomen tendensen laten zich illustreren aan de hand van drie recente casus.¹³

1. In de gemeente X in het arrondissement Noord-Holland vroeg en kreeg een bedrijf een vergunning om een grote loods te bouwen, vlakbij de woning van een burger. Die was het daar niet mee eens en diende een bezwaarschrift én een verzoek om voorlopige voorziening in. De vergunninghouder begon te bouwen voordat de voorlopige voorzieningenzitting zou plaatsvinden. Twee keer vroeg de advocaat van de burger aan de voorzieningenrechter om een ordemaatregel te treffen en zo te voorkomen dat het bouwwerk er zou staan voordat hij uitspraak had gedaan. Beide keren weigerde de rechter dat. Enkele dagen voor de zitting was het bouwwerk gereed en het spoedeisende belang bij schorsing van de omgevingsvergunning verdwenen. De burger trok het verzoek noodgedwongen in. Hem rest alleen nog het beroep en als dat wordt gegrondverklaard is de kans zo goed als nihil dat het gebouw verdwijnt.
2. In de gemeente Y in het arrondissement Midden-Nederland verbouwde een eigenaar leegstaande kantoren tot kamers en verhuurde die al meer dan een decennium. Deze activiteit was in strijd met het be-

stemmingsplan. De gemeente kwam erachter en ging tot handhaving over. De eigenaar was weliswaar bereid en bezig om aan de last te voldoen, maar was het niet eens met de begunstigingstermijn. Hij had als verhuurder namelijk meer tijd nodig dan de gemeente hem gaf om van zijn huurders af te komen. De gemeente weigerde desgevraagd echter om tot verlenging van de begunstigingstermijn over te gaan. Het besluit werd in de bezwaarfase niet herroepen, waarna de eigenaar noodgedwongen beroep instelde en een verzoek om voorlopige voorziening indiende. Aangezien de gemeente bleef weigeren de begunstigingstermijn te verlengen, dreigde de eigenaar al dwangsommen te verbeuren voordat op zijn verzoek en op het beroep zou zijn beslist. De voorzieningenrechter zag en voorkwam dat scenario door een ordemaatregel op te leggen die tot en met de uitspraak werking zou hebben. Weliswaar verloor de eigenaar vervolgens de zaak, doordat de rechter 'kortsluitend' het verzoek én het beroep afwees, maar laatstgenoemde verlengde ook de begunstigingstermijn nog enkele dagen en bood de eigenaar zo de kans om alsnog, zonder dat hij een dwangsom verbeurde, aan de last te voldoen.

3. In Amsterdam had een burger zijn dakterras voorzien van een rij aaneengesloten plantenbakken direct staande achter het doorzichtige hekwerk dat het terras omheinde. De plantenbakken vormden een bouwwerk volgens de gemeente. Daarvoor had hij echter geen omgevingsvergunning. De gemeente weigerde die af te geven en ging tot handhaving over. In bezwaar en beroep verloor de burger. In hoger beroep bij de ABRvS weigerde de gemeente om de begunstigingstermijn nogmaals te verlengen. Om te voorkomen dat hij dwangsommen verbeurde, diende de burger een verzoek om voorlopige voorziening in. De voorzieningenrechter van de ABRvS vroeg de gemeente naar aanleiding van dat verzoek *niet* om de handhaving op te schorten door de begunstigingstermijn te verlengen. Hij legde ook geen ordemaatregel op. Gevolg was dat de dwangsommen werden verbeurd en de plantenbakken moesten worden verwijderd, terwijl op het verzoek (en het hoger beroep) nog uitspraak moest worden gedaan. De zitting en de uitspraak werden daarmee zinledig.

7. Enquête

De onduidelijkheid en onvoorspelbaarheid blijkt niet alleen uit de hierboven uiteengezette praktijk, maar ook uit de resultaten van een korte enquête die naar de sectoren bestuursrecht van alle rechtbanken alsmede naar de ABRvS werd gestuurd. De volgende vier vragen werden aan de bestuursrechters voorgelegd:

1. Wat doet uw rechtbank of college nadat het een verzoek om voorlopige voorziening tegen een last onder dwangsom of een omgevingsvergunning heeft ontvangen om te voorkomen dat deze besluiten worden geëffectueerd voorafgaande aan de uitspraak van de voorzieningen-

¹³ Het betreft drie recente casus uit de advocatenpraktijk van auteur Roland Mans. Gelet op diens geheimhoudingsplicht zijn de casus geanonimiseerd. Daarnaast zijn zij zo neutraal mogelijk opgeschreven om niemand voor het hoofd te stoten. De uitspraken, voor zover gedaan, worden niet vermeld om niet van 'napleiten' te kunnen worden beticht. Overigens zijn het drie illustratieve casus uit een veelvoud van soortgelijke gevallen uit de praktijk van Roland Mans en collega-bestuursrechtadvocaten.

rechter? Treft uw rechtbank of college eigener beweging of alleen op *expliciet verzoek* een ordemaatregel op basis van artikel 8:83 lid 4 Awb?

2. Zo ja, in alle gevallen of alleen in bepaalde gevallen en in welke dan?
3. Zo nee, hanteert uw rechtbank of college een andere praktijk ter voorkoming van de effectuering van een besluit voorafgaande aan de uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening, bijvoorbeeld door telefonisch of anderszins contact op te nemen met partijen en hen te vragen vrijwillig tot opschorting over te gaan?
4. Is er nog iets anders dat u in dit kader aan de auteurs van het artikel mee zou willen geven?

Van de elf rechtbanken reageerden er vier, die van Oost-Brabant, Noord-Nederland, Noord-Holland en Midden-Nederland. De Voorzitter van de ABRvS nam zelf de moeite om de vragen in een uitgebreide brief te beantwoorden. Dit zijn de vijf reacties, waarbij de reactie van de Voorzitter van de ABRvS, omwille van de beperkte omvang van dit artikel, is samengevat:

*Rechtbank Oost-Brabant*¹⁴

"Onze rechtbank treft zo nodig uit eigen beweging een ordemaatregel. Dit gebeurt echter niet nadat we hebben geverifieerd of partijen willen wachten op de uitspraak van de voorzieningenrechter. De ordemaatregel wordt getroffen door een piketrechtter en secretaris. Het gebeurt niet in alle gevallen: als de zaak snel op zitting is gepland; dan niet. In alle zaken wordt geverifieerd of partijen willen wachten op de uitspraak van de voorzieningenrechter."

*Rechtbank Noord-Nederland*¹⁵

"De toepassing van de gevraagde bevoegdheid is te casuïstisch van aard en sterk afhankelijk van de acties van partijen om er in zijn algemeenheid iets over te kunnen zeggen."

*Rechtbank Noord-Holland*¹⁶

"Wij treffen in de regel geen ambtshalve ordemaatregelen. In voorkomende gevallen informeren wij bij verweerder of de voorlopige voorziening wordt afgewacht, zo nee dan proberen we de vovo tijdig in te plannen."

*Rechtbank Midden-Nederland*¹⁷

"De handelwijze van de rechtbank Midden-Nederland verschilt per situatie. Bij binnenkomst van een gevraagde voorlopige voorziening beoordeelt de rechtbank de mate van spoedeisendheid en eventuele onomkeerbare gevolgen als bijvoorbeeld niet wordt opgeschort tot de behandeling van de voorlopige voorziening. Als de zaak erom vraagt wordt een ordemaatregel getroffen. Dit gebeurt als dat nodig is, dus ook uit eigen beweging. De rechtbank verifieert

wel vooraf of het bestuursorgaan vrijwillig opschort of bijvoorbeeld een vergunninghouder zelf wil wachten met de werkzaamheden. De rechtbank Midden-Nederland wijst nog op de rol van de advocatuur hierin. Er kan door hen zo nodig om een ordemaatregel worden gevraagd. Ook kan het bestuursorgaan door iemand zelf om opschorting worden gevraagd en de reactie daarop van een bestuursorgaan kan ook aan de rechtbank worden toegestuurd."

*De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*¹⁸

"Zodra een verzoek om voorlopige voorzieningen is ingekomen wordt het onmiddellijk door een medewerker-administratie in behandeling genomen. Dezelfde dag wordt het verzoek aan een jurist ter beoordeling voorgelegd die is belast met de instructie en planning van voorlopige voorzieningen. Er wordt een eerste inschatting van de spoedeisendheid gemaakt. (...)

Een ordemaatregel wordt alleen dan getroffen, indien duidelijk is dat er nog voordat de zaak op een zitting wordt behandeld onomkeerbare gevolgen zullen ontstaan. Dat is niet vaak aan de orde, maar het kan onder omstandigheden wel, bijvoorbeeld bij een bouwplan dat binnen enkele dagen kan worden gerealiseerd, de sloop van een bouwwerk of het vellen van een boom. Van belang is of vergunninghouder heeft aangegeven niet te willen wachten met het aanvangen van de bouwwerkzaamheden, het voorgenomen gebruik of uitvoering van het project met mogelijk onomkeerbare gevolgen. Bij een herstelsanctie zoals bestuursdwang wordt bezien wanneer effectuering plaats zal vinden. De Afdeling wil weten of het bestuursorgaan bereid is te wachten op de zitting, waarbij zo nodig de zitting op korte termijn kan worden gepland. Ervan uitgaande dat de gevolgen van de toepassing van bestuursdwang onomkeerbaar zijn en het bestuursorgaan heeft aangegeven terstond tot uitvoering over te gaan, althans niet de zitting te willen afwachten, wordt een ordemaatregel getroffen. Bij een last onder dwangsom wordt onderzocht of het bestuursorgaan bereid is de begunstigings-termijn te verlengen tot na de uitspraak in hoofdzaak. (...) Zo'n ordemaatregel (doorgaans schorsing van het bestreden besluit) wordt als volgt gemotiveerd:

"Nu op het moment dat het verzoek om voorlopige voorziening bij de Afdeling binnen kwam, er geen tijd was om partijen tijdig op een zitting te horen, ziet de voorzieningenrechter aanleiding om vooruitlopend op de behandeling van het verzoek om voorlopige voorziening ter zitting een voorlopige voorziening te treffen. Zo spoedig mogelijk zal de voorzieningenrechter een zitting beleggen waarop de vraag aan de orde zal worden gesteld of er aanleiding bestaat de bij deze uitspraak getroffen voorlo-

14. E-mail 29 maart 2019, afdeling communicatie Rechtbank Oost-Brabant.

15. E-mail 16 april 2019, afdeling communicatie Rechtbank Noord-Nederland.

16. E-mail 14 mei 2019, afdeling communicatie Rechtbank Noord-Holland.

17. E-mail van 18 juni 2019 van mr. drs. M.P. Glerum, rechter/teamvoorzitter, Afdeling civiel recht en bestuursrecht, bestuursrecht Team 1.

18. Brief Voorzitter ABRvS, mr. B.J. van Ettehoven, 15 april 2019. De Voorzitter van de ABRvS wijst er in zijn brief op dat zijn antwoorden uitsluitend betrekking hebben op verzoeken om voorlopige voorziening in hoger beroepzaken in het omgevingsrecht, inclusief handhavingzaken op dat terrein. De auteurs van dit artikel zijn de Voorzitter van de Afdeling zeer erkentelijk voor zijn bereidwilligheid om onze vragen te beantwoorden en bovendien nog andere aspecten van deze problematiek aan te snijden.

pige voorziening met toepassing van artikel 8:87 van de Awb op te heffen of te wijzigen.'(...)

De ordemaatregel kan uiteraard genomen worden op verzoek maar ook zonder een dergelijk verzoek wordt altijd, na beoordeling van de verkregen informatie en een afweging van de betrokken belangen, uit eigener beweging (ambtshalve) bezien of aanleiding voor een ordemaatregel bestaat."

De Voorzitter van de Afdeling merkt bij bovenstaande nog op dat de afweging die gemaakt moet worden na binnenkomst van een verzoek om voorlopige voorziening voor de voorzieningenrechter in hoger beroep een andere is dan voor de voorzieningenrechter van de rechtbank. Immers in de fase van hoger beroep is de kwestie niet alleen door het bestuursorgaan beoordeeld, tot twee keer toe, maar ook door de eerstelijns rechter. Dat kan meebrengen dat minder snel wordt overgegaan tot het treffen van een ordemaatregel door schorsing van het bestreden besluit of de aangevallen uitspraak.

8. Belang van effectiviteit, rechtszekerheid en eerbied rechterlijke macht

Er zijn drie samenhangende redenen waarom het belangrijk is dat het voor de gehele rechtspraktijk duidelijk en vooral voorspelbaar wordt hoe de voorzieningenrechters omgaan met binnenkomende verzoeken om voorlopige voorziening en de oplegging van een ordemaatregel:¹⁹

1. Ten eerste getuigt het niet van eerbied voor de rechterlijke macht dat bestuursorganen en vergunninghouders besluiten effectueren voordat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan.²⁰ Voorzieningenrechters zouden in beginsel niet moeten toestaan dat hun rol wordt uitgehold door partijen en zij daarmee weggkomen.
2. Ten tweede blijkt uit al het voorgaande dat een rechtzoekende die een verzoek om voorlopige voorziening heeft ingediend onvoldoende rechtszekerheid heeft met betrekking tot de vraag of het aangevallen besluit zal worden opgeschort totdat uitspraak op het verzoek is gedaan.

19 Er zijn ongetwijfeld nog meer redenen denkbaar, zoals bijvoorbeeld het voorkomen van (de schijn van) rechterlijke willekeur, maar dit artikel beperkt zich tot de meest voor de hand liggende en in het oog springende redenen.

20 Saillant in dit opzicht is dat de wetgever ook al in deze richting dacht, maar zich niet realiseerde dat tussen een verzoek om voorlopige voorziening en een uitspraak van een voorzieningenrechter ook nog tijd ligt waarin een besluit kan worden geëffectueerd. Het volgende valt immers te lezen in de Memorie van Toelichting bij titel 8.3 Awb, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22495, nr. 3, p. 157 e.v.: "Uitgangspunt van de regeling is het thans bestaande bestuursrechtelijke systeem, inhoudende dat het beroep op de administratieve rechter in het algemeen geen schorsende werking heeft. Omdat met de afhandeling van een dergelijk beroep geruime tijd gemoeid kan zijn, heeft een rechtzoekende niet zelden belang bij een snelle beslissing. Voorkomen moet immers worden dat het beroep op de rechter illusoir wordt, omdat feitelijke omstandigheden een uitspraak ten gronde zinledig hebben gemaakt. Een voorlopige voorziening is - hoezeer zij ook tot effect kan hebben dat het geschil feitelijk gezien definitief wordt beslist - een ordemaatregel voor in beginsel de duur van het bestuursrechtelijk geding ten principale."

3. Ten derde is het van belang voor rechters (en hun ondersteuners) zelf dat zij niet hun werk voor niets aan het doen zijn.²¹ Als een besluit al is geëffectueerd, voordat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan, is het werk van de voorzieningenrechter voor niets geweest. Een omgevingsvergunning schorsen voor een gebouw dat er al staat, is zinloos. Een last onder dwangsom schorsen, terwijl de dwangsom al is geïnd, is ook zinloos. De onmiddellijke nutteloosheid van de inschakeling van de voorzieningenrechter als een besluit al is geëffectueerd, werkt bovendien ook door in de bodemzaken. Het oordeel van de bodemrechters is dan alleen nog maar belangrijk voor de vaststelling of sprake is van een besluit dat moet worden vernietigd en dus van schade voortvloeiend uit een onrechtmatige overheidsdaad.

9. Ingrep wetgever of rechterlijke macht

Al met al lijkt mij de totstandkoming van een transparant, eenduidig en rechtszeker systeem²² met betrekking tot de behandeling van binnenkomende verzoeken om voorlopige voorziening noodzakelijk. Welk systeem zou dat dan moeten zijn? Voor die vraag kan worden beantwoord, rijzen (ten minste) drie voorvragen:

- a. Moet de wetgever of moeten de bestuursrechters dat systeem vaststellen?
- b. Hoe moet worden omgegaan met de publieke belangen van overheidsorganen en de private belangen van derde-belanghebbenden die daarbij in het spel zijn? Met die laatste categorie doel ik in dit verband op degenen die om handhaving hebben verzocht of de omgevingsvergunninghouders. Die belangen dienen te worden meegewogen, al was het maar om misbruik van het systeem te voorkomen. Bij zowel de wetgever als de rechterlijke macht lijkt in dit verband overigens de grondgedachte te zijn dat het toekennen van schorsende werking aan het aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen tot misbruik daarvan zou leiden door tegenstanders van een besluit. Dit heeft als mogelijke gevolgen, zo vrezen wetgever en rechter, een verlies aan slagkracht van het openbaar bestuur en vertragingsschade bij vergunninghouders.
- c. De derde vraag is welke rol het procedeergedrag van partijen (en hun gemachtigden/advocaten) zou moeten spelen.

Om met de eerste vraag (a) te beginnen: een ingrep door de wetgever is (nog) niet noodzakelijk. De voorzieningen-

21 Het is natuurlijk ook niet prettig voor de partijen die een verzoek hebben ingediend, al dan niet vertegenwoordigd door een advocaat of andere gemachtigde, als al hun werk in dat kader voor niets is geweest, omdat het te schorsen besluit al is geëffectueerd. Het is allemaal verspilde tijd en energie, tegen vaak aanzienlijke kosten.

22 Idealiter zou er geen systeem nodig moeten zijn, omdat de uitspraken door voorzieningenrechters zo snel worden gedaan dat een besluit nog niet is geëffectueerd, bijvoorbeeld omdat de begunstigingstermijn nog niet is verstreken. In die ideale wereld leven we echter meestal niet.

rechters hebben immers in artikel 8:83, vierde lid, al een bevoegdheid gevonden om ordemaatregelen te nemen en zo te voorkomen dat een besluit wordt geëffectueerd voordat zij uitspraak hebben gedaan.

Op zichzelf is dat een effectief instrument gebleken, waarmee de voorzieningenrechters uit de voeten kunnen. Het is dan ook sneller en eenvoudiger als de bestuursrechters van de rechtbanken en de ABRvS in onderling overleg een eenduidig systeem over het treffen van ordemaatregelen zouden ontwerpen, bijvoorbeeld in de vorm van richtlijnen. Na de totstandkoming daarvan moet vervolgens algemeen bekend worden gemaakt hoe dat systeem werkt en wanneer het wordt toegepast.

Het antwoord op de tweede vraag (b) hangt hiermee samen. Het systeem moet zo worden ingericht dat door de voorzieningenrechter ook steeds wordt getoetst welke belangen van een bestuursorgaan of derden in het geding zijn. Op die manier kunnen belangen aan het licht komen die zo zwaar wegen dat in redelijkheid geen ordemaatregel kan worden opgelegd.

Het antwoord op de derde vraag (c) is wat moeilijker te geven. De Voorzitter van de Afdeling wijst terecht op het volgende:

“Afhankelijk van de casus kan partij A er belang bij hebben dat een situatie zolang als mogelijk voortduurt. Als tegen die situatie is opgetreden door het bestuur en het handhavingsbesluit heeft bezwaar en beroep overleefd, waarbij de rechtbank heeft bewerkstelligd dat de begunstigingstermijn tijdens beroep is opgeschort, en die termijn weer gaat lopen tegelijk met de rechtbank uitspraak, dan ontstaan de situatie dat die termijn de facto gelijk loopt of parallel aan de hogerberoepstermijn. In dergelijke gevallen komt het voor dat de advocaat / gemachtigde van A op het allerlaatste moment hoger beroep instelt en een vovo-verzoek doet en vraagt om een ordemaatregel ten aanzien van het handhavingsbesluit. Het procedeedrag van de advocaat / gemachtigde wordt dan betrokken bij de vraag of per direct een ordemaatregel moet worden betrokken. Als dezelfde advocaat / gemachtigde ook al bij de rechtbank optrad, valt niet in te zien dat niet eerder een verzoek om een voorlopige voorziening kon worden gedaan. Het procedeedrag is dan een relevante factor, net zoals het oordeel van de rechtbank (zie 2), de aard van de zaak (‘what’s at stake’) en de belangen van mogelijke derden. In de vovo-praktijk in omgevingsrechtelijke zaken geldt immers dat er vele belangen op het spel kunnen staan; niet alleen die van de verzoeker om een voorlopige voorziening.”

Daar tegenover zou kunnen worden gesteld dat het late instellen van hoger beroep en indienen van een verzoek om voorlopige voorziening in veel gevallen geen poging is om tijd te rekken of een andere truc, maar simpelweg pure noodzaak. Vaak zijn de praktijken van rechtshulpverleners en hun collega's zo druk dat het echt niet eerder kan, hoe vervelend dat voor een derde-belanghebbende ook is. Ook komt het veelvuldig voor dat partijen zich na een ‘advocaat-

wissel²³ erg laat bij een nieuwe advocaat melden, ook in hoger beroep. Verder is van belang dat partijen er niet zelden lang om over doen om te beslissen of ze in hoger beroep willen of niet. Regelmatig komen ze ook terug op een eerder besluit om dat niet te doen. Ten slotte komt ook veel voor dat een processtuk in concept op tijd gereed is, maar de cliënt er, ondanks herinneringen, lang over doet om daarop te reageren. Deze onschuldige factoren hebben allemaal tot gevolg dat vaak laat hoger beroep en een verzoek om voorlopige voorziening worden ingesteld.

Wat daar verder ook van zij; de hoger beroepstermijnen zijn er niet voor niets. En de regel dat tijdens de behandeling van het hoger beroep steeds om een voorziening kan worden verzocht, is er ook niet voor niets. Kan laat procederen partijen dan worden aangerekend? Een bevestigend antwoord op deze vraag zou niet logisch zijn gelet op het wezen en de bedoeling van de termijnen in samenhang met de procesuele bevoegdheden van partijen.

Tegelijk is het natuurlijk wel zo dat partijen soms ‘pestgedrag’ vertonen door te elfder ure alsnog hoger beroep in te stellen en een verzoek om voorlopige voorziening in te dienen, enkel en alleen met het kennelijke doel om uitvoering van een besluit te frustreren dan wel de tegenpartijen dwars te zitten. Dat gedrag verdient natuurlijk geen beloning.

Al met al zou het antwoord op vraag c – welke rol zou het procedeedrag moeten spelen – kunnen zijn dat de rechter de oplegging van een ordemaatregel zou kunnen weigeren als evident is dat een partij enkel en alleen om tijd te winnen dan wel de wederpartij te pesten (laat) een verzoek om voorlopige voorziening heeft ingediend. In feite gaat het dan om een situatie dat sprake is van misbruik van recht. Dan nu de hoofdvraag: Hoe zou het systeem eruit moeten zien?

Er zijn veel varianten denkbaar. Het systeem zou echter gelet op al het voorgaande het meest transparant, eenduidig en rechtszeker zijn als in beginsel door iedere voorzieningenrechter een ordemaatregel wordt opgelegd ter opschorting van de uitvoering van het besluit, tenzij zwaarwegende belangen van derde-belanghebbenden of het bestuursorgaan zich daartegen verzetten of wanneer sprake is van misbruik van recht.

Ik pleit dus voor een ‘ja, tenzij-systeem’ dat gebaseerd zou kunnen worden op het systeem dat de Afdeling hanteert, zij het in een licht aangescherpte versie.

10. Conclusie

Binnen de bestuursrechtelijke rechtspraktijk bestaat onduidelijkheid en onzekerheid over hoe voorzieningenrechters met binnenkomende verzoeken omgaan teneinde te voorkomen dat besluiten worden uitgevoerd voordat zij uitspraak hebben gedaan. Enerzijds komt dat door de onduidelijkheid van de wetgeving en rechtspraak daarover en

²³ Niet te verwarren met de wissel van Robben door bondscoach Advocaat tijdens het EK-duel tegen Tsjechië in Portugal 2004 dat Oranje uiteindelijk met 3-2 verloor. Dat was een andere ‘Advocaatwissel’.

anderzijds doordat de verschillende voorzieningenrechters verschillend opereren.

Aan deze onduidelijkheid en onzekerheid zou een einde moeten worden gemaakt. Dat kunnen de bestuursrechters zelf doen, zonder dat de wetgever hoeft in te grijpen. Het transparante, eenduidige en rechtszekere systeem dat de bestuursrechters ontwerpen en invoeren zou in praktijkrichtlijnen kunnen worden opgenomen, maar moet hoe dan ook breed bekend worden gemaakt. Het verdient de voorkeur dat het een systeem wordt waarbij de voorzieningenrechter in beginsel een ordemaatregel neemt, tenzij zwaarwegende publieke of particuliere belangen zich daartegen verzetten.

Komt dat systeem er niet, dan zal het voorlopige voorzieningenvacuüm blijven bestaan; het vacuüm waarin rechtszoekenden niet weten of de indiening van hun verzoek om voorlopige voorziening wel zin heeft, omdat een redelijk grote kans bestaat dat een besluit al is uitgevoerd voordat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan. In het arrondissement Noord-Holland, waar in principe geen ordemaatregel wordt genomen is die kans zelfs heel groot, zoals is gebleken.

Pakt de bestuursrechtkolom van rechtbanken en Afdeling bestuursrechtspraak deze handschoen om dat systeem te ontwerpen niet op, dan dient de wetgever alsnog in te grijpen al was het maar omdat een burger uit Noord-Holland eenzelfde behandeling van zijn zaak mag verwachten als een burger in Oost-Brabant.